

**Міжнародна науково-практична конференція
«ПРИНЦИПИ ПРАВА: УНІВЕРСАЛЬНЕ ТА
НАЦІОНАЛЬНЕ В КОНТЕКСТІ СУЧАСНИХ
ГЛОБАЛІЗАЦІЙНИХ І ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИХ
ПРОЦЕСІВ»**

**International Scientific and Practical Conference
“PRINCIPLES OF LAW: UNIVERSAL AND
NATIONAL IN THE CONTEXT OF MODERN
GLOBALIZATION AND EUROPEAN
INTEGRATION PROCESSES”**



Тези доповідей і повідомлень учасників конференції «Принципи права: універсальне та національне в контексті сучасних глобалізаційних і євроінтеграційних процесів» / “Principles of law: universal and national in the context of modern globalization and european integration processes”, укр., англ. Київ, 21–22 червня 2024 р.

До збірника увійшли тези наукових доповідей і повідомлень, присвячених тенденціям і перспективам розвитку універсального та національного у принципах права в умовах сучасних глобалізаційних і євроінтеграційних процесів.

Видання розраховане на науковців, викладачів, докторантів, аспірантів і студентів правничих навчальних закладів, юристів-практиків, а також усіх тих, хто цікавиться цією проблематикою.

ISBN 978-617-7668-64-9

Редколегія:

Венгер В. М., канд. юрид. наук, доцент

Ключковський Ю. Б., д-р юрид. наук, доцент

Козюбра М. І., д-р юрид. наук, професор

Матвєєва Ю. І., канд. юрид. наук

Музика Л. А., д-р юрид. наук, доцент

Хавронюк М. І., д-р юрид. наук, професор

ЗМІСТ

Передмова	6
Принципи права: концептуальні роздуми	8
Козюбра М. І. Світоглядно-методологічні проблеми осмислення природи принципів права та перспектив їх розвитку в умовах сучасних глобалізаційних і євроінтеграційних трансформацій	8
Фулей Т. І. Упровадження принципів права в Україні: національні особливості	14
Valančius Virgilijus. Energy solidarity: how the European Union law general principles are developed	18
Харитонов Є. О. Харитонova О. І. Проблеми адаптації засад цивільного законодавства України до принципів приватного права Європейського Союзу	22
Загальна теорія права	26
Азаров Д. С. <i>Non bis in idem</i> та види юридичної відповідальності	26
Вайнагій М. В. Принципи ведення переговорного процесу	32
Кельман М. С. Верховенство права і конституційні основи однотипного судового правозастосування	36
Кельман Р. М. Поняття правових норм і методи оцінювання їхньої ефективності	39
Мазур М. В. Принцип правової визначеності та зміни судової практики	44
Матвеева Ю. І. Особливості лінгвістичного вираження принципів права	52
Рабінович С. П. Сучасні виклики верховенству права: необхідність фактична vs необхідність юридична	55
Смородинський В. С. Правова визначеність як вимога верховенства права	59
Трубчанінов К. С. Імплементация у національну правову систему України принципів права Європейського Союзу як фактор утвердження європейськості української національної правової ідентичності	65
Удовика Л. Г. Принцип добросовісності в умовах глобалізації та євроінтеграції	69
Цельєв О. В. Принципи права та юридична (суддівська) аргументація	74
Конституційне право	78
Городовенко В. В. Майбутнє поданої конституційної скарги особи у разі її смерті: новація в конституційному провадженні	78
Заєць А. П. Принципи адміністративного нагляду за діяльністю органів місцевого самоврядування	82
Лисенко О. М. Принципи права та права людини	84
Савчин М. В. Сутнісне «ядро» конституції та принципи права: доктрина та конституційна юриспруденція	90
Сьох К. Я. Дотримання принципу верховенства права при імплементации норм права Європейського Союзу у національне законодавство України	97

Цельєв Н. О. Поняття економічних свобод і способи їх захисту	100
Щербанюк О. В. Місце конституційних судів в архітектурі європейського конституціоналізму	107
Якимович Я. В. До принципів організації виконавчої влади в сучасному світі	111
Ялова О. В. Деякі зауваження щодо окремих норм статті 10 Конституції України в контексті формування конституційно-правових засад мовної політики в Україні та євроінтеграційних процесів	115
Публічне право	119
Іщенко Д. Ю. Принцип юридичної визначеності при стягненні виконавчого збору та основної винагороди у виконавчому провадженні: проблеми застосування	119
Іщенко Ю. В. Реалізація принципів належного урядування в умовах корупційних ризиків	122
Ключковський Ю. Б. Принципи деяких галузей та інститутів публічного права: у пошуках спільних засад	125
Колпаков В. К. Принципи конституційної природи в сфері дисциплінарної відповідальності	130
Кравченко Н. Г. Окремі аспекти застосування принципів права у публічно-правових спорах: пріоритет публічного інтересу	133
Лобач О. М. Становлення системи принципів права неспроможності в Україні	136
Лук'янець Д. М. Принципи розумного балансу в адміністративному праві	142
Пастух І. Д. Питання реалізації принципу рівності перед законом у законодавстві України про адміністративні правопорушення	145
Смокович М. І. Вплив євроінтеграційних процесів на сучасний розвиток адміністративної юрисдикції в аспекті утвердження верховенства права	149
Толкованов В. В. Розвиток концепції доброго врядування як з агальноєвропейської цінності: визначення, основні принципи та особливості формування в адміністративному і правовому просторі Європейського Союзу	155
Приватне право	161
Дзера І. О. Принципи права для фраздаторних правочинів: панацея чи проблема	161
Кройтор В. А. Значення принципів цивільного судочинства та основні підходи до їхнього системного застосування в нормотворчій діяльності та практиці правозастосування	166
Логуш Л. В. Правове регулювання та застосування принципів міжнародних комерційних договорів	170
Музика Л. А. Верховенство права: принцип чи метод?	174
Спасибо-Фатєєва І. В. Щодо проблематики рівності учасників цивільних майнових правовідносин	178
Федосєєва Т. Р. Принцип рівності у батьківських відносинах	182

Ханик-Посполітак Р. Ю. Принцип співробітництва при вирішенні трудових спорів	187
Яцкевич І. І. Принципи права та оновлення трудового законодавства України в сучасних умовах	190
Кримінальне право	195
Абламський С. Є. Абламська В. В. Гарантії забезпечення права на повагу до приватного життя під час проведення обшуку	195
Багіров С. Р. Принципи індивідуальної і солідарної відповідальності у багатосуб'єктних кримінальних правопорушеннях: чи можливе співіснування?	198
Горох О. П. Про принципи застосування кримінально-правових інститутів	201
Didkivska G. Problems of criminal responsibility for criminal offenses in the field of operation-electronic computing equipment	203
Дроздов О. М., Басиста І. В. Аспекти поширення презумпції невинуватості на цивільні провадження	206
Калужна О. М. Чи закладена «формула» істини як запоруки справедливості кримінального провадження у Конституції України?	209
Кучинська О. П. Щодо гарантій забезпечення прав учасників кримінального провадження	221
Тімофєєва Л. Ю. Прикладні аспекти реалізації принципу пропорційності у кримінальному праві	223
Удовенко Ж. В. Невтручання в приватне життя як галузева засада кримінального провадження України	227
Хавронюк М. І. Щодо забезпечення відповідності положень Кримінального кодексу України та практики їх застосування його принципам	231
Циганюк Ю. В. Компенсація шкоди, завданої потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, за кошти державного бюджету України у контексті реалізації засади верховенства права та рівності перед законом і судом	237
Європейське та міжнародне право	240
Білак М. В. <i>Due Process</i> та <i>Fair Procedures</i> як передумова інтеграції України в європейський правовий простір	240
Іванова В. О. Відповідність систем права України та Європейського Союзу	244
Antonovych M. General principles of law as a source of international law	247
Bohatchuk D. Transparency as a legal value in legal regulation on artificial intelligence	250
Hylewski K. European Union interpretation of denial of exemption from court costs in civil cases	254
Petrov R. Ukraine's road towards the European Union membership in time of War: "Accession through War" v. Gradual Integration: European Union legal principles in action	258

ПЕРЕДМОВА

Принципи права — одне з фундаментальних і найчастіше вживаних у правознавстві понять. Без згадки про них не обходиться практично жодне монографічне правове дослідження, спеціальну увагу їм зазвичай приділяють також численні підручники й посібники з будь-яких галузей правового знання. Доволі часто оперують принципами права і юристи-практики.

Попри це, проблема принципів права залишається однією з найскладніших і все ще належно світоглядно-методологічно неосмислених як у вітчизняному, так і в пострадянському правознавстві. За попередньою радянсько-позитивістською традицією принципи права часто продовжують визначати як вихідні, керівні засадничі ідеї права, *що закріплені в Конституції, законах та інших нормативних актах або безпосередньо (текстуальне закріплення), або ж впливають із їхнього змісту (змістовне закріплення) і виводяться із системи законодавства логічно-індуктивним шляхом.*

Залежно від формального закріплення чи незакріплення у нормативних актах, намагаються розрізнити принципи права і принципи правосвідомості, принципи права і правові принципи, принципи «загальносоціального» і принципи «юридичного» права тощо. Далеко неоднозначно трактують взаємозв'язки принципів права з цінностями загалом і правовими цінностями, зокрема, з наукою та іншими формами освоєння дійсності — мораллю, релігією, мистецтвом. Принципи права, навіть загальні, нерідко «прив'язують» виключно до характеристики національної правової системи України, а їхньою класифікацією охоплюють доволі різноманітні за своєю природою і призначенням ідеї — від політичних, ідеологічних, релігійних, етичних до спеціально-юридичних.

Брак поглибленого світоглядно-методологічного осмислення принципів права негативно позначається на юридичній, зокрема судовій, практиці. Незважаючи на те, що юристи-практики, як зазначено вище, звертаються до поняття принципів права доволі часто, до їх практичного застосування, тим паче як до відносно самостійного джерела права, як підтверджує аналіз судової практики, вдаються вкрай нечасто, віддаючи перевагу конкретно сформульованим нормам законів чи інших нормативних актів навіть у тих випадках, коли такі норми не узгоджуються з принципами права.

Низка складних проблем, які потребують додаткового осмислення, виникає у зв'язку з активізацією євроінтеграційних процесів в Україні, викликаних початком переговорів про її вступ до Європейського Союзу та необхідність, з огляду на це, адаптації її законодавства і національної правової системи до принципів ЄС, зокрема до одного з визначальних з них — верховенства права ЄС. Досвід держав — членів ЄС і держав — кандидатів у його члени, яким діляться у своїх доповідях на конференції представники цих держав, безперечно, буде корисним для України.

Не менш цінними для вітчизняних науковців-правознавців і юристів-практиків є міркування щодо методологічних підходів до розуміння природи принципів права та тенденцій їх розвитку в сучасному глобалізованому й інтегрованому світі, яким діляться у своїх доповідях представники країн із давніми демократичними і правовими традиціями.

Мета конференції, тези доповідей і виступів на якій пропонуються читачеві, як впливає з її програми, якраз і полягала в поглибленому осмисленні природи принципів права, тенденцій розвитку універсального, цивілізаційного та національного в їхній системі та змісті в контексті глобалізаційних й інтеграційних трансформацій, що відбуваються нині в Європі і світі. Очевидно, не все задумане її організаторами вдалося реалізувати повною мірою. Як свідчить досвід, процес світоглядного переосмислення будь-яких правових явищ і процесів під кутом зору нової немоністичної і непозитивістської методології, започаткованої разом з відновленням незалежності України, відбувається не так швидко, як хотілося б. Він потребує часу. Конференція – це лиш додатковий імпульс для цього процесу. Сподіваємося, що він буде продовжений у наукових публікаціях і навчальному процесі, а також на майбутніх подібних заходах і, як наслідок – знайде своє відображення в юридичній, зокрема судовій, практиці.

Редакційна колегія збірника

ПРИНЦИПИ ПРАВА: КОНЦЕПТУАЛЬНІ РОЗДУМИ

Козюбра Микола Іванович
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри загальнотеоретичного правознавства та публічного
права Національного університету «Києво-Могилянська академія»,
науковий керівник Центру дослідження проблем верховенства права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»,
суддя Конституційного Суду України у відставці

Світоглядно-методологічні проблеми осмислення природи принципів права та перспектив їх розвитку в умовах сучасних глобалізаційних і євроінтеграційних трансформацій

Worldview and methodological problems of understanding the nature of the principles of law and prospects for their development in the conditions of modern globalization and European integration transformations

1. Свою доповідь я почну з того, що свого часу для мене, як, мабуть, і для більшості вітчизняних (та й зарубіжних учасників нашої конференції з пострадянського простору) стало, якщо й не повною несподіванкою, то, принаймні, й не зовсім очікуваним. Попри те, що принципам *права України* присвячено чимало спеціальних публікацій, зокрема й окрема, перша у вітчизняному загальнотеоретичному правознавстві монографія А. М. Колодія¹, виявилось, що віднайти специфічні виключно для правової системи України принципи права надто проблематично, ба більше – практично неможливо. Принаймні мені це не вдалося.
2. У зв'язку з цим виникає цілком логічне, як на мене, запитання: чи не нав'язані існуючі нині уявлення про принципи права у вітчизняній, як і в пострадянській, загалом, юриспруденції – інерцією радянських світоглядно-методологічних підходів до трактування природи так званого «соціалістичного права» як унікального, неповторного історичного типу права, *принципово* відмінного від усіх його попередніх історичних типів, зокрема від «буржуазного типу права» не тільки за своєю класовою спрямованістю, а й за своїм змістом.

¹ Колодій А. М. Принципи права України. Київ: Юрінком Інтер, 1998.

3. Оскільки принципи права є визначальною основою, фундаментом, на якому будується будь-яка правова система, цілком природно почали шукати відмінні від «буржуазних» підвалини, на яких здійснювалася спроба зводити цю нову «правову споруду» — «радянську правову систему», а згодом і окрему «сім'ю соціалістичного права».
4. Базу цих підвалин склали такі добре відомі старшому поколінню українських правників (та й зарубіжних — з держав пострадянського простору) штучно сконструйовані специфічні для «соціалістичної правової системи (сім'ї)» принципи, як: принцип демократичного централізму, принцип поєднання державного планового управління розвитком народного господарства з госпрозрахунковими інтересами підприємств, принцип переважного захисту права державної власності, принцип забезпечення планової дисципліни тощо².
5. Проте навіть в умовах ідеологічного обґрунтування «унікальності», «неповторності», «нового історичного типу права» повністю проігнорувати наявність у ньому спільних з «буржуазним правом» принципів (хай навіть дещо модифікованих, пристосованих до офіційної ідеології) не вдалося.

У цивільному праві, наприклад, не могли заперечити принцип рівності суб'єктів цивільного права, принцип свободи у здійсненні цивільних прав та ін.³ У кримінальному праві, принаймні на офіційно-законодавчому рівні, не змогли відмовитися від «буржуазних» принципів відповідальності за вину, незворотності карного закону у часі, окрім випадків, коли він скасовує або пом'якшує кримінальну відповідальність, тощо. У процесуальному праві зберігалися такі «буржуазні» принципи як принцип інстанційності, диспозитивності, усності, безпосередності судового розгляду та ін.

Інша річ, що ці та інші «буржуазні» принципи обставлялися різними застереженнями, винятками, обмеженнями, які часто зводили їхню дію нанівець. Особливо це стосувалося принципу незворотності дії карного закону у часі.

6. Це свідчить про те, що по-перше, не варто перебільшувати, як це часто відбувається у пострадянській літературі, сам факт фіксації принципів права в законі. За всієї її важливості відповідне узагальнене законодавче положення стає принципом права тоді, коли воно послідовно втілюється у повсякденній практичній, зокрема, судовій діяльності. По-друге, що ще вагомніше, про існування *загальнолюдських, універсальних* принципів права, якими жодний політичний режим, за всієї його впливовості на юридичні процеси в державі, знехтувати не може. Навіть найреакційніші нацистські, фашистські та інші тоталітарні режими змушені вдаватися до цих надбань загальнолюдської цивілізації, причому не лише заради підтримання респектабельного фасаду, а й часто заради власного збереження. Історичний досвід підтверджує, що цілковите зневажання елементарних правил людського співжиття, узагальненим виявом яких часто є принципи права, призводить до катастрофічних для режиму наслідків.

² Советское гражданское право / под ред. В. А. Рясенцева. Москва: Юридическая литература, 1975. Т. 1. С. 21.

³ Див., наприклад: Советское гражданское право / под ред. О. А. Красавчикова. Москва: Юридическая литература, 1968. С. 24–25.

7. Проблема природи універсальних принципів права доволі складна. Попри те, що про їх існування деякі відомі правознавці говорять вже впродовж двох століть³, дискусії з цього приводу продовжуються досі. Позиції дослідників цієї проблеми залежать від відповіді на більш загальне питання: чи існують спільні для всіх народів базові цінності, акумуляторами і передавачами яких є універсальні принципи права? Думки з цього питання серед політиків і науковців розходяться. Чимало з них продовжують вважати, що навіть у сучасному глобалізованому й інтегрованому світі спільних для всіх народів цінностей не існує, як не існує й єдиного для них розуміння права⁴. Здавалося б, що в умовах поширених нині тероризму, військових конфліктів, зокрема розв'язаної Росією військової агресії проти України, коли зневажається найдороще, що дане людині – її життя, такі думки не позбавлені сенсу.
8. Однак річ, очевидно, не у відсутності таких цінностей. Адже цінності, що об'єднують людей, існували завжди: жодна з поширених у сучасному світі релігій не закликає до насильства, агресії, ненависті тощо, хоч їх, на жаль, дійсно в сучасному світі не бракує. Це означає, що антиподи цим явищам – миролюбність, толерантність, взаємоповага тощо розглядаються ними як цінності, попри те, що вони не завжди ними оперують. Тому, мабуть, слід говорити радше не про відсутність універсальних, спільних для всіх народів і цивілізацій, цінностей, а про те, як це не прикро усвідомлювати, не всі люди, а часом і людські спільноти, навіть у XXI ст. їх визнають, а тим паче дотримуються (приклад – все той же російський диктатор В. Путін, його оточення і переважна частина російської спільноти).
9. Звідси напрошується висновок, що для подолання водорозділу між тими, хто сповідує універсальні цінності і тими, хто їх не визнає, а часто й брутально зневажає, потрібна не так зміна уявлень про такі цінності, як зміна ставлення до них, яке, як підтверджує історичний досвід, формується впродовж багатьох поколінь.
10. За всієї безперечної важливості для розуміння онтологічної природи права таких цінностей як справедливість, рівність, свобода, гуманізм тощо, навряд чи правильно відносити їх до універсальних (загальнолюдських, загальноцивілізаційних) принципів права, як це часто відбувається у літературі (не тільки, до речі, вітчизняній, а іноді й західній). Ці ідеали (у своєрідному їх розумінні, обумовленому рівнем культурного розвитку, історичними традиціями різних народів і цивілізацій) характеризують сутнісну властивість права, його нерозривні зв'язки з соціально-культурними цінностями, є уособленням аксіологічної, сутнісно-ціннісної єдності права з мораллю, а не власне правовими принципами.
11. Уявлення про справедливість, рівність, свободу тощо змінюються і наповнюються різним змістом залежно не тільки від простору і часу (зрештою, з ними нерозривно пов'язані й уявлення про право), а часто мають істотні відмінності у різних людей однієї історичної епохи й однієї культури (цивілізації). Принципи ж права, навіть універсальні, хоч і належать до «еластичних», оціночних категорій, проте є

³ Feuerbach P. J. A. Bibliothek für die peinliche Rechts. Wissenschaft und Lesetzkunde (Bd. 2, S. 163 fff), 1880; Rosco Pound. The Case for Law. *Valparaiso University Law Review*. Spring, 1967. No. 2. P. 203–204.

⁴ Честнов Н. Л. Постклассическая теория права. Санкт-Петербург: Алеф-Пресс, 2012. С. 453 і наст.

більш раціоналізованими, отже, більш усталеними, стабільними і передбачуваними («правопевними») для людей.

- 12.** Процес формування та форми вираження принципів права (як і їх термінологічне позначення) у різних правових сім'ях і цивілізаціях істотно різняться. Як свідчить світовий досвід, вони далеко не завжди фіксуються в якомусь конкретному юридичному документі, зокрема в конституції, що помітно навіть у межах євроатлантичної цивілізації (зокрема, в правових системах сім'ї загального і сім'ї континентального права). Тим паче це стосується традиційних і релігійних правових сімей, де принципи права, особливо універсальні, часто не сформульовані як принципи. Вони існують у синкретичній, невідокремленій від інших соціальних регуляторів – моралі, релігії, філософських учень – формі. Проте, попри синкретичність та високий рівень абстракції, універсальні принципи права в певних варіантах можна віднайти практично у всіх правових системах. Доволі часто вони як за формою, так і за змістом, близькі до аксіом римського права, давньовавілонського права тощо.

Очевидно, ця обставина є одним з вирішальних чинників, що обумовлюють зближення юридичної, зокрема, судової практики під час вирішення низки ідентичних юридичних справ у країнах, правові системи яких належать до різних правових сімей.

- 13.** Принципи права, які можна віднести до універсальних, багато, їхнє коріння знаходиться в релігійних заповідях «не вбий», «не вкради», в морально-правових вимогах – «віддай кожному за його заслугами», «турбуючись про власне благо, не зашкодь іншому», «не будь суддею у своїй власній справі» тощо, в таких основоположних ідеях приватного права як «згода творить право», «договори, укладені з аморальною метою не повинні виконуватися» та ін.

Формування принципів права підпорядковувалося вирішенню практичних завдань – прийняттю рішень у конкретних життєвих ситуаціях, тобто своїм становленням принципи права зобов'язані насамперед практиці давніх арбітрів, які вирішували правові спори, а не державі. Отже, як і саме право вони мають позадержавне походження.

Серед основоположних, визначальних принципів права, універсалізація яких розпочалася вже в Новітній час і активно продовжується дотепер, слід назвати два найфундаментальніші з них мегапринципи: принцип поваги до людської гідності і прав людини та принцип верховенства права. Їм, особливо останньому, присвячено чимало виступів на конференції, тому докладно зупинятися на них не стану.

- 14.** За всього визначального значення для функціонування і розвитку права його універсальних принципів, вони не виключають особливостей (іноді суттєвих) цивілізаційних принципів права, характерних для певних правових культур і традицій, що уособлюють відповідні їм типи цивілізацій та правосімейних принципів права, тобто принципів, притаманних окремим правовим сім'ям. Навіть у межах однієї цивілізації, зокрема, євроатлантичної, відмінності між принципами права романо-германської правової сім'ї (сім'ї континентального права) та англо-американської правової сім'ї (сім'ї загального права) існують, хоч вони мають спільне історичне коріння – римське право, а також логіку та діалектику Платона й

Аристотеля⁵. На жаль, спеціальні монографічні дослідження, присвячені спільним для цих сімей принципам та їхнім відмінностям, у вітчизняному правознавстві досі відсутні.

- 15.** Істотні особливості притаманні також принципам права міжнародних регіональних організацій, зокрема принципам права Європейського Союзу, який, як відомо, об'єднує держави з різними правовими системами, які, до того ж, належать до різних правових сімей.

Оголошення початку переговорів про вступ України до цієї авторитетної регіональної організації ставить перед вітчизняною правовою системою і її дослідниками цілу низку складних проблем, пов'язаних, зокрема, з її адаптацією до *acquis* Європейського Союзу (далі – ЄС) – його надбань у правовій сфері. Хоч цим проблемам присвячено чимало виступів на конференції, акцентую увагу на тих з них, які, як на мене, також потребують поглибленого світоглядно-методологічного осмислення.

- 16.** Перша з цих проблем, на перший погляд, має суто термінологічний характер. Коли мова заходить про євроінтеграцію правової системи України, ми часто оперуємо термінами «гармонізація», «адаптація», а іноді навіть терміном «апроксимація» (використаний, зокрема, в назві доповіді А. Хворостянкіної).

Очевидно, вживання названих термінів щодо поняття «правова система» цілком виправдані. Адже зміст будь-якої правової системи не обмежується її інституційно-нормативним компонентом, тобто законодавством. Вона включає також такі набагато більш національно орієнтовані компоненти як духовний (правосвідомість, ментальність тощо), організаційний і функціональний, тобто середовище, в якому юридичні норми функціонують. Вони, на відміну від нормативного компонента – законодавства, за жодних обставин не зможуть стати повністю ідентичними правовій системі ЄС.

Набагато складніша річ з адаптацією українського законодавства до законодавства ЄС. Як впливає з «переговорної рамки», яка встановлюється для кожного кандидата для вступу в ЄС, у ній ідеться не просто про «апроксимацію», тобто наближення законодавства України до законодавства ЄС, а про його приведення у повну відповідність із законодавством ЄС, тобто фактично про уніфікацію. За винятком хіба що тих норм законодавства, яке стосується суто національних цінностей – мови, культури, традицій тощо, хоч і таке законодавство не може дисонувати з європейськими стандартами нормативного регулювання цих цінностей. Це підтверджують, зокрема, магістерські роботи, присвячені галузевим проблемам євроінтеграції, випускників магістерської програми 081 «Право» НаУКМА цього, 2024 року.

- 17.** Це своєю чергою породжує низку складних питань, які потребують поглибленого осмислення. Серед них:

- Чи варто прагнути до максимального збереження в українському законодавстві національних особливостей, як це нерідко пропонують прихильники партикуляризму права (від лат. *particularis* – окремо), тобто ті, хто прагне будувати національну

⁵ Берман Г. Дж. Право і революція. Формування західної традиції права. Київ: IRIS, 2001. С. 145.

правову систему, включно з принципами права на основі національних культурних цінностей. Де межі таких особливостей, які не стануть перешкодою на шляху євроінтеграції України.

- Чи не стане наслідком приведення національного законодавства у повну відповідність із законодавством ЄС космополітизація законодавства України, тобто його підпорядкування єдиному уніфікованому європейському правопорядку, якого своєю чергою вимагає спільний європейський ринок, чи існують межі такого підпорядкування?
- Як бути за таких обставин із Конституцією України? Чи процес неминучої космополітизації має поширюватися також на неї, чи вона має залишатися не тільки необхідним атрибутом державного суверенітету, а й виявом національної української ідентичності (конституційної ідентичності)?
- Чи потребуватимуть змін наші нинішні уявлення про верховенство Конституції серед джерел права (включно з міжнародними договорами), чи вони мають суттєво змінитися в контексті принципу верховенства права ЄС?

І, зрештою, чи не найскладніше із питань: яка доля чекає у зв'язку із вступом України в ЄС українське право? Чи не зникне воно з історичної арени *за умови його сучасного розуміння переважною частиною вітчизняної правничої спільноти як системи встановлених авторитетом (державою) норм (а фактично законодавства)? Чи потрібний інший, непозитивістський підхід до праворозуміння, щільно пов'язаний з духовним і функціональним компонентами правової системи, зокрема, із специфічним українським середовищем, в якому право функціонує?*

Напрями пошуку відповідей на ці питання я намагався окреслити у своїй щойно опублікованій монографії «Практична філософія права»⁶ та деяких інших публікаціях, хоч претендувати на їх повноту і безспірність не можу. Сподіваюсь на плідні дискусії з названих та багатьох інших питань, пов'язаних з євроінтеграцією правової системи України, на конференції.

⁶ Козюбра М. Практична філософія права: монографія. Київ: Дух і Літера, 2024. 496 с.

Фулей Тетяна Іванівна
кандидатка юридичних наук,
начальниця відділу наукових досліджень проблем судочинства
та науково-методичного забезпечення суддівської освіти
Національної школи суддів України

Упровадження принципів права в Україні: національні особливості

Implementation of the principles of law in Ukraine: national features

Проблематика принципів права кілька десятиліть перебуває у фокусі уваги вітчизняних учених — як теоретиків права, так і фахівців галузевих юридичних наук. Ба більше, не буде помилкою охарактеризувати її як трендову для національного правознавства — і у сенсі зростання показників публікацій упродовж років (порівняно з умовним «базисом» початку незалежності), так і визначення тенденцій. Очевидно, що закріплення у Конституції України та національному законодавстві «засад» і «принципів» різних правових явищ слугувало стимулом для науковців обирати для досліджень, зокрема і дисертаційних, тематику, тією чи іншою мірою їм присвячену — наприклад, з'ясуванню змісту поняття «принципи (засади) права», сутності цього феномену, класифікації принципів права, розмежуванню принципів права та принципів інших правових явищ, взаємозв'язку принципів права та інших соціальних регуляторів, аналізу впливу принципів права на правотворчість і правозастосування, співвідношенню категорій «принципи» і «норми», реалізації принципів права в юридичній практиці, загальнотеоретичній характеристиці окремих принципів права тощо. Окремо слід виділити дослідження принципу верховенства права та його елементів (складових), передусім співвідношення з принципом законності.

Доводиться констатувати, що кількість наукових праць не стимулювала законодавця до закріплення принципів (засад) у джерелах права таким чином, щоб вони вповні могли виконувати свої функції, насамперед регулятивну. Аналіз законодавчих актів і практики їх застосування, а також численних фахових публікацій нерідко породжує стан когнітивного дисонансу при спробі досягнути суперечливі ідеї та приписи, що закріплені як принципи (засади) права.

До прикладу, проаналізуємо закріплені у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі — КПК України) загальні засади кримінального провадження. Так, ч. 2 ст. 7 КПК України містить їх перелік, що складається із 22 пунктів, при тому що ч. 1 ст. 7 прислівником «зокрема» вказує на невичерпність загальних засад, яким повинні відповідати зміст і форма кримінального провадження. Не акцентуючи на тому, чи взагалі потрібен такий перелік — приміром, у Висновку Ради Європи щодо проекту КПК України (далі — Висновок РЄ) його автори, знані європейські експерти — Л. Баймар'єр-Вінтер, Дж. МакБрайд та Е. Сванідзе зауважували, що «[н]авряд чи список

«загальних засад» потрібен, бо ж усі ці засади розвинуто в наступних розділах»¹. Навіть побіжне ознайомлення з ним дає змогу виснувати про неоднорідність закріплених законодавцем основних засад. Зокрема, першим у переліку зазначене верховенство права — явище, що поширюється далеко за межі кримінального провадження. Досліджуючи верховенство права як ідею, наукову доктрину та юридичний принцип, С. Головатий, вважаючи науково неспроможними, а тому марними спроби представників вітчизняної юридичної науки дати формальне визначення поняття «верховенство права» чи утвореного на його концептуальній основі відповідного юридичного принципу, дійшов висновку, що «це термін, придатний для передавання в узагальненому вигляді поєднання ідеалів і досягнутого на практиці юридичного досвіду стосовно принципів, інститутів, механізмів і процедур, які є конче важливими для захисту особи від свавільної влади держави і які надають особі можливість володіти людською гідністю»². Відтак важко не погодитися з тим, що КПК України «не є тим законом, в який треба включати визначення принципу “верховенства права”, який зазвичай формулюється в Конституції»³. Окрім того, як слушно відзначав С. Головатий, визначення верховенства права у ст. 9 КПК України, що майже дослівно відтворювало аналогічний припис Кодексу адміністративного судочинства України, і зводиться до конструкції «принцип верховенства права» = «людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави», не відповідає викладеному в документі Венеційської Комісії 2011 р. європейському стандарту, хоча станом на 2012 р., коли вітчизняний парламент ухвалював КПК України, Доповідь Венеційської Комісії вже була доступною⁴. Невідповідність визначення верховенства права європейському розумінню підкреслювали й автори Висновку РЄ: зауважуючи, що визначення верховенства права все ж можна повторити у КПК України, «якщо це вважається важливим у практиці системи кримінальної юстиції в Україні. У такому разі слід розглянути, чи не доцільно було б додати, що верховенство права по суті означає, що кожен повинен підкорятися закону»⁵. Як бачимо, «специфічно українське» визначення верховенства права національним законодавцем одразу «впадає в око» європейським фахівцям. Українські вчені, своєю чергою, наголошували на прогресивності закріплення верховенства права серед засад кримінального провадження «для узгодження національної кримінальної процесуальної діяльності з міжнародними стандартами»⁶, водночас визнаючи домінуюче значення цього принципу в системі засад кримінального провадження⁷.

¹ Висновок щодо проекту Кримінально-процесуального кодексу України. DG-I (2011)16. Joint Programme between the European Union and the Council of Europe on Transparency and Efficiency of the Judicial System of Ukraine (TEJSU project) Страсбург, 2 листопада 2011. Пункт 62, с. 20.

² Головатий С. П. Верховенство права: ідея, доктрина, принцип: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.01. Київ, 2008. 44 с.

³ Висновок щодо проекту Кримінально-процесуального кодексу України. DG-I (2011)16. Joint Programme between the European Union and the Council of Europe on Transparency and Efficiency of the Judicial System of Ukraine (TEJSU project) Страсбург, 2 листопада 2011. Пункт 62, с. 22.

⁴ Головатий С. «Верховенство права» не працює. *Право України*. 2019. № 11. С. 49.

⁵ Висновок щодо проекту Кримінально-процесуального кодексу України. DG-I (2011)16. Joint Programme between the European Union and the Council of Europe on Transparency and Efficiency of the Judicial System of Ukraine (TEJSU project) Страсбург, 2 листопада 2011. Пункт 62, с. 22.

⁶ Михайленко В. В. Верховенство права як засада кримінального провадження. *Приватне та публічне право*. 2017. № 4. С. 128.

⁷ Там само. С. 129.

Однак навіть якщо «винести за рамки» верховенство права, то решту з наведеного у ст. 7 КПК України переліку засад кримінального провадження можна згрупувати щонайменше у **п'ять груп**:

- 1. Осердям першої** є основоположні права людини (на повагу до людської гідності (п. 4 ч. 1 ст. 7, ст. 11), свободу та особисту недоторканність (п. 5 ч. 1 ст. 7, ст. 12), недоторканність житла чи іншого володіння особи (п. 6 ч. 1 ст. 7, ст. 13), таємницю спілкування (п. 7 ч. 1 ст. 7, ст. 14), невтручання у приватне життя (п. 8 ч. 1 ст. 7, ст. 15), недоторканність права власності (п. 9 ч. 1 ст. 7, ст. 16); відтак закріплені у КПК України загальні засади кримінального провадження спрямовані на забезпечення реалізації чи недопущення порушення зазначених прав особи.
- 2. Друга** група охоплює загальні принципи права (які мають конкретні прояви в кримінальному процесі), до прикладу, законності (п. 2 ч. 1 ст. 7, ст. 9), рівності перед законом і судом (п. 3 ч. 1 ст. 7 КПК, ст. 10).
- 3. До третьої** групи можна віднести основні конституційні засади судочинства (які теж мають у кримінальному провадженні специфічні прояви), зокрема: змагальності (п. 15 ч. 1 ст. 7, ст. 22); гласності та відкритості судового провадження (п. 20 ч. 1 ст. 7, ст. 27), безпосередності дослідження показань, речей і документів (п. 16 ч. 1 ст. 7, ст. 23), оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності (п. 17 ч. 1 ст. 7, ст. 14), публічності (п. 18 ч. 1 ст. 7, ст. 25), розумність строків (п. 21 ч. 1 ст. 7 КПК, ст. 22), повне фіксування технічними засобами судового засідання і процесуальних дій (п. 3 ч. 1 ст. 7, ч. 5 ст. 27), обов'язковість судового рішення (п. 14 ч. 1 ст. 7, ч. 2 ст. 21).
- 4. Четверта** група охоплює засади кримінального провадження, що одночасно є як правами людини, так і загально визнаними принципами права, зокрема, складовими (а водночас і гарантіями) справедливого судового процесу (тобто їм притаманні характеристики кількох правових явищ): свобода від самовикриття (п. 11 ч. 1 ст. 7, ст. 18), презумпція невинуватості (п. 10 ч. 1 ст. 7, ст. 17), забезпечення права на захист (п. 13 ч. 1 ст. 7, ст. 20), мова кримінального провадження (п. 22 ч. 1 ст. 7, ст. 19), а також заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне й те саме правопорушення (п. 12 ч. 1 ст. 7, ст. 19).
- 5. Зрештою, до п'ятої** групи можна віднести власне галузеві принципи, як-от диспозитивність (п. 19 ч. 1 ст. 7, ст. 26).

Насамкінець варто виокремити доступ до правосуддя (п. 14 ч. 1 ст. 7, ст. 21). Незважаючи на закріплення у тексті КПК України як однієї із засад кримінального провадження, на нашу думку, доступ до правосуддя не можна віднести до жодної із перелічених вище груп – він не є ані принципом права, ані не належить до фундаментальних прав і свобод. Окрім того, порівнюючи європейське розуміння поняття «доступ до правосуддя»⁸ з викладеним у ст. 21 КПК України, можна виснувати, що національний законодавець або має власне, доволі «усічене» розуміння доступу до правосуддя, яким не охоплюються змагальність, відкритість провадження, забезпечення права на

⁸ Report on the Rule of Law. (2011). Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session. CDL-AD(2011)003rev. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e); Handbook on European law relating to access to justice. (2016). European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe. Luxembourg: Publications Office of the European Union. 214 p.

захист тощо, які виокремлені в КПК України як окремі засади кримінального провадження, або ж зміст засад кримінального провадження, закріплених у КПК України, є різнопорядковим та має різний обсяг, тобто зміст однієї чи кількох «конкретніших» засад охоплюється змістом «доступу до правосуддя» у ч. 1 ст. 21 КПК України, зокрема, «справедливим розглядом» у світлі ст. 6 Конвенції, на що ми вже звертали увагу⁹.

Свого часу М. Козюбра слушно зауважив, що без згадки про принципи права не обходиться практично жодне монографічне правове дослідження та численні навчальні посібники й підручники із будь-яких галузей правового знання; незважаючи на це, проблему принципів права можна віднести до найбільш складних, суперечливих і світоглядно-методологічно неосмислених у вітчизняному загальнотеоретичному правознавстві¹⁰. Наведений приклад закріплення в КПК України таких неоднорідних основних засад кримінального провадження не лише ілюструє деякі національні риси упровадження принципів права у правотворчу практику, а й укотре підтверджує, що це міркування М. Козюбри не втратило актуальності.

⁹ Фулей Т. І. «Доступ до правосуддя» у кримінальному провадженні. *Закарпатські правові читання. Сталий розвиток та інституційна спроможність в умовах війни: національний та міжнародно-правовий аспекти*: Матеріали XVI міжнар. нау.-практ. конф., м. Ужгород, 26–27 квітня 2024 р. Львів; Торунь: Liha-Pres, 2024. 636 с.

¹⁰ Козюбра М. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 142.

Valančius Virgilijus
Dr. (HP), Senior international expert on EU integration
for the EU funded Project Pravo-Justice in Ukraine,
Judge at the General Court of the European Union (2016–2023)

Energy solidarity: how the European Union law general principles are developed

Енергетична солідарність: як розвиваються загальні принципи права Європейського Союзу

Outlines

European Union (hereinafter – EU) energy solidarity has become particularly relevant for both the EU and EU Member States, including regional aspects and third neighbour countries. This was the reason for putting some observations on the subject matter in this article. Solidarity in European Union law, in general, shall be considered first, then solidarity in energy law, especially after the Judgement of the EU General Court delivered on 10 September 2019 on the OPAL gas pipeline case¹. This judgement, for the first time before EU courts, revealed and enshrined the principle of energy solidarity and acknowledged its breach. Major media reacted immediately². It also gave some basis for legal thinking. Not only does *Opal* undoubtedly open the door to the wider debates over the assessment of the internal energy market but also probably to further EU energy integration.

Is EU energy exclusively concerned with reconciling political and economic interests? Is the law doomed to stay out of this important sector? If not, in what cases and to what extent is legal intervention possible and/or tolerated? What does solidarity mean for EU energy? Who should provide answers to these and other questions that are not and cannot be rhetorical?

¹ Judgement of the General Court of 10 September 2019 *Poland vs. Commission (Opal)*, T-883/16, EU:T:2019:567. Judgement of the General Court in Polish. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=217543&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=16686829>

It should be noted that in *Opal*, the General Court was confronted with a constitutional issue at European Union level. Questions of this level are usually placed on the table of judges of the EU Court of Justice, usually during the preliminary ruling procedure, when the Court has to assess the compatibility of national law with EU law. For the General Court, which acts as a court of first instance, such legal tasks are indeed rare.

² See, e.g. URL: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-09-10/poland-wins-bid-to-reduce-russian-dominance-in-gas-transit-to-eu>;

<https://uk.reuters.com/article/uk-pgnig-gazprom-opal/eus-top-court-curtails-gazprom-access-to-nord-stream-pipeline-link-idUK-KCN1VV0VH?feedType=RSS&feedName=businessNews>;

<https://www.nytimes.com/reuters/2019/09/10/business/10reuters-pgnig-gazprom-opal-ukraine.html>

The present contribution shows how the gradual consolidation of the principle of solidarity in the EU energy sector from declarative provisions in the origins of EU primary law takes on more tangible forms in the last decade. The growing position of energy solidarity is also visible in the regulatory environment, in particular, with regard to the wording of Article 194 TFEU following the Treaty of Lisbon. Finally, *Opal* reveals the content, nature and impact of the principle of energy solidarity, which gives EU energy solidarity a practical significance.

Although EU law does not ignore the principle of solidarity, rather the opposite – it is a cornerstone of that law – solidarity has not been directly enshrined or conceptualised in the general principles of law.

The drafters of the Treaty of Rome³ intended to “confirm the solidarity which binds Europe and the overseas countries” and to “ensure the development of their prosperity”. In this way, solidarity was seemingly limited geography-wise.

Common energy rules have deep roots in EU law. From the ECSC Treaty⁴ that entered into force in 1952 and expired in 2002, it is obvious that “Europe can only be united by concrete works that create solidarity”. This solidarity may have taken the form of production quotas allocated to individual steel companies during a crisis⁵.

It was only after the Lisbon Treaty that the new Gas Directive 2009/73⁶ was last adopted with Article 6, on “Regional Solidarity”, added, providing that “in order to safeguard a secure supply on the internal market in natural gas, Member States shall cooperate in order to promote regional and bilateral solidarity”, and this secure supply must be implemented through *solidarity*.

The Treaty of Lisbon introduced a new Article 194 TFEU on energy. It gave for the first time the Union’s energy policy an autonomous legal basis, without though fundamentally changing the traditional approach. Indeed, Article 194 TFEU seemed to be a sensible compromise between national sovereignty to regulate the three essential components of energy policy, i.e., combinations of energy types, the use of natural resources and energy taxation, and the EU’s shared competences in other areas.

Opal case. This case directly concerns a large region of the EU and indirectly Ukraine.

The Extended Composition of the General Court of the EU in its judgement of 10 September 2019 *Poland vs. Commission (Opal)* upheld the action brought by the Republic of Poland for annulment of a Commission Decision approving the variation of the conditions for the exemption from EU requirements of the rules governing the operation of the OPAL pipeline proposed by the German regulatory authority (Bundesnetzagentur).

³ The Treaty establishing the European Economic Community, 25 March 1957, 298 U.N.T.S. 3.

⁴ The Treaty establishing the European Coal and Steel Community, 18 April 1951, 261 U.N.T.S. 140.

⁵ See Judgement of the Court of Justice of 29 September 1987. *Fabrique de fer de Charleroi and Dillinger Hüttenwerke vs. Commission*, 351/85 and 360/85, EU:C:1987:392, paragraphs 3-21. Although one of the Member States invoked the principle of solidarity, the Court did not pay much attention to it.

⁶ Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC (OJ L 211, p. 94).

In *Opal*, the General Court examined the principle of energy solidarity enshrined in Article 194(1) TFEU, which, according to the Republic of Poland, was not complied with. The General Court ruled, first, that the principle, as a concrete expression of the general principle of solidarity between Member States in the field of energy, entails rights and obligations for both the Union and the Member States.

Furthermore, and this is a novelty the General Court stressed, contrary to the Commission's position, "the principle of energy solidarity cannot be restricted to such extraordinary situations which would exclusively involve the competence of the EU legislature – a competence implemented by secondary law, by the adoption of Regulation No 994/2010 (replaced by Regulation (EU) 2017/1938 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2017 concerning measures to safeguard the security of gas supply and repealing Regulation No 994/2010"⁷, which essentially addresses solidarity as a "principle" intended to ensure security of gas supply in the Union⁸.

The impact of the principle of energy solidarity can neither be overestimated nor underestimated. In any event, that effect can be assessed only in the light of the scope of the content of the principle. In that regard, the General Court ruled that "the principle of solidarity entails rights and obligations both for the European Union and for the Member States", on the one hand, "the European Union is bound by an obligation of solidarity towards the Member States and, on the other hand, the Member States are bound by an obligation of solidarity between themselves and with regard to the common interest of the European Union and the policies pursued by it"⁹.

After analysing different aspects of energy solidarity, it is concluded that:

1. In *Opal*, the General Court emphasised, in essence, that the principle of solidarity does not mean one-way traffic in terms of reconciling energy interests between the EU institutions and the EU Member States or between different EU Member States. Otherwise, the principle of solidarity would simply be a declaration; its content would become worthless or simply hollow.

2. *Opal* states, in essence, that this principle is a general principle of law or even a fundamental right, which significantly increases its potential effects, both on an institutional level and on a contentious level.

3. Following *Opal*, it is clear that, contrary to the Commission's contention before the General Court and contrary to what Germany claims in its appeal, the principle of energy solidarity is not a mere political concept addressed to the legislature only in supply crisis situations.

4. The principle of energy solidarity certainly helps, albeit in part, i.e., within the limits set by EU law, to coordinate Member States' energy policies. This principle, as a general

⁷ Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC (OJ L 211, p. 94).

⁸ Regulation (EU) 2017/1938 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2017 concerning measures to safeguard the security of gas supply and repealing Regulation (EU) No 994/2010, (OJ L 280, p. 1), which mentions "solidarity" more than a hundred times, and Article 13 of which is named "Solidarity".

⁹ *Opal*, paragraph 70.

principle of direct application, is likely to be relied on in legal proceedings. This would have a serious impact on its assessment in court by applying the principle of effective judicial protection.

5. As soon as the Court of Justice confirmed the General Court's findings the energy solidarity in the European Union changed its status from purely declarative, as it was considered, in principle, until 2019, to legally binding.

*Харитонов Євген Олегович
доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри цивільного права Національного університету
«Одеська юридична академія»*

*Харитонova Олена Іванівна
докторка юридичних наук, професорка,
член-кореспондентка НАПрН України,
завідувачка кафедри інтелектуальної власності та патентної юстиції
Національного університету «Одеська юридична академія»*

Проблеми адаптації засад цивільного законодавства України до принципів приватного права Європейського Союзу

Problems of adaptation of the principles of civil legislation of Ukraine to the principles of private law of the European Union

Попри складне міжнародне становище та повномасштабну російську агресію, що триває третій рік, Україна прагне підтвердити свою належність до Європи, визнання та прийняття європейських цінностей, інституцій та концептів, одним із найважливіших поміж яких є приватне право.

Відтак активізувалася праця щодо вирішення проблем гармонізації українського та європейського права, розпочата ще у 2006 р. І хоча важливим завданням є приведення вітчизняного законодавства, зокрема цивільного, у відповідність до європейських стандартів, але першочерговою проблемою тут є узгодження / гармонізація засад національного цивільного законодавства із загальними принципами європейського концепту приватного права.

При цьому маємо на увазі, що право Європейського Союзу (далі – ЄС) складається з системи юридичних норм, сформованих на основі й відповідно до установчих договорів і загальних принципів права. Це дає підстави для розуміння європейського права як системи принципів, юридичних норм, що формуються у зв'язку з утворенням і функціонуванням Європейських Співтовариств і ЄС на основі й відповідно до установчих договорів і загальних принципів права.

На підґрунті такого розуміння європейського права є характеристика його як єдиного європейського концепту, що зумовлено вже самою ідеєю європейської єдності. З розуміння «європейського права» як концепту впливає, що його варто розглядати насамперед не як сукупність юридичних норм, а як систему принципів-цінностей,

що ґрунтуються на правосвідомості учасників відносин у приватній сфері, забезпечуються передусім нею, а відтак є основою створення юридичних норм.

Такою основою загальних (гармонізованих) юридичних норм ЄС є *Draft Common Frame of Reference* (далі – *DCFR*)¹ – «Проект загальної довідкової схеми», створений європейськими правознавцями, аби забезпечити вирішення низки важливих питань правотворчості. *DCFR* має додаткове найменування: «*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*» (Принципи, дефініції та модельні правила приватного права ЄС), у якому на першому місці – термін «Принципи», а решта тексту є визначенням понять і зразками правових рішень щодо регулювання відносин у галузі приватного права. Таким чином, ідеться не про проект акта законодавства, а про порівняння, сприяння вивченню і розумінню приватного права у країнах – членах ЄС. Завдання *DCFR* – наочно довести факт існування європейського приватного права, згадавши про відносно незначну кількість випадків, у яких різні правопорядки дають різні відповіді на загальні питання. *DCFR* розглядається як проект, що може надати ідеям європейського приватного права нове підґрунтя, що підвищує взаєморозуміння і сприяє колективному обговоренню проблем приватного права в Європі. У триаді «принципи, дефініції, модельні правила приватного права ЄС» чільне місце посідають «принципи приватного права ЄС»².

Звідси випливає, здавалося б, чітка мета узгодження (цивілізаційного) принципів цивільного законодавства України з універсальним (принципам *DCFR*). Однак при більш уважному погляді стає помітною низка запитань, відповіді на які ще треба знайти.

Автори *DCFR* наголошують, що термін «принципи» використовується як синонім виразу «норми, що не мають юридичної сили закону». З такого погляду *DCFR* складається з принципів і визначень. Водночас терміном «принципи» можна описати ті норми, що мають більш загальну юридичну природу, такі як свобода договору чи добросовісність. З цієї точки зору модельні норми *DCFR* включають у себе базові та пріоритетні принципи, які акцентують увагу на головних напрямках формування концепту приватного права. Як випливає з тексту *DCFR* і коментарів до нього, «базовими» вважаються такі принципи, що мають забезпечити досягнення найбільш загальних цілей *DCFR*. У ролі таких пропонуються принципи свободи, безпеки, справедливості та ефективності (з припущенням, що вони охоплюють також принципи договірної лояльності, співробітництва тощо). До категорії пріоритетних принципів найбільшого політичного значення віднесені захист прав людини, підтримка солідарності й соціальної відповідальності, збереження культурної та мовної різноманітності, захист і поліпшення добробуту, розвиток внутрішнього ринку. При цьому «пріоритетним із пріоритетних» можна вважати принцип захисту прав людини, якому присвячується ст. I-1:102(2) *DCFR*. Згідно з цим принципом модельні норми мають тлумачитися у контексті будь-яких застосованих засобів, які гарантують права та фундаментальні

¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) / ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Vol. I–VI. Munich, 2009.

² Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Принципи *DCFR* і регулювання суспільних відносин у галузі приватного права в сучасній Європі. *Право як регулятор суспільних відносин: історія, теорія, практика*: збірник матеріалів Другої міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 18–19 жовтня 2016 р.). Київ: ВГО «Майбутнє країни», журнал «Публічне право», 2016. С. 79–82.

свободи людини. Цей пріоритетний принцип відображений також у змісті окремих модельних норм, особливо у нормах про заборону дискримінації, про недоговірну відповідальність та ін.

Оцінюючи принципи, що сформульовані у *DCFR*, можна зробити висновок, що їхнє завдання полягає у забезпеченні підґрунтя вдосконалення концепту приватного права відповідно до базових цінностей європейської цивілізації. Це мають враховувати всі європейські країни при визначенні мети та завдань розвитку в них сучасного приватного права³.

Водночас слід зауважити, що в українській цивілістиці стосовно розуміння і позначення принципів права як керівних засад (ідей), що визначають зміст і спрямованість правового регулювання суспільних відносин (зокрема права приватного і права цивільного та цивільного законодавства)⁴, існують розбіжності. Якщо поміж принципів приватного права називають: 1) принцип автономії; 2) принцип добровільності; 3) принцип юридичної рівності; 4) принцип диспозитивності; 5) принцип координації; 6) принцип загального дозволу; 7) принцип правового захисту приватного інтересу та ін.⁵, то у ст. 3 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) йдеться про «Загальні засади цивільного законодавства», до яких належать: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність і розумність.

Порівняння зазначених принципів приватного права і засад (принципів) цивільного законодавства, названих у ст. 3 ЦК України, свідчить, що спільними є лише два принципи: принцип автономії (який із певними застереженнями може бути прирівняний до принципу неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини) і принцип правового (у п. 5 ч. 1 ст. 3 ЦК України уточнюється – «судового») захисту приватного інтересу.

Розбіжності у визначенні кола та змісту принципів приватного права та засад цивільного законодавства дають підстави для висновку, що в українській національній теорії права та цивілістиці поняття «принципи приватного права», «принципи цивільного права» і «засади цивільного законодавства» не вважаються тотожними. Принципи цивільного права ґрунтуються на принципах приватного права, але не збігаються з ними, оскільки у цивільному праві, на відміну від права приватного, мають місце не лише диспозитивні, а й імперативні елементи (публічні договори, недоговірні зобов'язання, спадкування тощо). Водночас можна виокремлювати, як це зроблено у ЦК України, «принципи (загальні засади) цивільного законодавства». Останні частково збігаються з принципами цивільного права, а частково ні.

³ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. *DCFR* як принципи та цінності європейського приватного права. *Часопис цивілістики*. 2022. № 45. С. 5–11.

⁴ Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ, 2003. Т. 5. С. 128.

⁵ Колодій А. М. *Принципи права України: монографія*. Київ: Юрінком Інтер, 1998. С. 176.

Відтак можемо зробити висновок, що у контексті зусиль щодо євроінтеграції українським правознавцям і законодавцям доведеться докласти зусиль для уніфікації термінології та наративів, які стосуються засад (принципів) українського національного права і законодавства, на основі європейських концептів у галузі приватного права. При цьому необхідно мати на увазі, що, попри досить послідовну орієнтованість концепції ЦК України на європейські зразки, слід бути готовими до існування істотних розбіжностей між принциповими положеннями *DCFR* і рішеннями вітчизняних законодавців.

Деякі з них можуть бути подолані відносно швидко і безболісно, трансформація інших виглядає досить проблематично.

Зокрема, до болючих питань належить проблема можливості впровадження загальних (цивілізаційних) принципів *DCFR* в українське цивільне законодавство в умовах повномасштабної російської агресії. Згадаємо, що ще у 2017 р. В. Горбулін звертав увагу на необхідності враховувати, що проти України ведеться гібридна війна, а гібридні загрози потребують адекватних відповідей, зокрема мобілізації і концентрації зусиль суспільства⁶. Якщо екстраполювати цей заклик на визначення ролі приватного права (дихотомії) в умовах гібридної війни, засади приватного права не можуть домінувати над здоровим глуздом: гібридні загрози мають отримати гібридні відповіді (скажімо, йдеться про часткове обмеження прав приватної особи, що має місце в умовах воєнного стану, тощо). До прикладу, можливо, доцільно внести зміни у п. 3 ч. 1 ст. 3 ЦК України «Загальні засади», виклавши його у такій редакції: «у період воєнного стану принцип свободи договору реалізується, якщо це не суперечить інтересам суспільства і не загрожує обороноздатності держави»). З погляду проблематики нашої доповіді це можна сформулювати як пропозицію «поступового» і гнучкого упровадження цивілізаційних (європейських) принципів-цінностей відповідно до загроз реалізації принципів-цінностей, що виникають на національному рівні в умовах гібридної війни.

Враховуючи зазначене, можна припустити, що адаптація до рішень, рекомендованих *DCFR* у цій галузі, може бути досить складною і потребуватиме не лише зміни вітчизняного законодавства (рекодифікації тощо), а й відповідної адаптації правосвідомості, більш повного врахування європейських суспільних цінностей тощо.

⁶ Горбулін В. «Цінності суспільства» і «гібридний мир»: криза моделі захисту. *Дзеркало тижня*. 2017. Вип. 24. 24 червня – 30 червня. URL: https://dt.ua/internal/cinnosti-suspilstva-i-gibridniy-mir-kriza-modeli-zahistu-246525_.html

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

Азаров Денис Сергійович
кандидат юридичних наук, доцент,
перший віцепрезидент Національного університету
«Києво-Могилянська академія»

Non bis in idem та види юридичної відповідальності *Non bis in idem and types of legal liability*

Багато разів доводилось чути від практикуючих юристів-практиків – суддів, прокурорів, адвокатів – категоричне твердження, що Конституція України дозволяє за одне правопорушення притягати до кількох різних видів юридичної відповідальності одночасно. У цьому контексті здебільшого мається на увазі так званий галузевий поділ відповідальності на види, а поряд із цивільно-правовою, кримінальною, адміністративною і дисциплінарною відповідальністю згадуються й інші види – конституційна, господарсько-правова, фінансова, матеріальна тощо. Зазвичай не робиться жодних застережень щодо можливих комбінацій цих видів, ніби презюмується, що можливі будь-які поєднання різних «галузевих» видів юридичної відповідальності, що буцімто не суперечить принципу *non bis in idem*.

Цю публікацію сфокусовано на тій складовій зазначеного принципу, що у ст. 61 Основного Закону нашої держави позначено словами «юридична відповідальність одного виду». Тобто для застосування цього принципу потрібно, по-перше, встановити, що таке «вид відповідальності», а по-друге, зможти визначити, до якого саме виду відповідальності належить той чи той захід.

Із першого погляду це питання може виглядати тривіальним. У підручниках із теорії права види юридичної відповідальності виділяються лише за так званою галузевою ознакою¹, або на такій «галузевій» класифікації робиться явний наголос, вона подається читачеві як основна і лише побіжно згадуються інші підстави для поділу аналізованого поняття на види (підстави; мету; характер заходів відповідальності)², або пунктирно визначаються недоліки «галузевого» поділу та робиться спроба розподілити «галузеві» види відповідальності на дві категорії – приватну і публічну³.

¹ Теорія держави і права: підручник / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін.; за ред. О. В. Петришина. Харків: Право, 2015. С. 257–259; Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посіб. Вид. 10-те, допов. Львів: Край, 2008. С. 192; Теорія держави та права: навч. посіб. / Є. В. Білозьоров, В. П. Власенко, О. Б. Горова, А. М. Завальний, Н. В. Заяць та ін.; за заг. ред. С. Д. Гусарева, О. Д. Тихомирова. Київ: НАВС, Освіта України, 2017. С. 241; Кельман М. С., Мурашин О. Г. Загальна теорія держави та права: підручник. Київ: Кондор, 2006. С. 325.

² Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / под. ред. Ю. Н. Оборотова. Одесса: Феникс, 2011. С. 305.

³ Про недоліки поділу правопорушень та відповідальності на публічну та приватну див., наприклад: Азаров Д. С. Розроблення Кодексу публічних правопорушень України: теоретичні та прикладні застереження. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2016. Т. 181. С. 134–138. URL: <https://ekmair.ukma.edu.ua/handle/123456789/9851>; Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. С. 309–310.

Відтак підхід до поділу юридичної відповідальності на види за «галузевою ознакою» доводиться, безумовно, визнати панівним, адже саме він із підручників потрапляє та міцно закарбовується у свідомості майже всіх юристів, більшість з яких далекі від використання фундаментальних наукових джерел у практичній діяльності. Конституційний Суд України свого часу назвав загальноновизнаним поділ юридичної відповідальності за галузевою структурою права на цивільно-правову, кримінальну, адміністративну та дисциплінарну (п. 3)⁴.

Моя гіпотеза полягає у тому, що через істотні вади «галузевого поділу» юридичної відповідальності на види (про них ітиметься далі), він не задовольняє потреби застосування принципу *non bis in idem* на практиці.

Так, у Єдиному державному реєстрі судових рішень за 2022–2023 рр. можна знайти 130 рішень та вироків судів першої інстанції, у яких прямо згадується принцип *non bis in idem*⁵: 28 – вироків, 59 рішень в адміністративних справах і справах про адміністративні правопорушення, 31 – у господарських і 12 – у цивільних справах.

Аналіз цих судових рішень дав можливість сформулювати перелік типових випадків застосування принципу *non bis in idem*. Їх усіх можна поділити на дві групи: 1) коли виникає питання про подвійне застосування однієї відповідальності; 2) коли йдеться про застосування двох заходів, що формально належать до різних видів відповідальності, виділених за «галузевою» ознакою.

До першої групи належать такі типові випадки: одночасне застосування штрафу та пені за прострочення цивільно-правового зобов'язання; застосування двох штрафів або двох пеней за одне й те саме цивільне правопорушення (зокрема й правопорушення у сфері господарювання); подвійне стягнення заборгованості; оголошення догани і звільнення з роботи за одне й те саме дисциплінарне правопорушення; застосування двох штрафів за одне й те саме порушення податкового законодавства; одночасне врахування певної обставини як такої, що впливає на кваліфікацію кримінального правопорушення, і такої, що обтяжує покарання.

Судячи з рішень зазначеної категорії, можна констатувати, що відповідні справи не створюють для судів особливих складнощів. Однак те саме не можна сказати про другу групу справ, при вирішенні яких виникає потреба з'ясувати, чи має місце елемент «юридична відповідальність одного виду» як складник принципу *non bis in idem*. У таких випадках суди стикалися з питанням про застосування двох чи більше схожих або тотожних за змістом заходів юридичної відповідальності, передбачених різними законами, що належать до різних галузей права, за вчинення одного й того самого діяння, зокрема: 1) порушення порядку поводження з вогнепальною зброєю, відповідальність за яке може наставати за ст. 190 Кодексу України про адміністративні

⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства «Всеукраїнський Акціонерний Банк» щодо офіційного тлумачення положень пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України, частин першої, третьої статті 2, частини першої статті 38 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про відповідальність юридичних осіб) 30 травня 2001 р. № 7-пн/2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-01>

⁵ Через примітивні пошукові можливості реєстру та поширеність некоректного внесення даних до нього, не можна гарантувати, що у реєстрі немає дещо більшої кількості рішень, пов'язаних із застосуванням цього принципу.

правопорушення (далі – КУпАП) і ст. 263 Кримінального кодексу України (далі – КК України); 2) домашнє насильство – ст. 173² КУпАП і ст. 126¹ КК України; 3) керування транспортним засобом особою, позбавленою цього права, – ч. 2 ст. 126 КУпАП і ст. 382 КК України; 4) порушення режиму відбування покарання у виді позбавлення волі – ст. 132 Кримінально-виконавчого кодексу України та ст. 391 КК України; 5) фактичний допуск працівника до роботи без оформлення трудового договору – абз. 1 ч. 2 ст. 265 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП) і ч. 3 ст. 41 КУпАП, а також ст. 172 КК України.

Таким чином, в усіх наведених випадках суди розглядали питання про одночасне застосування за одне діяння двох і більше заходів, що належать до різних із «галузевих» точки зору видів юридичної відповідальності – кримінальної та адміністративної, кримінальної та дисциплінарної, адміністративної і ще «якоїсь», передбаченої ст. 265 КЗпП. На питання, до якого виду належить відповідальність, передбачена абз. 1 ч. 2 ст. 265 КЗпП за фактичний допуск працівника до роботи без оформлення трудового договору, один із відомих теоретиків права під час конференції, не замислюючись, відповів, що це «трудова» відповідальність. Очевидно він не врахував, що ця стаття передбачає штраф у розмірах більших, ніж за окремі злочини, і призначається він органом виконавчої влади.

Мушу сказати, що і Верховний Суд, на мою думку, не зміг дати коректну відповідь на поставлене запитання. Об'єднана палата Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду сформулила власний правовий висновок у справі про одночасне застосування штрафів, передбачених ст. 265 КЗпП і ст. 41 КУпАП, що встановлені за фактичний допуск працівника до роботи без оформлення трудового договору. Цей висновок складається з двох основних тез, які, на моє переконання, суперечать одна одній. Так, Суд, ґрунтуючись на «галузевому» підході до поділу відповідальності на види, стверджує, що штрафи, передбачені ст. 265 КЗпП, є заходами не адміністративної, а фінансової відповідальності (щоправда, Суд не вважав за потрібне уточнити, чим відрізняються ці види відповідальності, якщо взагалі відрізняються чимось окрім назви). Логічним продовженням цієї тези мав би стати висновок про можливість одночасного застосування штрафів, передбачених КЗпП і КУпАП, адже вони належать до різних видів юридичної відповідальності – фінансової та адміністративної. Але ж ні! Другою тезою Суд фактично перекреслює перший висновок, стверджуючи, що «фізична особа – підприємець <...> не може бути одночасно притягнута до відповідальності за ст. 265 КЗпП та ст. 41 КУпАП <...> у зв'язку з порушенням принципу “*non bis in idem*”»⁶. Як видається, аналізоване рішення, з одного боку, є прикладом догматичного ставлення до законодавства, яким би воно не було, а з другого – застосування принципів права. Добре, що в цьому випадку Суд віддав перевагу принципам права, а не тексту закону і «галузевому» поділу відповідальності на види.

Аналіз судової практики засвідчує, що сформульована раніше гіпотеза є істинною – «галузевий поділ» юридичної відповідальності не дозволяє впевнено застосовувати принцип *non bis in idem* у випадках, коли за певне діяння встановлено відповідальність у кількох законах, що формально належать до різних галузей права.

⁶ Постанова Верховного Суду у складі об'єднаної палати Касаційного адміністративного суду від 22 грудня 2020 р. у справі № 260/1743/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93708687>

Кожен раз, коли застосовувався цей принцип та відмовлялося у подвійному (потрійному) застосуванні відповідальності різної галузевої приналежності, суди геть не згадували концепцію «галузевого поділу», ніби її в природі не існує. Адже якщо слідувати цій концепції і робити це досить формально, то в усіх подібних випадках слід було би піддавати винуватих кільком видам юридичної відповідальності, що з «галузевої» точки зору є різними, проте за своєю сутністю – однаковими.

На мою думку, основною причиною є те, що «галузевий поділ» юридичної відповідальності на види порушує одразу два засадничі закони логіки: 1) поділ поняття, внаслідок якого знаходять його види, завжди здійснюється на основі конкретної родової ознаки, змінюваність якої веде до утворення нових видових понять; основою поділу може бути не кожна ознака, а лише та, що є суттєвою⁷; 2) в межах однієї процедури поділу має використовуватися лише одна підстава, при цьому всі члени поділу мають бути співпідпорядкованими поняттю, що ділиться⁸.

Якщо подивитися на «галузевий поділ» крізь призму законів логіки, стає очевидною низка його вад, основні з яких коротко можна описати так:

- 1) використовуються одразу кілька критеріїв для поділу;
- 2) певні види відповідальності існують у межах кількох галузей права;
- 3) у межах певних галузей права існує кілька різних видів відповідальності;
- 4) для поділу використовуються ознаки, які не є родовими ознаками юридичної відповідальності, натомість береться до уваги доволі умовний поділ права на галузі, а фактично – розміщення норми у певному законодавчому акті, що значною мірою залежить якщо не від сліпої волі законодавця, то, як мінімум, від його не завжди виважених рішень;

5) «галузева ознака» не відповідає вимогам суттєвості, що ставиться до підстави поділу, оскільки вона не дає можливості визначити вид юридичної відповідальності з огляду на її сутність – можна досхочу аналізувати сутність відповідальності у формі штрафу розміром 10 000 грн, але визначити її вид за «галузевою ознакою» не вдасться, доки не стане відомо, в якому законодавчому акті передбачено відповідну норму права.

У більшості рішень судів першої інстанції не завжди чітко, але проглядається, що кожен раз суд розглядає саме сутність відповідальності – тобто характер тих обмежень, які покладаються на порушника, а не так звану галузеву приналежність. Не можу сказати, що в усіх рішеннях це прописано кристально чітко, ясно і належним чином аргументовано. Однак аналіз практики дає змогу дійти висновку, що на відміну від більшості теоретиків⁹, суди загалом ідентифікують сутнісну ознаку відповідальності, на підставі якої можна здійснити її поділ на види.

Сутнісною ознакою я вважаю таку питому властивість юридичної відповідальності, що визначає всі інші її ознаки, які є похідними і значною мірою залежними від цієї властивості. Єдина ознака, яка, на мою думку, може вважатися сутнісною – це обмеження прав

⁷ Конверський А. Є. Логіка. Підручник для студентів юридичних факультетів. 5-те вид. перероб. та допов. Київ: Центр учбової літератури, 2015. С. 149.

⁸ Там само. С. 154–155.

порушника. Зміна характеру цих обмежень веде до утворення нових видових понять, тобто дає змогу здійснити поділ відповідальності на види. Важливо також, що саме ця ознака обумовлює всі інші, що є похідними, зокрема, процедуру притягнення до відповідальності та її реалізації, орган чи особу, які уповноважені ухвалювати рішення про її застосування, зрештою – обсяг прав та обов'язків осіб, які є учасниками відповідних правовідносин. Зміст цих похідних ознак є різним у разі, якщо йдеться про пеню, застосування якої спрямоване на *компенсацію* збитків, спричинених простроченням цивільно-правового зобов'язання, та у випадку переведення засудженого до позбавлення волі, який вчинив дисциплінарний проступок, до приміщення камерного типу (одиначної камери), що має яскраво виражений *каральний* характер.

Саме на характер обмежень прав порушника переважно орієнтуються суди, коли застосовують принцип *non bis in idem*. У всіх аналізованих судових рішеннях другої групи (тобто у справах про застосування кількох видів відповідальності, що передбачена різними законами, які належать до різних галузей права), фактично вирішувалось питання, чи є певний «галузевий» вид відповідальності каральним або компенсаційним. Переконали, що саме однаковий каральний характер фінансової та адміністративної відповідальності спонукав Верховний Суд визнати порушенням принципу *non bis in idem* одночасне накладання штрафу за ст. 265 КЗпП і ст. 41 КУпАП.

Аналіз практики виявив, що для вирішення конкретної справи суду цілком достатньо застосувати доволі утилітарний підхід – провести лише дихотомічний поділ юридичної відповідальності на види. Тобто для цілей конкретної справи потрібно визначити, чи є певна відповідальність каральною або некаральною (компенсаційною або некомпенсаційною). Проте існують інші види відповідальності, які не є компенсаційними і навряд чи можуть вважатися каральними. Насамперед слід згадати дисциплінарну відповідальність, характер якої, на мою думку, є управлінським, адже він зумовлений потребами ефективного адміністрування діяльності підприємства, установи, організації чи органу влади¹⁰. Мушу зазначити, що традиційне розуміння трудової дисципліни і дисциплінарної відповідальності, що висвітлюється у вітчизняній правничій літературі, досі відчуває на собі неабиякий вплив радянщини, коли кожен був зобов'язаний працювати на державу, а «тунеядство» – ухилення від суспільно корисної праці, вважалось злочином. Я маю сумнів, що за ринкової економіки доцільно визнавати догану чи звільнення з роботи юридичною відповідальністю, принаймні, якщо сутністю останньої вважати обмеження прав порушника. Адже він має право на працю загалом, а не на працю в конкретній організації, яка своєю чергою має право самостійно визначати, які працівники їй потрібні.

У загальнотеоретичному плані здійснення вичерпної та логічної класифікації видів юридичної відповідальності залежить від змісту відповідного поняття, яке досі залишається гостро дискусійним¹¹. Одна справа, коли відповідальність визначається як

⁹ Наприклад, трапляються такі теоретичні підходи до визначення відповідальності: 1) правовідносини; 2) покарання; 3) реалізація санкції; 4) здатність давати собі звіт і перетерпіти заходи примусу; 5) захід, міра державного примусу; 6) правовий обов'язок; 7) необхідність перетерпіння примусових заходів. Див.: Гришук В. К. Філософсько-правове розуміння відповідальності людини: монографія. Хмельницький: Хм. ун-т управл. і права, 2012. С. 204–205, 228.

¹⁰ У цьому контексті не йдеться про дисциплінарну відповідальність, що виходить далеко за межі трудових та інших подібних відносин і полягає, наприклад, у застосуванні каральних стягнень до осіб, засуджених до позбавлення волі, які не виконують покладені на них обов'язки або порушують встановлені заборони (ст. 132 Кримінально-виконавчого кодексу України).

«несприятливі наслідки» і в такий спосіб надто розширюється обсяг поняття та через використання оціночного прикметника надається йому значна частка суб'єктивізму. І зовсім інша, коли відповідальність звужують до «міри державного примусу». Обсяг цього поняття і чіткість відповідного визначення напряму впливає не лише на обрання класифікаційного критерію, а й узагалі на можливість здійснення класифікації як такої. Не сприяє побудові стрункої класифікації творчість сучасного законодавця, який вимислює чимдалі більше нових «видів» юридичної відповідальності. Схоже, що не можна виключати появу митної, лісової, виборчої та інших видів відповідальності з подібними назвами. У цьому контексті класифікацію варто розглядати не лише як метод пізнання і результат поділу поняття на види. Добре, якби вона могла стати своєрідними рамками раціонального законотворення.

¹¹ Гришук В. К. Філософсько-правове розуміння відповідальності людини: монографія. Хмельницький: Хм. ун-т управл. і права, 2012. С. 204–205, 228.

Вайнагій Михайло Васильович
кандидат юридичних наук, старший викладач
кафедри загальнотеоретичного правознавства та публічного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Принципи ведення переговорного процесу

The principles to conduct the negotiating process

Саме поняття «принцип» у перекладі з латинської мови означає «початок», «першо-основа», «первинність». Ще з давнини принцип вважався підвалиною, фундаментом будь-якої соціальної системи (зокрема і правової), вимоги якого поширювалися на всі явища, що належали до цієї системи. Це є своєрідна система координат, у межах якої розвивається право, і водночас вектор, що визначає напрямок його розвитку¹.

Згідно з деякими визначеннями принцип – це основне вихідне положення якої-небудь наукової системи, теорії, ідеологічного напрямку тощо. Принцип – це спосіб, особливість, покладена в основу створення або здійснення чого-небудь. Принцип – це переконання, норма, правило, яким керуються у житті, поведінці². Отже, принцип – це основне вихідне положення, особливість, спосіб здійснення, переконання, норма, правило в житті, поведінці, а в нашому випадку – під час ведення переговорного процесу.

М. Козюбра зазначає, що проблему принципів права можна віднести до найбільш складних, суперечливих і світоглядно-методологічно неосмислених у вітчизняному, як і в пострадянському загалом, загальнотеоретичному правознавстві³.

Переговори – це розмова, бесіда з метою обмінятися думками або домовитися про що-небудь із кимось. Переговори – це обговорення з метою з'ясування думок, настроїв сторін або укладення угоди⁴. Отже, переговорний процес – це ведення розмови, бесіди, обговорення з метою з'ясування думок, обміну думками та досягнення домовленості як результат.

Додавання в назві теми слова «ведення» покликане звернути увагу саме на поведінку людини в переговорному процесі.

Характерною особливістю переговорного процесу є те, що дуже часто погляди сторін на предмет переговорів відмінні, протилежні або ж взаємовиключні.

Зважаючи на те, що поняття переговорів може застосовуватися щодо різних перемовин й у різних сферах, у теорії переговорів на основі потреб Дж. І. Ніренберг розділяв їх різні сфери на три рівні: міжособистісні – переговори фізичних осіб,

¹ Біржакова Є. О. Порівняльна характеристика властивостей та принципів права (теоретико-правовий аспект). *Альманах права*. 2012. № 3. С. 104–108.

² Словник української мови. URL: <https://sum.in.ua/s/pryncyp>

³ Козюбра М. І. Практична філософія права: монографія. Київ: Дух і літера, 2024. 496 с.

⁴ Словник української мови. URL: <https://sum.in.ua/s/perehovory>

міжорганізаційні – переговори великих організацій та міжнародні – переговори між державами (націями, народами)⁵.

Розглянемо найнижчий рівень – переговори фізичних осіб.

За кожними з таких переговорів стоять люди. Змінюються обставини, умови, настрої. Наміри сторін переговорного процесу також можуть частково змінюватися порівняно з початковими. Це говорить про відкритість сторін до нових ідей, підходів і готовність іти назустріч одне одному.

Закономірно, що відносини спілкування між фізичними особами підлягають правилам етикету, традиціям, звичаям ділового обороту, а також обмежуються нормами Кодексу України про адміністративні правопорушення або ж Кримінального кодексу України у випадку недоброзичливих намірів.

Оскільки правове регулювання створює своєрідну рамку, у межах якої відбувається домовляння, людина як центральна фігура переговорного процесу стає предметом вивчення та аналізу з притаманними їй особливостями.

Таким чином, люди – сторони переговорного процесу. Предмет переговорного процесу – їх різні бачення та погляди на вирішення проблемної ситуації. Імпульс (паливо) переговорного процесу – спільне бажання домовитися про взаємоприйнятний результат.

У зв'язку з цим пропонуємо пам'ятати про:

Прагнення бути почутим. Кожна людина прагне бути почутою. На початку вартує вислухати бачення іншої сторони, не перериваючи. Неважливо, згідні чи не згідні. Цінним є зрозуміти, наскільки це критично для іншої сторони, і де містяться найчутливіші моменти, з якими потім потрібно буде працювати.

Бачити перед собою людину – працювати з проблемою. До людини поблажливо, до проблеми строго. Проблема – спільний ворог. Об'єднуватися супроти. Перемога – спільний результат⁶.

Шляхетність більшої сили. Більша сила – спокійна сила. Шляхетність більшої сили полягає у тому, щоб дати можливість проявитися меншій силі. Варто зосереджуватися на особистих якостях людини.

Щедрість. Не варто бути скупим на увагу, допомогу, комплімент, добре слово. Людина ділиться тим, що має. Працювати над тим, щоб могли ділитися чимось приємним і позитивним.

Продуктування. Все, що продукуємо (говоримо, пишемо, робимо) – це є насіння. Насіння покликане давати плід. Пам'ятати про це в словах (обіцянках, зобов'язаннях), учинках (діях, поведінці).

У центрі уваги – протилежна пропозиція. Важливо почути пропозицію іншої сторони. Розпитати деталі. Зрозуміти сутність. Намалювати очікувані результати. Пока-

⁵Nierenberg G. I. The Complete Negotiator. New York: Barnes & Noble Books, 1996. 345 p.

⁶Фішер Р., Юрі В., Паттон Б. Переговори без поразки. Гарвардський метод. 4-те вид. Манн, Іванов та Фербер, 2015. 272 с.

зати, чого може не відбутися, не статися. Проаналізувати вжиті заходи. Обміркувати помилки. Не шукати винних. Знайти, що спрацювало не так. По можливості виправити або уникати в майбутньому.

Розширення горизонтів. Масштаб міркувань людини обмежується контурами її знань, умінь, навичок, досвіду та виховання (людяності). Знаходити простір, щоб ці контури розширити – ненав'язливо, аргументовано, заохотливо. Приклад із об'єднанням чотирьох крапок у формі квадрата за допомогою трьох ліній без пересікання, без відривання руки і щоб вийшла замкнута фігура.

Якщо в першій частині йшлося про те, як і на що варто звертати увагу, то в другій частині йтиметься про те, чого варто уникати.

Що робити не варто (7 НЕ):

НЕ говорити неправду. Це чужі методи.

НЕ заперечувати. Заперечення дуже часто не дають користі. Вони навпаки включають оборону, захист іншої сторони, псують атмосферу і таким чином марнують зусилля.

НЕ звинувачувати. Це не додає, а віднімає. Посилює негативні емоції.

НЕ змушувати. Закликати, заохочувати, ділитися. Не втручатися в особисте.

НЕ нервувати. Що нервує, то керує.

НЕ кричати. Це прояв слабкості та безсилля.

НЕ принижувати. Уникати приниження. Де є приниження, немає місця гідності.

Якщо поглянути на правову площину, правове регулювання, у третій частині йдеться про пропозицію таких принципів переговорного процесу.

Принцип непорушності закону. Дотримання положень законодавства, існуючих вимог і норм. Це також стосується збереження усталених традицій та звичаїв.

Принцип найвищої соціальної цінності. Наголошення на тому, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України).

Принцип апелювання. Можливість звернення до норм закону, коли протилежна сторона вимагає більшого, ніж їй належить.

Принцип суспільного блага, суспільної користі. Те, що добре для однієї людини, необов'язково є добрим для більшості, всього суспільства. Однак те, що добре для всіх, буде добрим для кожного.

Принцип обміну місцями. Для відчуття ситуації, знаходження аргументів та ухвалення рішення від імені протилежної сторони.

Принцип поради. Поради досвідченої та незайнтересованої сторони, людини. Коли така порада може підсвітити ситуацію під іншим кутом зору, внести конструктив і новизну.

Принцип привілейованості (вищості) невідновного над відновним. Коли більшу цінність має те, що не поновлюється.

Примітка: зазначені вище принципи (основні вихідні положення, особливості, способи здійснення, переконання, норми, правила поведінки) під час ведення переговорного процесу розраховані на те, що сторони переговорного процесу добропорядно розуміють сутність переговорів, прагнуть знайти порозуміння та досягнути взаємоприйнятний результат.

Війна. Воєнний стан вносить свої корективи. Сила залишає за собою право останнього голосу. Повітряні тривоги та пошук укриття наштовхують на асоціацію, що з точки зору економіки, підтримки людини людиною та витрачених зусиль ефективніше будувати більші укриття, ніж багато менших. Однак для цього потрібні узгоджене бачення, злагоджені дії та співпраця всіх заінтересованих сторін.

На завершення. Свого часу Аристотель застерігав, що не варто сперечатися з будь-яким перехожим. Суперечка варта уваги, часу та зусиль тоді, коли співрозмовник дискутує засадами, а не сентенціями, з таким співбесідником, хто має терпіння і вміє вислуховувати протилежні доводи, зрештою, з тим, хто має достатньо сміливості погодитися та визнати, що був неправим⁷.

⁷ Чорнобай О. Л. Мистецтво суперечки, або еристика: предмет та історія. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. 2015. № 827. С. 210–220.

*Кельман Михайло Степанович
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри теорії права та конституціоналізму,
Інституту права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

Верховенство права і конституційні основи однотипного судового правозастосування

The rule of law and the constitutional foundations of uniform judicial enforcement

Аксіоматична сутність судового правозастосування як ухвалення індивідуальних правових рішень неминуче пов'язана з пошуком права, що застосовується, тобто реалізується в універсальному сенсі правових правил з урахуванням особливостей того конфлікту, що вирішується судом. При цьому конкретні рішення у спірних ситуаціях зазвичай проблематичні. Розв'язання правових спорів, що належать до одного й того ж класу, здійснюють різні суб'єкти правозастосування. Формалізація пошуку рішень на основі вичерпного законодавчого закріплення його алгоритму, як і повна формалізація самого права, об'єктивно неможливі. Тому природно, що забезпечення однотипного уніфікованого підходу, такого, який має аналогом дискусійного правозастосування є предметом суспільного і, зокрема юридичного дискурсу, доктрини, а також правотворчих та правозастосовних процедур.

Актуалізація такого поєднання зусиль об'єктивно продиктована закономірностями функціонування права. Законодавець, зазвичай, керується правовим змістом закону і не може допускати різнобій у регулюванні – питання про його системність і відповідність правовим принципам заслуговує на особливий розгляд. Юридична доктрина, не обмежуючись лише аналізом правових приписів, покликана поглиблювати способи та системи аргументації, які при формулюванні та застосуванні норм можуть нівелювати об'єктивно обмежені можливості закону, що закріплює лише дещо абстрактні моделі поведінки. Правозастосування ж не може вибудовуватися на підставі механічного застосування норми до конкретної ситуації, ні на основі абсолютної дискреції у виборі норм та їхньої інтерпретації.

Проте і зміст усталеності судової практики, тобто, єдиних її підходів до застосування права задаються не потребами самої практики, а призначенням та семантикою права як такого. Судові ж процедури як ефективний засіб правозастосування дають змогу відрізнити право від «неправа», мають особливі характеристики, які зумовлюють не будь-які, а тільки ті методи, які відповідають суті правосуддя забезпечуючи єдність правозастосування як передумови панування права, правового світу та правової визначеності у процесах суспільної модернізації.

Сучасні уявлення про право, на противагу юридичному позитивізму, не пов'язують право лише з нормативним актом, законом як результатом правотворчої діяльності

держави та єдиним джерелом права. Вони припускають, що поняття права включає і змістовний ціннісний аспект. Верховенство права характеризується не тільки і не стільки вимогою підпорядкування закону, скільки насамперед визнанням невідчужуваних прав і свобод людини безпосередньо чинними та визначають сенс і зміст законів, відповідна перевірка та реалізація яких здійснюється правосуддям, мета і відповідний їй механізм забезпечення верховенства права зазначені у ст. 8 Конституції України. При цьому суд не має права застосовувати неправові за змістом закони, а процедури правосуддя мають бути справедливими і гарантувати передбачуваність судових рішень, тобто запобігати свавіллю.

Яке місце у цій системі цілей та цінностей правосуддя має займати забезпечення усталеності судової практики? Зрозуміло, що вона не є самоціллю: всі форми забезпечення єдності судової практики мають бути сконцентровані на запобіганні судових помилок та свавілля з боку суду, зокрема й ухвалення судом рішень на основі неправового закону або в умовах несправедливих процедур¹.

Стандарти, що визначають такі підходи, відповідно до визнаних у демократичному суспільстві правових принципів, закладені в чинній Конституції України. Змістовно це обумовлюється визнанням загальнолюдських цінностей, які вітчизняний конституційний законодавець трактує як основоположні для чинного конституційного регулювання².

У звичній парадигмі єдність судової практики спирається на закон у широкому розумінні слова, тобто на нормативний акт, та його уніфіковане (загальноприйняте) усталене тлумачення у правозастосуванні.

Порівняно недовге в історичному контексті орієнтування національної судової системи на вищі конституційні цінності, на жаль, поки що не призвело до реальної відмови від старих позитивістських позицій. Найчастіше переваги правозастосовника, що виражаються в орієнтації на нормативні акти, а не на загальні принципи права, зокрема визнані Україною як членом міжнародного співтовариства, призводять лише до декоративного цитування конституційних та міжнародно-правових положень у судових рішеннях для демонстрації формального декларування їх. Зміст правових принципів при цьому не розкривається і не визначає сутність аргументації при обґрунтуванні індивідуально-правових актів. Забезпечення єдності у правозастосуванні на основі «диктатури закону» цього і не передбачає. Ба більше, спонукає до пріоритетності букви нормативного тексту. У судовій практиці така діяльність більш «вигідна», «доступна» і «безпечніша», ніж реалізація Конституції, правових позицій конституційної і вітчизняної юрисдикції, яка впливає саме із загальних принципів права.

Однак звичний позитивізм, який віддає перевагу букві закону його тлумаченню на основі правових принципів, насправді не забезпечує одноманітного правозастосування і, зрештою, має протилежний ефект³. Правотворчість і правозастосування, що виходять з нереалістичної тези про те, що текст закону при його однаковому прочитанні

¹ Бойко О. В. Зміст права на справедливий судовий розгляд. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 5. С. 257; Рікер П. Право і справедливість / пер. О. Сирцова, В. Каденко. Київ: Дух і літера, 2002. С. 184.

² Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістова характеристика): монографія. Харків: Право, 2008. 240 с.

³ Ролз Дж. Теорія справедливості / пер. з англ. О. Мокровольський. Київ: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. 822 с.

може і повинен призводити до єдності в судовій практиці, з одного боку, звільняє від оприлюднення в законі правового змісту, але, з другого боку, не може забезпечити усунення властивих законодавчому регулюванню (при всій його різноманітності та прагненні до нарощування обсягу приписів) неповноти та конкурентності норм, багатоваріантності їхнього тлумачення, а нерідко і семантичної суперечливості.

У результаті нормативістський підхід, що потребує обґрунтованості ухвали суду з текстом норми як регулятора, створює умови для довільного розширення сфери суддівського розсуду⁴ без необхідного його обмеження рамками правових принципів, що всупереч прагненням до однотипного застосування закону може призводити (у позитивістській традиції) до непередбачуваних і суперечливих рішень.

Належну основу однаковості правозастосування створює саме дотримання загальних принципів права. Вони, безумовно, пов'язують і законодавця, який, створюючи норми, також не має права вибирати регулювання будь-якого змісту. Однак подекуди особливості законотворчої процедури, як і її явний політичний характер, багатосуб'єктність, не дає змогу ухвалити обґрунтовано об'єктивні рішення на основі консенсусу необхідної більшості. Відмінність інтересів, що лобіюються, та інші причини об'єктивно не дають підстав сподіватися, що самі норми, які створюються в таких процедурах, будуть послідовним втіленням правових принципів.

У правосудді ж, що виключає за своєю суттю дію подібних факторів, загальні принципи права опосередковують виявлення однакового правового змісту законодавчого регулювання, зокрема й без звернення до законодавця з пропозиціями про зміну, конкретизацію, доповнення, погодження нормативних правил у випадках, коли сам собою текст закону недостатній, щоб виявити його справжній належний зміст. З огляду на це також очевидно, що прагнення виключити або звести до мінімуму значення суддівської оцінки норм, що застосовуються як елементи професійної правосвідомості та власного переконання суддів, а отже, обмежити суддівський розсуд не адекватно вирішуваним судом завданням індивідуального правового регулювання⁵ не відповідає ролі самостійної та незалежної судової влади щодо контролю правового змісту законів.

Реалізація правової семантики норм у правозастосуванні як механізму, що забезпечує верховенство права, в рамках правової державності є єдиною метою не лише правосуддя у конкретних справах, а й одноманітності правозастосування назагал. Інакше єдність судової практики не має легітимно визнаних його підстав.

Отже, єдність у застосуванні норм позитивного права соціально обґрунтовано лише за умови, якщо вона забезпечує верховенство права, тобто. служить реалізації загальних принципів права, визнаних і у демократичному суспільстві. Цим визначаються як пріоритети змісту одноманітного тлумачення норм, так і допустимі способи забезпечення єдності судової практики.

⁴ Острогляд О., Кіцелюк В. Правові та моральні засади суддівського розсуду як фактор позитивної відповідальності суддів. *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького*. 2013. № 7. С. 266.

⁵ Ковальський В. Проблема суддівського розсуду та кримінальний закон. *Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи*: Матеріали наук.-практ. конф. Київ: Юрінком Інтер, 2002. С. 114; Гураленко Н. Свобода вибору як атрибутивна ознака суддівського розсуду. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2012. № 4. С. 294.

Кельман Ростислав Михайлович
*аспірант кафедри теорії права та конституціоналізму Інституту права,
психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

Поняття правових норм і методи оцінювання їхньої ефективності

The concept of legal norms and methods of evaluating their effectiveness

Проблема ефективності правових норм, треба визнати, достатньо розроблена у вітчизняному правознавстві, а теза про те, що удосконалення законодавства має ґрунтуватися на аналізі практичних результатів попереднього регулювання сьогодні не викликає жодних сумнівів. За загальним правилом, що склалося у вітчизняній традиції права, ефективність правової норми зазвичай визначається через співвідношення результату її (норми) дії до цілей, які ставили у зв'язку з її (нормою) прийняттям¹. На жаль, ми, наскільки можна судити, стикаємося зі своєрідною «кризою цілей» і, на нашу думку, можливо було б правильніше говорити про ефективність норми права в загальному контексті правового регулювання як простої її дієвості, тобто, як вважає П. Рабінович, «ефективність правового регулювання – це її дійсність, результативність, тобто здатність впливати на суспільні відносини в певному, корисному для суспільства напрямку»². Інакше кажучи, можливо, варто бути не таким категоричним у прямому констатуванні цілей прийняття тих чи інших норм «писаного права», а задовольнятися тим, що якщо є позитивна норма, вона може отримати свою реалізацію, тобто бути застосованою до соціальної практики і лягти в основу правовідносин, або образно висловлюючись, вона «не мовчить».

Повертаючись до проблеми ефективної позитивної норми, слід визнати цілком слушною позицію А. Койдера про те, що «отримання навіть найточніших даних про ефективність правових норм не є самоціллю», бо насамперед слід акцентувати на питанні з'ясування «умов ефективної дії правових норм, факторів, що визначають їх ефективність»³.

Очевидно, ефективність правових норм як компонент удосконалення правового регулювання назагал буде залежати «від того, наскільки повно враховуються всі фактори, що впливають на поведінку учасників суспільних відносин. Свідомість, психологія, моральний стан людей формуються під впливом всього суспільного життя, цілого ряду факторів об'єктивного і суб'єктивного порядку. Чим повніше

¹ Рабінович М. П. Ефективність юридичних норм: загальнотеоретично-поняттєвий інструментарій дослідження. *Вісник Академії правових наук України*. 2008. № 1(52). С. 13.

² Там само. С. 15.

³ Kojder A. Ograniczenia skuteczności prawa. *Skuteczność prawa*. 2010. № 1. P. 44.

будуть враховуватися протилежні сили у становленні та формуванні суспільних відносин, тим ефективнішим буде вплив правових норм на розвиток суспільних відносин»⁴.

Останнім часом низка науковців доволі часто наголошує на тому, що «право не можна зводити до “текстових” виразів, хоча вони є суттєвими. У складному процесі пізнання виявляються правові потреби та визначаються цілі й засоби правового регулювання. Але не можна втрачати головне – “сигнали” публічних й приватних інтересів, настроїв громадськості та ступінь участі людей у правовій сфері»⁵. У цьому ж контексті І. Онищук додатково підкреслює важливість правового моніторингу: «Тема моніторингу як ефективного соціального контролю сьогодні має бути своєрідною поворотною темою в нашій політиці. Правовий моніторинг має на меті охопити багато сфер діяльності суспільства та держави»⁶. Суголосним з нашим розглядом слід вважати цікаве узагальнення Л. Купіної щодо розуміння ефективності загалом права та правових норм, зокрема «йдеться про дію чогось, дію для досягнення певної мети, дію з позитивним результатом <...> Усвідомлення введених вступних даних веде нас до соціального механізму дії права, багатофакторної системи та багатофакторного аналізу, що передбачає одночасне виділення відповідних факторів та визначення спрямованості та впливу кожного з них»⁷.

Представлені міркування, безумовно, назагал справедливі й цінні, з одного боку, для безпосереднього формування оцінок, а з другого – відповідно сприяють практичному розв’язанню проблем розвитку законодавства, максимальному наближенню його до потреб суспільства. Однак, як справедливо зазначає В. Завальнюк, у відносинах із теоріями соціальної обумовленості права та соціологією права загалом наведені вище підходи, а також методи цих наукових дисциплін взагалі відрізняються тим, що не протиставляють норму права її соціальному змісту, зосереджуючи таким чином зусилля на виявленні соціальної обумовленості правотворчості та реалізації права⁸.

Ми ж розглядаємо проблему принципів права та їх взаємодії з позитивним правом через своєрідне протиставлення форми норми та її змісту як основи реалізації права. «Лише виявляючи реальні причини, що спричинили до життя ту чи іншу норму, можна вважати, якою мірою її дія, функціонування відповідає об’єктивним потребам, що гарантують її соціальну ефективність, що проблема ефективності реалізації права пов’язана не тільки з аналізом результатів правового регулювання, а й з дослідженням тих реальних суспільних умов, які викликали до життя ті чи інші правові положення»⁹. Як видається, можна говорити про те, який внесок власне «вербальна» форма, а точніше «вербалізований» і скоріше навіть «текстуальний» вираз норми, робить її ефективною, тобто дає можливість очікувати, що її реалізація, включаючи принцип права, що формується у зв’язку з нею, буде відповідати вимогам правового забезпечення, для яких ця норма була прийнята.

⁴ Почепцов Ю. В. Ефективність права як юридична категорія. *Право і суспільство*. 2018. № 2. С. 40.

⁵ Там само. С. 41.

⁶ Онищук І. Правовий моніторинг: теоретичні та прикладні засади: автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. Київ: НАВС, 2018. 24 с.

⁷ Купіна Л. Генезис поняття ефективності норм права. *Публічне право*. 2017. № 3(27). С. 183.

⁸ Завальнюк В. Ефективність права: антропологічний та євроінтеграційний аспекти. *Lex Portus*. 2017. № 1(3). С. 44.

⁹ Законодавство: проблеми ефективності / ред. кол. В. Б. Авер’янов, В. Н. Денисов, В. Ф. Сіренко та ін. Київ: Наукова думка, 1995. С. 13.

Переходячи до проблеми внеску принципів права в ефективність «писаного права»: ця проблема, по суті, може бути зведена до проблеми забезпечення відповідності «вербалізованого» / «текстуального», тобто своєрідного «технічного» вираження норми у правовстановленні (головним чином, у статутних актах), відтак маються на увазі цілі та кореспондуючі результати у зв'язку з передбачуваною реалізацією права, встановленого відповідною нормою. Тобто йдеться про проблему (оцінку) відповідності соціальних цілей, передбачених відповідним «вербалізованим», «текстуальним» приписом, результатам реалізації права, як це сприймається практикою з цього ж «текстуального» припису.

Отже, актуалізується необхідність розмежування юридичної та соціальної ефективності правових норм, яке фіксує вітчизняне загальнотеоретичне правознавство. Суть цього розмежування у традиційному для нашої науки розумінні полягає в тому, що будь-яка правова норма покликана, перш за все, забезпечити певну бажану поведінку людей. Однак забезпечення такої поведінки не є самоціллю. Це засіб для досягнення більш глибоких соціальних цілей, які мають суспільно значущий сенс. Розмірковуючи про сенс принципів права, їхнє значення та внесок у загальну (соціальну) ефективність норми, тобто перефразовуючи наведену вище думку, що будь-яка норма права покликана забезпечувати певну (бажану) поведінку людей; а юридичне забезпечення можливостей такої поведінки (тобто реалізації суб'єктивного права, пов'язаного з тим, що впливає з відповідної норми), то можна казати про «самоціль». Якщо розглядати ситуацію із погляду ролі і значення принципів права у зв'язку з нормою права, а також ширше – як явище права, динамічного елемента правової системи. Інакше кажучи, традиційний поділ «юридичної» та «соціальної» ефективності норм, на нашу думку, зводиться до розмежування цілей «близьких» і «далеких», але суто соціальних цілей. На наше переконання, юридична ефективність норми, зокрема і в протистоянні її соціальній меті, має визначатися насамперед тим, що позитивна норма не повинна «мовчати». Тільки тоді має сенс надалі розглядати проблему загальної (соціальної) ефективності норми як такої взагалі.

Погоджуючись із думкою Н. Онищенко та С. Бобровник, не можна не помітити, що «забезпечення бажаної поведінки осіб, яким відповідна норма була адресована, не завжди гарантує досягнення більш віддаленої конкретної соціальної мети, переслідуваної законодавцем»¹⁰. Таким чином, саме на цій підставі вітчизняні правознавці розмежовують юридичну та соціальну ефективність правової норми, а саме розуміють юридичну ефективність норми як «характеризовану відповідною поведінкою адресатів правової норми з необхідною поведінкою, зазначеною в нормі». Відповідно еталон оцінки соціальної ефективності норми полягає в тому, щоб «не сама законна поведінка її адресатів, а більш віддалена соціальна мета, що перебувала поза безпосередньою сферою правового регулювання»¹¹.

¹⁰ Онищенко Н. М., Бобровник С. В. Соціальна та юридична ефективність законодавства. *Законодавство: проблеми ефективності*. Київ, 1995. С. 19.

¹¹ *Ефективність норм права*. Зб. наук. праць. Матеріали VII міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 17 лист. 2016 р.) / за заг. ред. Н. М. Пархоменко, М. М. Шумила, І. О. Ізарової. Київ: Ніка-Центр, 2016. 540 с.

Як уже відзначалося, такий підхід, по суті, також не розмежовує форми норми та її змісту, тому під юридичною ефективністю норми слід розуміти дещо інше. Найкраще це можна проілюструвати на прикладі необхідності застосування різних методів тлумачення норми у зв'язку з реалізацією права. Так, романо-германська традиція, як прийнято вважати, має чотири основні методи тлумачення: буквальне, систематичне, суб'єктивно-історичне та об'єктивно-телеологічне¹², знову ж таки, традиційно, перевага віддається першим двом методам, а застосування останнього намагаються мінімізувати взагалі, оскільки з ним (а також із суб'єктивно-історичним тлумаченням, щоправда, меншою мірою) асоціюється непомірно широкий суддівський розсуд. Імовірно на прикладі зазначених методів тлумачення, але за умови, що позитивна норма «не мовчить», можна стверджувати, що перші три методи сприяють досягненню юридичної ефективності норми, а досягнення соціальної ефективності забезпечує четвертий, тобто об'єктивно-телеологічне тлумачення. При цьому широке застосування останнього в юридичній практиці, скажімо, не слід вітати, а використовувати лише в крайньому разі.

Власне «мовчання» норми можна охарактеризувати таким чином, що, по-перше, існує норма, яка була певним чином позитивована, тобто «текстуалізована», по-друге, прийняті методи тлумачення та існуючі (чинні) дефініції (з урахуванням сфери їхньої дії) не дозволяють її (цю норму) застосовувати, тобто реалізувати та/або захистити суб'єктивне право, пов'язане з цією нормою. Така ситуація не рідкість і цілком можлива у випадках «недосконалості» норми. При цьому ефективність норми, очевидно, дорівнює нулю. Роль принципів права тут зводиться до того, що саме вони (тобто чинні принципи) «блокують» реалізацію норми – з доброю, по суті, метою мінімізації довільності норми впровадження, а фактично забороняючи її реалізацію в існуючому формулюванні взагалі.

Якщо ж норма може бути формально застосована, то її вже можна визнати ефективною, тобто «дієвою». Власне, її ефективність може бути оцінена за соціальним результатом. Сам соціальний результат може бути «близьким» та/або «далеким», тобто в традиційному розумінні визнавати юридичну ефективність норми та/або, відповідно, її соціальну ефективність. Проте, як би там не було, результат дії норми складається з конкретної практики застосування норми, звичаю її застосування, тобто принципу права, що виник у зв'язку з реалізацією норми.

Говорячи про юридичну ефективність норми в нашому розумінні, тобто простої її «діяльності», варто було б детальніше зупинитися на її ілюстрації у зв'язку з використанням суб'єктивно-історичного методу тлумачення. Особливістю його є те, що в ньому (у розглянутому методі), по суті, підлягають юридичному аналізу не суто норми, а й безпосередньо тексти, створені у зв'язку з ухваленням цих норм (починаючи з записок до законопроектів і закінчуючи преамбулами нормативних актів), на які, власне кажучи, неможливо прямо посилатися при ухваленні рішень у зв'язку зі спірним / передбачуваним спором. У цьому випадку, як видається, ці тексти, що підлягають аналізу у процесі застосування права, самі є варіантом «записаного права», тобто принципів права в нашому значенні.

¹² Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології: монографія. Київ: Юридична думка, 2008. С. 67.

Таким чином, доцільно запропонувати оцінку того, наскільки принцип права, як звичай застосування норми, служить (і чи взагалі служить?) досягненню цілей, які мав на увазі нормотворець, ухвалюючи відповідну норму, а також слід розглянути проблему підвищення ефективності «писаного права» завдяки аналізу впливу на нього чинних принципів права як динамічних елементів правової системи.

Мазур Микола Вікторович
кандидат юридичних наук, доцент, суддя Верховного Суду

Принцип правової визначеності та зміни судової практики¹

The principle of legal certainty and changes in judicial practice

Принцип правової визначеності є фундаментальною складовою верховенства права і означає, що закони та правові акти повинні бути ясними, передбачуваними та доступними для розуміння громадян. Цей принцип добре розвинений у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), який послідовно вказує на значущу роль судової практики для забезпечення передбачуваності закону.

Наприклад, у справі «Олександр Волков проти України» ЄСПЛ визнав, що «при оцінці чіткості» положення закону, який визначає підстави дисциплінарної відповідальності, «має існувати розумний підхід, оскільки загальне формулювання *actus reus* таких правопорушень є питанням об'єктивної необхідності. У протилежному випадку законодавчий акт не буде всебічно охоплювати питання та вимагатиме постійного перегляду та внесення змін, щоб відповідати новим обставинам, що виникають у практиці. У цьому відношенні Суд нагадує, що наявність конкретної і послідовної практики тлумачення відповідного положення закону була фактором, який призвів до висновку щодо передбачуваності зазначеного положення (див. рішення у справі *Goodwin v. the United Kingdom*, п. 33). Хоча цей висновок був зроблений у контексті системи загального права, тлумачення, здійснюване судовими органами, не може недооцінюватися й у системах континентального права при забезпеченні передбачуваності законодавчих положень. Саме ці органи повинні послідовно тлумачити точне значення загальних положень закону та розсіювати будь-які сумніви щодо його розуміння (див., *mutatis mutandis*, рішення у справі *Gorzelik and Others v. Poland*, п. 65...)»².

У справі «Вєренцов проти України» ЄСПЛ зауважив, що «як би чітко не було положення сформульоване, у будь-якій галузі права, включно з кримінальним правом, існуватиме неминучий елемент судового тлумачення. Завжди існуватиме потреба у роз'ясненні нечітких норм або тих, що потребують пристосування до обставин, що змінюються. З другого боку, хоча визначеність є вкрай необхідною, вона може спричинити надмірну жорсткість, а закон повинен бути здатним встигати за обставинами, що

¹ У цій публікації я зачіпаю деякі актуальні проблеми тлумачення та застосування норм права Верховним Судом. Будучи суддею цього суду, я не мав на меті поставити під сумнів законність його рішень. Навпаки я з великою повагою ставлюся до своїх колег та їхнього права мати інший погляд на відповідні питання. Це нормальний для демократичного суспільства шлях формування правових доктрин і судової практики. Тому єдиною моєю метою, коли я говоритиму про ті чи інші спірні питання в судовій практиці, є започаткування чи підтримання аргументованої та цивілізованої наукової дискусії з важливих питань, які, на мою думку, потребують вирішення (сподіваючись на те, що колись це буде зроблено).

² Олександр Волков проти України, рішення Європейського суду з прав людини від 9 січня 2013 р., заява № 21722/11, пп. 178–179. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_947

змінюються. Відповідно багато законів неминуче сформульовані у термінах, що тією чи іншою мірою є нечіткими, та тлумачення й застосування яких є питанням практики... Функція здійснення правосуддя, закріплена за судами, полягає саме у подоланні сумнівів щодо тлумачення, що залишаються...»³.

Дійсно, навіть не заглиблюючись у давню дискусію стосовно того, що чи створює судова влада через свої рішення норми права, не можна не помітити, що практика Верховного Суду в деяких питаннях має вирішальне значення при визначенні того, як необхідно діяти в тій чи іншій ситуації.

Наведу приклади з нещодавньої практики Великої Палати Верховного Суду.

Відповідно до п. 2 ч. 5 ст. 41 Закону України «Про публічні закупівлі», істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім «збільшення ціни за одиницю товару до 10 % пропорційно збільшенню ціни такого товару на ринку у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що така зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі про закупівлю, — не частіше ніж один раз на 90 днів з моменту підписання договору про закупівлю/внесення змін до такого договору щодо збільшення ціни за одиницю товару. Обмеження щодо строків зміни ціни за одиницю товару не застосовується у випадках зміни умов договору про закупівлю бензину та дизельного пального, природного газу та електричної енергії». Однак на практиці результат тлумачення цієї норми різними суб'єктами був протилежним:

1) одні вважали, що в разі коливання ціни товару на ринку сторони договору про закупівлю можуть неодноразово, але не частіше одного разу на 90 днів (крім передбачених цим пунктом винятків), домовлятися про збільшення ціни до 10 % кожного разу, тобто загальне збільшення ціни після кількох таких змін може перевищувати 10 %;

2) на думку інших, скільки б разів під час дії договору про закупівлю сторони не змінювали ціну товару в бік збільшення (наприклад, кожні 90 днів на 1, 2, 3 і т. д. відсотка), проте загальне збільшення такої ціни не повинно перевищувати 10 % від ціни, визначеної при укладенні договору.

За результатами розгляду справи Велика Палата дійшла висновку, що правильним є другий варіант. І хоча я разом із деякими іншими суддями мали окрему думку щодо такого тлумачення, маю наголосити, що саме висновок, сформульований у постанові Суду стане загальним правилом, застосовним до подібних правовідносин у майбутньому⁴.

Інший приклад — ст. 437 Кримінального кодексу України (далі — КК України), яка передбачає кримінальну відповідальність за планування, підготовку, розв'язування та ведення агресивної війни, не містить жодних вказівок щодо суб'єкта цього злочину, зокрема, чи є він загальним або спеціальним. У зв'язку з цим з 2015 р. по 2023 рік склалася суперечлива судова практика судів першої та апеляційної інстанцій з цього

³ Веренцов проти України, рішення Європейського суду з прав людини від 11 квітня 2013 р., заява № 20372/11, п. 65. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_945

⁴ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 24 січня 2024 р. у справі № 922/2321/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116670838>; Окрема думка Шевцової Н. В., Булейко О. Л., Кривенди О. В., Мазура М. В., Пількова К. М. до постанови Великої Палати Верховного Суду від 24 січня 2024 р. у справі № 922/2321/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116840281>

питання — із 36 проаналізованих мною вироків за ст. 437 КК України за цей період 31 були обвинувальними (переважно вони не стосувалися осіб, які займали високе військове, державне чи суспільне становище, тобто суди виходили з того, що суб'єкт злочину є загальним) і лише 5 були виправдувальними (зокрема з посиланням на відсутність ознак спеціального суб'єкта). Проте крапку в цьому питанні поставила Велика Палата Верховного Суду, яка в постанові від 28 лютого 2024 р. зробила висновок, що злочин агресії за своїм характером є лідерським, а тому суб'єкт цього кримінального правопорушення є спеціальним⁵. Отже, відтепер суди мають визначати суб'єкта названого злочину відповідно до критеріїв, наведених у постанові Великої Палати.

На противагу наведеним прикладам тривала відсутність єдиної судової практики щодо певного питання може стати індикатором «неякісного» законодавства. Скажімо, у справі «Фонд «Батьківська турбота» проти України» ЄСПЛ звернув увагу на існування в Україні суперечливої судової практики щодо статусу майна колишніх профспілок, що контролювалися колишнім Радянським Союзом і розташовувалися на території Української РСР (і ця суперечливість не була подолана). На думку ЄСПЛ, ця ситуація виникла внаслідок відсутності в Україні закону, який би регулював правовий статус такого майна, у зв'язку з чим у цього Суду виникли «серйозні сумніви щодо того, чи відповідало оскаржуване втручання вимогам законності відповідно до Конвенції [про захист прав людини і основоположних свобод]»⁶.

При цьому просте встановлення суперечностей у судовій практиці саме по собі не може слугувати достатньою підставою для висновку про порушення вимог ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція), адже «виявлені в судовій практиці протиріччя, як правило, необхідно врегульовувати шляхом встановлення тлумачення, якого слід дотримуватися, та уніфікації прецедентного права за допомогою інститутів, наділених відповідними повноваженнями». Тому ЄСПЛ роз'яснив критерії, якими він керується при розгляді таких скарг: «слід встановити, чи існували «глибокі та тривалі суперечності» у практиці верховного судового органу; чи передбачає законодавство держави-відповідача механізм подолання цих суперечностей; чи було застосовано цей механізм, і якщо так, то якими були наслідки його застосування»⁷.

Наведене дає можливість зробити досить очевидний висновок — застосування закону, навіть якщо його формулювання залишають простір для різного тлумачення, як правило, вважатиметься передбачуваним, коли існує стабільна («усталена») судова практика або висновок Верховного Суду з відповідного питання.

Цей висновок, однак, не означає, що усталеною судовою практикою, яка сформувалася *contra legem*, можна виправдати порушення закону, особливо, коли мова йде про кримінальну відповідальність (скажімо, у контексті принципу «ніякого покарання без закону» ЄСПЛ зауважує, що «положення кримінального закону повинні тлумачитися суворо <...>

⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 28 лютого 2024 р. у справі № 415/2182/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117555176>

⁶ Фонд «Батьківська турбота» проти України, рішення Європейського суду з прав людини від 9 жовтня 2018 р., заява № 5876/15, п. 57. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-191964>

⁷ The European Court of Human Rights, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey*, 20 October 2011, no. 13279/05, §§ 53, 67, 80. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107156>

[адже] стаття 7 [Конвенції] <...> втілює принцип *lex stricta*, згідно з яким кримінальний закон не повинен розширено тлумачитися на шкоду обвинуваченому до ступеня, що дорівнює аналогії»⁸).

Однак, якщо вірною є теза, що наявність усталеної судової практики забезпечує правову визначеність, то чи не дає це підстави також і для протилежних висновків? По-перше, чи може в принципі вважатися передбачуваним, застосування закону, формулювання якого не є достатньо чіткими самі по собі, якщо усталена відповідна судова практика ще не була сформована? По-друге, чи не означає принцип правової визначеності, що судова практика, яка набула ознак усталеної, вже ніколи не має бути змінена, оскільки це неминуче призведе до порушення цього принципу?

Відповіді на ці запитання не є простими.

Почнемо з того, що будь-яке існуюче законодавче положення колись застосовується судом вперше, тому коли особа (за відсутності судового тлумачення) вступає в певні правовідносини або вчиняє певне діяння, яке потенційно може бути кваліфіковане як правопорушення, вона повинна розумно оцінювати різні можливі варіанти тлумачення і корегувати свою поведінку з урахуванням цього. Навіть коли йдеться про кримінальну відповідальність, ЄСПЛ виходить із того, що ст. 7 Конвенції, яка закріплює принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege*, «не можна вважати заборонаю поступового роз'яснення правил кримінальної відповідальності шляхом судового тлумачення від справи до справи за умови, що такий розвиток відповідає суті правопорушення і є розумно передбачуваним»⁹. Тож принцип правової визначеності за відсутності усталеної судової практики на час виникнення відповідних правовідносин чи вчинення відповідних діянь буде порушено лише в разі, якщо подальше застосування цієї норми судом не буде «розумно передбачуваним».

Тут проявляється ключова риса судового тлумачення — воно за замовчуванням має ретроспективну дію в часі, адже суди, як правило, дають оцінку правомірності тих чи інших діянь та правовідносин *post factum*, застосовуючи норми закону до подій, які вже відбулися. Ця ретроспективна дія судового тлумачення майже не помітна, якщо суд застосовує підхід, який вже існував у судовій практиці на час виникнення відповідних правовідносин, але вона стає більш очевидною, коли суд (особливо найвищої інстанції) надає своє тлумачення певній нормі вперше (наприклад, згаданий вище висновок Великої Палати щодо тлумачення п. 2 ч. 5 ст. 41 Закону України «Про публічні закупівлі» очевидно міг «заднім числом» вплинути на виконання вже укладених договорів щодо закупівлі товарів і послуг) або коли виникає потреба в зміні усталеної судової практики (адже учасники правовідносин керувалися існуючою судовою практикою, яка в подальшому визнається «неправильною»).

Насправді в деяких ситуаціях згадана ретроспективність судового тлумачення може мати досить серйозні негативні наслідки (як передбачувані, так і непередбачувані). Розглянемо для наочності два практичні приклади.

⁸ The European Court of Human Rights, *Pantaloni v. Croatia*, 19 November 2020, no. 2953/14, § 46. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-206160>

⁹ The European Court of Human Rights, *Jorgic v. Germany*, 12 July 2007, no. 74613/01, § 101. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81608>

Законом України від 21 листопада 2015 р. № 838-VIII (який став відомий широкому загалу під неофіційною назвою «Закон Савченко») було внесено зміни до ч. 5 ст. 72 КК України, які передбачали можливість зарахування строку попереднього ув'язнення у строк покарання з розрахунку один день попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі. Але Законом України від 18 травня 2017 р. № 2046-VIII, який набрав чинності 21 червня 2017 р., названа норма КК України знову зазнала змін, відповідно до яких таке зарахування здійснювалося з розрахунку день за день.

На початку березня 2018 р. з різницею в кілька днів дві різні колегії Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду ухвалили протилежні за змістом рішення щодо застосування цієї норми (у справі № 759/19973/15-к колегія суддів вважала, що оскільки мова йде про наслідки застосування процесуального запобіжного заходу, то після 21 червня 2017 р. відповідно до принципу прямої дії закону в часі мала застосовуватися ч. 5 ст. 72 КК України в новій редакції¹⁰, однак у справі № 440/853/17 інша колегія вважала, що якщо злочин вчинено до 21 червня 2017 р., то і ч. 5 ст. 72 КК України повинна застосовуватися в редакції так званого «Закону Савченко» навіть, якщо особа трималася під вартою після цієї дати¹¹. Коли ця суперечність у судовій практиці була виявлена, зазначене питання було розглянуто спочатку об'єднаною палатою Касаційного кримінального суду (6 червня 2018 року), яка пристала на першу позицію¹², а потім Великою Палатою Верховного Суду (29 серпня 2018 року), яка дійшла іншого висновку, вважаючи правильною другу позицію¹³.

Здавалося б, що це негативний приклад, адже практика Верховного Суду з одного питання кілька разів змінювалася протягом пів року, але насправді я оцінюю цей приклад радше як позитивний, оскільки на етапі формування практики по складним правовим проблемам певні коливання неминучі, тим не менше Суд спромігся протягом досить короткого строку виробити єдину позицію і завдяки такій оперативності можливий негативний вплив цих коливань на практику нижчих судів був мінімізований.

Невдовзі після ухвалення рішення Великою Палатою я опублікував такий допис у соціальних мережах: «Хоча особисто я займав іншу позицію з цього питання, яка була викладена в постанові об'єднаної палати та окремії співпадаючій думці до неї, з повагою ставлюся до рішення колег з Великої Палати. Тож у подальшому будемо керуватися саме цією позицією <...> Для мене необхідність дотримуватися позиції ВП ВС, навіть якщо я особисто мав іншу точку зору, обумовлена не просто формальною вимогою закону, але є вимогою принципу верховенства права, складовою частиною якого є принцип правової визначеності та передбачуваності застосування закону»¹⁴.

¹⁰ Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 1 березня 2018 р. у справі № 759/19973/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72670495>

¹¹ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 13 березня 2018 р. у справі № 440/853/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72756999>. Окрема думка судді Бущенко А. П. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72756986>

¹² Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 6 червня 2018 р. у справі № 180/746/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74630454>. Співпадаюча окрема думка судді Мазура М. В. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74630387>

¹³ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 29 серпня 2018 р. у справі № 663/537/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76207318>

¹⁴ Мазур Микола. Щодо рішення Великої Палати Верховного Суду про застосування так званого «Закону Савченко». Facebook. 5 вересня 2018 р. URL: <https://perma.cc/A85P-4W84>

На противагу цьому можна навести інший приклад, коли спочатку Верховний Суд України у 2017 р.¹⁵, а потім і Велика Палата Верховного Суду у 2019 р.¹⁶ зробили дуже прогресивний висновок щодо застосування ст. 290 Кримінального процесуального кодексу України, який, з одного боку, вирішив виключну правову проблему, що стосувалася права сторони захисту на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування, але, з другого боку, мав серйозні негативні наслідки для кримінальних проваджень, судовий розгляд яких ще тривав.

Опускаючи зайві для цілей даної публікації деталі, Верховний Суд України та Велика Палата Верховного Суду зробили категоричні висновки про недопустимість результатів проведення негласних слідчих (розшукових) дій, якщо на стадії завершення досудового розслідування стороні захисту не були відкриті ухвала слідчого судді про надання дозволу на їх проведення та інші матеріали, які стали підставою для розгляду слідчим суддею цього питання. Ці висновки мали очевидний позитивний ефект для формування подальшої судової практики та на перспективу вирішили багаторічну проблему із незабезпеченням стороні захисту можливості ознайомитися з названими матеріалами (з посиланням на те, що вони мають гриф секретності). Однак інший наслідок зазначених висновків, які були сформульовані в такій категоричній формі, що не передбачала жодної можливості виправити вказаний недолік (наприклад, шляхом направлення кримінального провадження на новий судовий розгляд із забезпеченням стороні захисту можливості ознайомлення з усіма матеріалами досудового розслідування), був пов'язаний із їх ретроспективною дією — мабуть, сотні (а можливо і тисячі) кримінальних проваджень, які на той час вже перебували в судах на розгляді та стосувалися різноманітних тяжких і особливо тяжких злочинів, зрештою завершилися постановленням виправдувальних вироків або закриттям кримінального провадження (навіть чи потерпілі від злочинів — у тих справах, де вони були, — вважали такий результат справедливим).

Останній приклад демонструє складну дилему, яка іноді стоїть перед суддями Верховного Суду (адже від їхніх рішень залежить подальший розвиток судової практики в масштабах всієї країни): як обрати між необхідністю змінити існуючу судову практику задля забезпечення розвитку права і потребою забезпечити її стабільність задля уникнення серйозних негативних наслідків для вже існуючих правовідносин?

Для себе я відповідаю на це запитання таким чином.

Суддя Верховного Суду більш вільний у відстоюванні своєї особистої точки зору (звичайно, проявляючи певну гнучкість, щоб, наскільки це можливо, враховувати позицію колег) на етапі, коли практика цього Суду з певного питання ще формується — на цій стадії певні коливання практики є неминучими і тому потреба у формуванні найбільш правильного підходу до вирішення відповідної правової проблеми переважає над інтересом забезпечення стабільності судової практики (навіть чи було б правильним,

¹⁵ Постанова Верховного Суду України від 16 березня 2017 р. у справі № 671/463/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66203468>; Постанова Верховного Суду України від 12 жовтня 2017 р. у справі № 5-237кц(15)17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/69793657>

¹⁶ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 по справі № 751/7557/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79298340>; Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 жовтня 2019 р. у справі № 640/6847/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85174578>

якщо б судова практика формувалася не в силу її загального сприйняття більшістю суддів, а з огляду на те, хто з суддів першим встиг висловити свою позицію з відповідного питання — адже вона може вважатися помилковою іншими суддями; до того ж, не виключено, що навіть судді, які ухвалили перше рішення, у подальшому можуть змінити свою думку, наприклад, з огляду на нові доводи, які були висловлені пізніше в новій справі, або з урахування аргументів, наведених у подальших наукових чи професійних дискусіях тощо).

Однак коли певна судова практика набуває ознак усталеної та існує вже тривалий час, для її зміни судді вже недостатньо просто мати своє власне бачення щодо «правильного» вирішення відповідного питання — він повинен навести дуже вагомі та переконливі аргументи на користь того, що потенційний позитивний ефект від такої зміни переважає можливі негативні наслідки, які тягне порушення правової визначеності.

У будь-якому разі саме пересторога щодо можливих негативних наслідків для вже існуючих правовідносин нерідко стає для суддів вагомим аргументом на користь відмови від ідеї змінити існуючу судову практику, навіть якщо пропозиція такої зміни була обґрунтована певними і досить переконливими доводами. У цьому сенсі ретроспективна дія судового тлумачення може стати істотною перешкодою для нормального розвитку права.

Проте наведена вище дилема насправді може бути вирішена. Зокрема, ще в першій половині ХХ ст. у США було сформульовано правило «*prospective overruling*», яке передбачає можливість для суду створити новий прецедент, заявивши, що він буде застосовуватися лише до нових спорів, тоді як старі справи (зокрема й та, що перебуває на розгляді) будуть вирішуватися відповідно до попереднього прецеденту, оскільки сторони спиралися на нього, як на правило поведінки. Верховний Суд США вперше визнав застосування такого правила допустимим у 1932 році у справі *Sunburst*¹⁷.

А майже через 40 років після цього Верховний Суд США вже узагальнив свої підходи до заборони зворотної дії нового судового тлумачення: «У наших справах, які стосувалися відсутності зворотної дії в часі, ми, як правило, враховували три окремі фактори. По-перше, рішення, яке не має зворотної дії в часі, повинно встановлювати новий принцип права шляхом скасування чіткого попереднього прецеденту, на який сторони могли покладатися <...>, або шляхом вирішення питання першого враження, результат якого не був чітко передбаченим <...> [тобто шляхом вирішення правової проблеми, яка розглядалася судом вперше — М. М.]. По-друге, було підкреслено, що “ми повинні <...> зважувати переваги і недоліки в кожному конкретному випадку, беручи до уваги попередню історію відповідної норми, її мету і наслідки, а також те, чи сприятиме або гальмуватиме її дію ретроспективна дія” <...> Нарешті, ми зважили несправедливість, яку може спричинити ретроактивне застосування, оскільки “якщо рішення цього Суду може призвести до суттєвих несправедливих результатів у разі його ретроактивного застосування, у наших справах є достатньо підстав для уникнення ‘несправедливості або труднощів’ шляхом заборони його зворотної дії”»¹⁸.

¹⁷ U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/358/>

¹⁸ U.S. Supreme Court, *Chevron Oil and Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/97/>

Слід наголосити, що правило «*prospective overruling*» було запозичено й іншими правовими системами, зокрема й континентальними¹⁹.

В Україні також мали місце вже непоодинокі спроби запровадити подібне правило на рівні Верховного Суду²⁰, однак, на жаль, вони не були підтримані ні об'єднаною палатою Касаційного кримінального суду, ні Великою Палатою²¹.

Однак, на моє переконання, ідея впровадження правила «*prospective overruling*» у практику Верховного Суду досі залишається перспективною, а тому наукові дискусії з цього приводу мають тривати і, можливо, з часом воно буде запроваджено або самим Верховним Судом, або законодавцем.

Наостанок нагадаю, що насправді в Україні подібне правило давно і широко застосовується у конституційному судочинстві – відповідно до ст. 152 Конституції України і ст. 91 Закону України «Про Конституційний Суду України» закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення. Мета цього правила так само полягає в забезпеченні необхідного балансу між збереженням правової стабільності і дотриманням вимог правової визначеності, з одного боку, і потребами відновлення конституційного правопорядку, з другого боку. Тому воно існує, незважаючи на очевидний парадокс: якщо Конституційний Суд України визнав певну норму закону такою, що не відповідає Конституції України, то хіба вона не була такою з самого початку?

¹⁹ Див., наприклад: *Steiner, Eva*, Comparing the prospective effect of judicial rulings across jurisdictions, Springer, 2015, 382 p.

²⁰ Ухвала колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 12 травня 2021 р. у справі № 663/267/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97005607>; Ухвала колегії суддів Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 19 травня 2022 р. у справі № 522/22473/15-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104896140>; Ухвала колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 7 березня 2023 р. у справі № 761/13685/14-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109646051>

²¹ Ухвала об'єднаної палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 10 червня 2021 р. у справі № 663/267/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97628590>; Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 14 липня 2022 р. у справі № 522/22473/15-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105325148>; Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 13 квітня 2023 р. у справі № 761/13685/14-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110308826>; Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду Гудими Д. А., Лобойка Л. М., Пількова К. М. до ухвали Великої Палати Верховного Суду від 13 квітня 2023 р. у кримінальній справі № 761/13685/14-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110515501>

Матвеева Юлія Іванівна
кандидатка юридичних наук, старша викладачка кафедри
загальнотеоретичного правознавства і публічного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Особливості лінгвістичного вираження принципів права

Features of the linguistic expression of the principles of law

«Актуалізація пошуків точок перетину правової сфери з іншими площинами життя людей, що надає потужного поштовху розвитку методології права, зумовлює виникнення усе нових дослідницьких напрямів... Юридизація методологічних надбань, суміжних з правознавством, суспільних та гуманітарних наук дозволяє збагатити сучасне бачення права. Одним із нових напрямів «прикордонних» досліджень правової сфери є юридична лінгвістика, що виникла як система знань про мовні детермінанти права. Розвиваючись паралельно з загальною лінгвістикою, що здійснила прорив у другій половині ХХ ст., юридична лінгвістика не просто продемонструвала, якою має бути мова законодавства, у чому специфіка правової риторики та які особливості має синтаксис правової норми, але і поставила цілий комплекс питань про структурування правової сфери мовними засобами»¹.

Існує відома думка, що юристи всіх країн і часів говорять однією і тією ж мовою, оскільки, за влучним виразом американського вченого Г. Дж. Бермана, «римське право Юстиніана забезпечило західно-європейських юристів основною термінологією»².

Споріднена для юристів мова – це, звичайно, латинська. Окрім того, у сучасному міжнародному спілкуванні особливу вагу відіграє англійська мова, що породжує значну експансію англіцизмів у національних мовах.

Однак питання мови у праві і мови права – набагато глибші. «На думку сучасних дослідників, основна проблема, що постала перед лінгвістикою як наукою про мову у ХХІ ст. – це співвідношення мови як системи і мови як діяльності. Ця проблема повернула філософію мови до вітгенштейнівських питань штучної та натуральної мови. Для правової сфери штучна та натуральна мова є не просто метафорами <...> У цьому сенсі можна говорити про проблематику невідповідності мови закону і мови права, з одного боку, та мови права і мови юристів – з другого. Ще одна, не менш складна дихотомія з'являється при аналізі мови юридичної практики та мови юридичної науки»³.

¹ Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції: монографія / за ред. Ю. М. Оборотова. Одеса: Фенікс, 2012. С. 87–88.

² Берман Г. Дж. Право і революція. Формування західної традиції права. Київ: IRIS, 2001. С. 145.

³ Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції: монографія / за ред. Ю. М. Оборотова. Одеса: Фенікс, 2012. С. 89.

Саме під впливом філософії мови сформувалася аналітична юриспруденція — потужний дослідницький напрям, який цікавився насамперед природою лінгвістичних аспектів правових аргументів у суді, інтерпретацією та лінгвістичним аналізом законів.

Мова права має два ключових завдання:

- 1) створити лінгвістичний простір;
- 2) стати засобом взаєморозуміння, спілкування соціальних суб'єктів у правовому полі⁴.

Насамперед це досягається за допомогою формування системи правових понять. Саме правові поняття виконують інтегративну функцію, виступаючи своєрідними компонентами мови права. Правові поняття ми сприймаємо через розуміння їх змісту. З погляду уживаності правових понять ключову роль відіграє така їхня властивість, як значущість. Правове поняття має бути обґрунтованим, прийнятим правниками в рамках певного мовного дискурсу. Воно має бути наповнене певним змістом і бути завершеним. Тільки тоді ми говоримо про чіткість, повноту, ясність як критерії визначеності і зрозумілості мови для адресата.

У цьому контексті розроблення наукової термінології, якою позначаються певні поняття, видається надзвичайно важливим, водночас — непростим завданням. Адже що таке термін? Слово, значення якого однозначно обмежене, оскільки під ним розуміється цілком визначене поняття. Термін завжди є чимось штучним, оскільки слово з метою надання йому смислового змісту вилучають із повноти його значень і закріплюють за певним поняттям. Порівняно із живим життям значень уживаних у мові слів — життям, для якого суттєво властива певна широта коливань — термін є ніби закам'янілим словом, а термінологічне вживання слова — це ж своєрідне насильство над мовою⁵.

За допомогою мови права ведеться юридичний дискурс. На думку Г.-Г. Гадамера, «зрозуміти те, що нам говорить інший, означає дійти взаєморозуміння в тому, що стосується суті справи <...> весь цей процес — процес мовний <...> герменевтика розуміння, спроба оволодіти розумінням як мистецтвом, а це і є темою герменевтики — традиційно належить до сфери граматики й риторики. Мова — це те середовище, де відбувається процес обопільної домовленості співбесідників і виникає обопільне розуміння з приводу самої справи»⁶. Мова — універсальне середовище, в якому здійснюється саме розуміння. Способом такого здійснення є витлумачення... Проблема мовного вираження є проблемою самого розуміння. Кожне розуміння — це витлумачення, а кожне витлумачення розгортається в середовищі мови, яка, з одного боку, прагне виразити у словах сам предмет, а з другого — є мовою самого тлумача⁷.

Та своєрідною спільною мовою для юристів, навіть якщо вони спілкуються різними мовами, є розуміння єдиних засадничих понять про право. На мою думку, такими є, зокрема, уявлення про принципи права.

⁴ Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції: монографія / за ред. Ю. М. Оборотова. Одеса: Фенікс, 2012. С. 93.

⁵ Гадамер Г.-Г. Істина і метод. Київ: Юніверс, 2000. С. 384.

⁶ Там само. С. 355.

⁷ Там само. С. 360.

Принципи мають своє особливе значення як певні ціннісні засади, орієнтири розвитку правової матерії. Принципи права своє походження отримали у практичній юридичній діяльності. Важливе у їх розумінні – їхнє сутнісне наповнення. І хоча принципи права, як і саме право – є динамічними поняттями, певне усталене значення вони отримали у багатомісячній практиці їх застосування: *Non bis in idem*, *Nullum crimen sine lege* і т. д.

Однак, на жаль, як у Конституції України, так і в окремих законах виникають термінологічні, на моє переконання, некоректні формулювання. Чи є верховенство права принципом, чи значно вагомішим всеосяжним юридичним конструктом, який, як ми це знаємо із відомих документів Венеційської Комісії Ради Європи (Доповідь 2011 р., Звіт-2016) складається із низки принципів (складових, ознак тощо).

Видається, що принципи можна пояснити за допомогою більш усталених правових конструктів, своєрідних аксіом, формул: не двічі за одне й те ж правопорушення (*Non bis in idem*), заборона зворотної дії нормативних актів у часі і т. ін.

Тому пропонуються ті поняття, які традиційно у вітчизняних наукових дослідженнях називають принципами, як-от: справедливості, рівності, свободи, гуманізму, розумності, добросовісності тощо, називати не принципами, а більш фундаментальними поняттями – цінності. Адже, наприклад, те ж поняття справедливості неможливо звести у певне більш-менш визначене формулювання, але у кожному конкретному випадку справедливість буде визначатись за допомогою різних критеріїв: адекватного (пропорційного) обмеження прав людини, збалансованого рівня оплати праці, співмірного до характеру правопорушення покарання і т. ін.

Важливого значення при цьому набуває тлумачення – процес наповнення того чи іншого поняття змістом. А на цей процес впливає здатність суб'єкта тлумачення використовувати вдалі аргументи. Саме тому у сучасній правничій науці вироблений такий підхід до розуміння права: «Право як складна система містить у собі багато елементів історичного, духовного, ностальгічного, інструментального, владно-примусового характеру, кожен з яких може виходити на перший план залежно від культурної ситуації, міркувань необхідності, терміновості, випадковості та інших подібних причин. І з їхньою множинністю перекриваються і переплітаються два виміри правової системи – **лінгвістичний та аргументативний**, з якими ми стикаємося щоразу, коли намагаємося діяти в її межах. З одного боку, мова <...> є постійним вбранням правових явищ, з іншого боку, логіка та інші форми міркування так чи інакше контролюють спосіб роботи з мовою і над мовою для того, щоб підтримати певну життєздатність і стабільність правової системи, незалежно від постійних змін у її застосуванні до тих соціальних феноменів, які вона прагне регулювати»⁸.

Таким чином, для розуміння принципів права, як і інших правових понять важливого значення набувають лінгвістичні аспекти наповнення їх реальним змістом (за допомогою інструментів юридичної аргументації) залежно від особливостей кожної життєвої ситуації.

⁸ Stone Ju. *Legal System and Lawyers' Reasoning*. Stanford, Stanford University. Press, 1964. P. 29.

Рабінович Сергій Петрович
доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права
Львівського національного університету імені Івана Франка

Сучасні виклики верховенству права: необхідність фактична vs необхідність юридична

Modern challenges to the rule of law: factual necessity vs legal necessity

У своїй доповіді я торкнуся проблеми співвідношення суцього і повинного на прикладі взаємодії ключових елементів принципу верховенства права в умовах збройної агресії росії та інших соціально-політичних викликів реалізації цієї засади сьогодні. Це, своєю чергою, передбачає, по-перше, визначення таких елементів та обґрунтування їх фундаментального характеру; по-друге, розгляд особливостей зважування правових принципів, які належать сферам правового суцього і повинного, на матеріалі політичних викликів сьогодення.

1. Правопевність, суспільна користь і справедливість: три засади філософії прав людини. Відповідь на перше питання може бути надана за допомогою зіставлення неокантіанського підходу до його вирішення, з одного боку, та практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) і національних конституційних судів, з другого боку.

Г. Радбрух у публікаціях 1945–1948 рр. виокремлював три цілі права, три основоположних правові цінності: правопевність, суспільну корисність і справедливість, які перебувають між собою у діалектичному зв'язку. Згідно з думкою гейдельберзького професора ці три принципи доповнюють один одного, створюючи неминучу напругу. Найбільша напруга виникає між визначеністю позитивного права та його справедливістю.

Звернемо увагу, що з цих трьох принципів – правових цінностей суто правовими є тільки два: справедливість і правопевність; причому за своїм змістом правопевність є окремим аспектом справедливості. Що ж до засади суспільної корисності (яка фактично збігається із «доцільністю»), то вона передовсім є цінністю морально-політичною і лише певному аспекті – також і цінністю правовою. Ідея спільної користі (блага) пов'язана з ідеєю верховенства права телеологічно, оскільки саме забезпечення спільних потреб («національних інтересів») становить неодмінну мету всього державно-юридичного регулювання. Вона втілює фактичну необхідність, на протизвагу необхідності юридичній, вираженій у принципах правопевності й справедливості. Попри свій емпіричний характер, суспільні потреби не є іррелевантними в правовому аспекті. Натомість з огляду на те, що зміст цих потреб визначає матеріальний зміст засади справедливості, суспільна необхідність, виражена, зокрема, в інтересах національної безпеки, прямо стосується забезпечення прав колективних суб'єктів – нації й народу.

Таким чином, правопевність є засадою формально-юридичною, яка втілює цінність соціальної стабільності; суспільна корисність – емпіричною (соціально-змістовою), яка виражає соціальний динамізм права, його здатність адаптуватися до змінюваних суспільних потреб. Справедливість же є інтегрувальною і балансувальною засадою, покликаною, зокрема, врівноважувати інші правові цінності – правопевності й спільної користі.

Підтвердженням виняткової практичної значущості радбрухівської тріади правових принципів-цінностей стала Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод і заснована на ній практика Страсбурзького суду. У конвенційному трискладовому тесті прочитуються всі три принципи – цінності права: правопевність, суспільна корисність і справедливість. Втіленням правопевності є принцип «передбачено законом»; засада легітимної мети відповідає принципу суспільної користі; зрештою, необхідність у демократичному суспільстві, оцінювана ЄСПЛ крізь призму вимоги домірності, виражає матеріальну справедливість.

Прикметно, що послідовність кроків трискладового тесту повністю збігається із послідовністю розгортання цілей права у Г. Радбруха. Аналіз підстав правообмежень на етапі перевірки «встановлено законом» передбачає, зокрема, оцінку якості закону, а відтак відповідність його критерію правопевності у вузькому сенсі. Перевірка легітимності мети правообмежень ґрунтується на формальній відповідності фактичної мети нормативній (конституційній або конвенційній) і на матеріальній оцінці суспільної значущості такої мети. Зрештою, найбільшою мірою дискреційним є оцінювання ступеня «необхідності» конкретного правообмеження «у демократичному суспільстві» – його співмірності з індивідуальними правами і свободами, а отже – і його справедливості.

Значущість кожної з трьох правових цінностей у складі тесту не поступається значущості інших. Негативна відповідь бодай на одне із запитань тесту свідчить про невідповідність правообмеження вимогам верховенства права, конституційності та конвенційності.

Таким чином, можна вважати доведеним фундаментальний характер цих трьох правових цінностей, які виражають емпіричні й понадемпіричні аспекти права, що перебувають між собою в постійній напрузі.

2. Зважування правових цінностей у сучасному конституційному судочинстві.

Згадана напруга особливо увиразнюється в періоди революції та війни, а також часи переходу суспільства до мирного життя. Прикладами цього є процес конституційних трансформацій в Україні, який бере початок ще 2004 р., має своїми контрапунктами наступні політико-правові події 2010 р. і 2014 р.

У практиці українського конституційного судочинства містяться приклади як вдалого зважування трьох принципів, так і ігнорування окремих із них, які можуть поставити під сумнів правову якість рішення Суду.

Нормативну формулу балансування означених трьох принципів, яка відповідає трискладовому тесту ЄСПЛ, вперше було наведено в рішенні Конституційного Суду України (далі – КСУ) від 1 червня 2016 р. (суддя-доповідач С. Шевчук). У цій

формулі балансування цінностей здійснюється з особливим наголосом на пропорційності. Такий підхід втілено і в рішенні КСУ від 30 червня 2022 р. у справі щодо спеціальної конфіскації.

У рішенні Другого сенату КСУ від 6 квітня 2022 р. у справі про посилений соціальний захист військовослужбовців соціальна справедливість має перевагу перед суспільною користю: «Конституційний обов'язок держави щодо забезпечення посиленого соціального захисту військовослужбовців <...> є значущішим, ніж будь-які цілі, досягнення яких законодавець визначав як підставу для запровадження обмеження права на отримання одноразової грошової допомоги у збільшеному розмірі при зміні групи інвалідності, збільшенні відсотка втрати працездатності часовими рамками». З аналогічних позицій Другим сенатом було вирішено іншу «соціальну» справу від 22 березня 2023 р. № 3-р(II)/2023.

На противагу наведеному, не можна не згадати й проблематичних в аспекті балансування правових цінностей справ із практики КСУ, в яких необхідність фактична так чи інакше переважила необхідність ціннісно-правову.

Так, рішення КСУ від 16 липня 2019 р. щодо конституційності Закону України від 9 квітня 2015 р. «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки», в якому цей закон було визнано конституційним, апелювало передовсім до легітимності його мети й суспільної користі. Водночас у низці аспектів, передовсім щодо прав політичних партій, рішення де-факто проігнорувало смислове осердя верховенства права – індивідуалізовану справедливість в її іпостасі домірності. У рішенні залишено поза увагою й інший елемент верховенства права – правопевність, як у частині визначення поняття «пропаганди», так і в частині обов'язковості дотримання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і врахування усталеної практики Страсбурзького Суду з питань заборони політичних партій.

Домірність як складник верховенства права була залишена поза увагою також і в рішенні КСУ від 21 грудня 2021 року щодо конституційності законів України «Про телебачення і радіомовлення» і про «Про кінематографію». Рішення обґрунтоване інтересами національної безпеки і потребами забезпечення «розумного балансу між дотриманням прав і свобод людини і громадянина й усуненням реальних викликів і загроз, що постають перед Україною». Проте, як влучно відзначив в окремій думці стосовно рішення суддя О. Первомайській, «...у новорічно-різдвяному дитячому чи дорослому комедійному творі вже не так важливо, хто грає “злого вовка” або іншого негативного персонажа, оскільки головне – це відсутність у такому творі ознак пропаганди та дезінформації, які загрожують національній безпеці та іншим конституційним цінностям».

У рішенні КСУ від 14 липня 2021 р. предметом розгляду стало питання щодо конституційності Закону України «Про забезпечення функціонування української мови як державної». У мотивуванні цього рішення виняткова роль також належить інтересам національної безпеки, інтерпретованим у комунітаристський спосіб, з позицій формування в Україні гомогенної мовно-культурної ідентичності. Проте, на жаль, з огляду на істотну політизованість підходу, обраного КСУ в цій справі, жертвою принципу «суспільної користі» подекуди стала цінність справедливості вже в аспекті рівності й

недискримінації. Вміщене в рішенні заперечення належності групі осіб, які послуговуються «імперською» мовою, права на юридичний захист із очевидністю суперечить принципам права цивілізованих націй, зокрема європейським стандартам прав людини.

Сумнівною є відповідність ідей моноетнічної національної ідентичності інтересам національної безпеки України і цінності громадянської злагоди на землі України. Радше, навпаки, загрозу національній безпеці України якраз і становлять окремі позиції мотивувальної частини рішення: «Реалізацію прав національних меншин не може бути спрямовано на відокремлення (сегрегацію) в межах українського суспільства тих груп, що вирізняються, зокрема, за мовною ознакою. Вибуття окремої особи, що належить до відмінної ідентичності (а тим більше групи осіб), з єдиного суспільства в простір своєї ідентичності становить небезпеку для єдності українського суспільства».

У діалог із прибічниками моноетнічної ідентичності вступає Г. Радбрух у своїх відомих повоєнних статтях: «Зрівнювання права та уявної або марної народної користі перетворює правову державу на неправову. Але це не має означати: все, що корисно народу, є правом. Радше, навпаки: *тільки те, що є правом, корисно народу* (курсив наш. — С. Р.)»; «...право, також і позитивне право, не може навіть інакше бути визначене як порядок і устав, який за своїм смислом призначений слугувати справедливості. За цим масштабом усі розділи націоналістичного права ніколи не досягли звання дійсного права».

Викладене дає можливість запропонувати деякі висновки практичного й теоретичного характеру.

1. Практична складність раціонального балансування правових принципів як за пореволюційних, так і за воєнних умов. Збройна агресія росії, безумовно, створює легітимну суспільну мету застосування будь-яких правообмежувальних державних заходів, але, втім, саме собою ще не може бути достатньою для виправдання *будь-яких* із таких заходів, не усуває юридичної необхідності оцінити їхню домірність.

2. Прикметна теоретико-методологічну особливість неокантіанського розуміння проблеми балансування правових принципів — релятивізм. З цього погляду апріорно визначити допустимий ступінь домірності обмеження неможливо, так само як і визначити справжній зміст «національних інтересів», обрати ліберально-індивідуалістичну, комунітаристську чи іншу їхню інтерпретацію.

Оскільки ж, як відомо, «визначеною є тільки процедура» (П. Рабінович), в емпіричній реальності перервати нескінченний обмін аргументами можна тільки відповідно до засади правопевності, тобто у процедурний спосіб — через голосування в колегії суддів. Схильність людей помилятися й діяти під впливом ірраціональних чинників, так само як і ідеалістична засада справедливості, вимагають передбачити національну апеляцію й можливість апелювання до справедливості на наднаціональному рівні (де, втім, правопевність, знову ж таки, втілюється в голосуванні суддів міжнародної судової установи). Проте, попри отримання формально остаточного судового рішення, ціннісно-правовий спір, вочевидь, триватиме стільки, скільки існуватиме саме правознавство.

Смородинський Віктор Семенович
кандидат юридичних наук, доцент кафедри прав людини
та юридичної методології Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, член Науково-консультативної ради
при Верховному Суді, член Науково-консультативної ради
при Голові Верховної Ради України

Правова визначеність як вимога верховенства права

Legal certainty as a requirement of the rule of law

Верховенство права є комплексним принципом права, що ґрунтується на загально-визнаних правових цінностях, об'єднує загальні принципи права як невід'ємні вимоги до правового регулювання, правотворчості, реалізації та застосування права й має на меті обмеження свавілля державної влади і захист прав людини. Однією з таких вимог верховенства права є правова визначеність, сучасний концепт якої увібрав у себе усі важливі досягнення історії правової думки та практики її реалізації правовими системами — як національними, так і міжнародними. Водночас цей концепт постійно розвивається й удосконалюється. Його джерелами є передусім правова доктрина та судова практика. Будь-яке ґрунтовне дослідження принципів права, верховенства права не оминає й питань правової визначеності.

Правова визначеність (*legal certainty*, у різних джерелах перекладається ще як «юридична визначеність» та «правопевність») є загальним принципом права та вимогою верховенства права, що передбачає легкість і доступність з'ясування змісту права та юридично забезпечену можливість скористатися цим правом. Відповідно до цієї вимоги: усі правові акти мають публікуватися та викладатися зрозумілою мовою; зворотню дію нормативно-правових актів має бути заборонено (крім прямо визначених законом винятків, запроваджених з метою покращення становища приватних осіб); судова практика національних судів має бути послідовною; національне законодавство має бути придатним для застосування із забезпеченням його виконання; оцінка законодавства має здійснюватися на регулярній основі¹.

Правова визначеність є не лише одним із загальних принципів права та однією з вимог його «верховенства» (за класифікацією С. Погребняка, одним із принципів, що забезпечують дію верховенства права²), а й загалом засадничою властивістю й умовою значущості права та його інструментальної цінності як системного засобу регулювання відносин між людьми та їх групами (колективами) у суспільстві. Підтвердженням цієї позиції є, зокрема, аналіз наукових розвідок відомих західних філософів і теоретиків права, які ще задовго до появи цього спеціального терміну в юридичній

¹ Загальна теорія права: підручник / О. В. Петришин, Д. В. Лук'янов, С. І. Максимов, В. С. Смородинський та ін.; за ред. О. В. Петришина. Харків: Право, 2020. С. 504.

² Погребняк С. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія. Харків: Право, 2008. С. 178–192.

науці та судовій практиці розглядали правову визначеність і як важливу (якщо не найважливішу) вимогу верховенства права над державним свавіллям, і як вирішальну умову моральності та ефективності права, правотворчої та правозастосовної діяльності.

Так, Ф. А. фон Гаєк запропонував таке визначення принципу верховенства права: «це означає, що уряд має виконувати правила, встановлені й проголошені заздалегідь, – правила, що дають змогу з певністю передбачати, як влада використовуватиме свої повноваження здійснення примусу за певних обставин і планувати власні справи на підставі цього знання». Однією з трьох ознак такого закону є його доступність та очевидність – результат його застосування і тлумачення має бути передбачуваним, очевидним. За висловом Ф. А. фон Гаєка, «важко перебільшити ту вагу, яку має очевидність закону для поступального й ефективного руху вільного суспільства». Як зазначає мислитель, лише за умови відповідності законів цим ознакам «можна говорити, що правлять закони, а не люди»³.

З восьми вимог до правотворчості та правозастосування, що були сформульовані професором Гарвардської школи права Л. Фуллером як такі, що утворюють так звану «внутрішню моральність права», сім є фактично вимогами саме правової визначеності: закони мають бути оприлюднені, щоб громадяни знали норми, яких вони повинні дотримуватися; ухвалення й застосування законів, що мають зворотну дію, слід звести до мінімуму; закони мають бути зрозумілими; закони не повинні бути суперечливими; закони не повинні вимагати дій, що виходять за межі спроможності тих, хто має їх дотримуватися; закони повинні бути відносно постійними; повинна існувати відповідність між формулюванням законів та їх реальним застосуванням⁴.

З вісімнадцяти елементів («принципів») верховенства права, виокремлених професором Корнельської школи права Р. С. Саммерсом, принаймні дев'ять або є складовими правової визначеності, або спрямовані на її прищеплення національною правовою системою: чіткість та простота застосування критерію визначення такої чинності; чіткість та визначеність усіх законів; їх доступність (письмова форма, офіційне обнародування); заборона зворотної дії; виконуваність; стабільність (незмінюваність); заздалегідь відомі органи та процедура правових змін; єдність тлумачення та застосування права; наявність заздалегідь відомих засобів правового захисту та наслідків невиконання правових вимог⁵.

Т. Бінгем у своїй шостій щорічній лекції «Верховенство права», що була прочитана 16 листопада 2006 р. на честь віцеректора Кембриджського університету сера Д. Вільямса, стрижнем принципу верховенства права визначає те, «що всі особи та органи влади в державі, як публічні, так і приватні, мають бути зв'язані та мати право користуватися законами, що є відкрито проголошеними, зорієнтованими на майбутнє та відкрито застосовуються в судах», тобто законність і правову визначеність. Згідно з першим із восьми підправил, які, за Бінгемом, становлять зміст верховенства права, «закон має бути доступним та, наскільки це можливо, зрозумілим, ясным і передбачуваним»⁶.

³ Friedrich August von Hayek. *The Road to Serfdom: text and documents*; edited by Bruce Caldwell. Definitive ed. London: The University of Chicago press, 2007. P. 112–123.

⁴ Лон Л. Фуллер. *Мораль права*. Київ: Сфера, 1999. С. 38–93.

⁵ Summers, Robert S. "The Principles of the Rule of Law." *Notre Dame Law Review*. 1999. Vol. 74. P. 1691–1712.

⁶ Бінгем Т. Верховенство права. URL: <http://legalitas.com.ua/ua/ukr-t-bin%D2%91em-verhovenstvo-prava/>

Запропоноване Т. Бінгемом визначення верховенства права було визнане Європейською Комісією «За демократію через право» (Венеційською Комісією) у Доповіді про верховенство права, схваленій на 86-му пленарному засіданні 25–26 березня 2011 р., таким, що «найкраще охоплює головні елементи поняття “верховенство права”». У цій Доповіді Комісія зазначила, що однією зі складових верховенства права є правова визначеність; вона вимагає, щоб правові норми були чіткими й точними, спрямованими на те, щоб забезпечити постійну прогнозованість ситуацій правовідносин, що виникають (пункти 41, 46 Доповіді).

У Контрольному переліку питань для оцінки дотримання верховенства права (*Rule of Law Checklist*), ухваленому на 106-му пленарному засіданні 11–12 березня 2016 р., Венеційська Комісія виокремила вісім складових принципів правової визначеності (звісно, цей перелік не претендує на вичерпність, не обмежує й не замінює собою розвідки наукової та судової доктрин – власне, як і сам перелік вимог верховенства права у Доповіді): 1) доступність законодавства, зокрема оприлюднення законодавчих актів перед набранням ними чинності, легкий доступ до них, наприклад, через безкоштовний інтернет та/або в офіційних виданнях; 2) доступність судових рішень для суспільства, зокрема й обґрунтованість винятків із цього; 3) передбачуваність правових актів, зокрема й передбачуваність наслідків їх застосування, зрозумілий спосіб викладення правових актів, чіткість вказівок нового акта на скасування або зміну попереднього; 4) сталість і послідовність приписів правових актів; 5) легітимні очікування (*legitimate expectations*); 6) унеможливлення зворотної (ретроактивної) дії правових актів, передусім, але не виключно, кримінального законодавства, зокрема й чітко визначені винятки із заборони зворотної дії (передусім у разі пом'якшення чи скасування кримінальної відповідальності); 7) принципи *nullum crimen sine lege* та *nullum poena sine lege* («немає закону – немає злочину», «немає закону – немає покарання»); 8) принцип (правило) *res judicata* (скорочення від давньоримського юридичного правила «*res judicata pro veritate habetur!*» – з лат. «судове рішення визнається за істину»), що вимагає поваги до остаточного рішення суду й забороняє перегляд остаточного й обов'язкового до виконання судового рішення лише з метою домогтися повторного розгляду та винесення нового рішення у справі (див. передусім рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) від 28 жовтня 1999 р. у справі «Брумареску проти Румунії»).

За правилом *res judicata*, остаточне судове рішення має виконуватися і, як правило, не може бути переглянуте, зокрема за заявою прокурорів чи голів вищих судів в порядку нагляду (що було сталою практикою в радянській та інших соціалістичних правових системах, а також в Україні у перші роки незалежності), повноваження судів вищого рівня з перегляду мають здійснюватися виключно для виправлення судових помилок та недоліків. Коли за апеляційною скаргою винесено остаточне рішення, то подальші звернення в апеляційному порядку неможливі. Слід визнавати остаточні рішення й дотримуватися їх, за винятком випадків, коли є незаперечні підстави для їх перегляду. Відхід від *res judicata* можливий лише тоді, коли цього вимагають відповідні вагомі й непереборні обставини.

На цей час єдиної доктрини легітимних очікувань, придатної для всіх національних правопорядків, немає. Вважається, що принцип легітимних очікувань, або захисту легітимних очікувань, «походить від німецького принципу *Vertrauensschutz* (“захист довіри”), метою якого є забезпечення того, щоб кожен, хто має довіру до легальності

рішень і дій публічної адміністрації, підлягав захисту. Принцип *Vertrauensschutz* німецького адміністративного права, у свою чергу, запозичений із німецького приватно-правового принципу правового захисту добросовісних дій (*bona fide acts*), закріпленому в цивільному законодавстві⁷. Цей принцип є складовою загальною принципом правової визначеності у праві Європейського Союзу (далі – ЄС). Він відбиває ідею, що органи публічної влади повинні не лише дотримуватися приписів правових актів, а й своїх обіцянок та пробуджених очікувань. Згідно з доктриною легітимних очікувань ті, хто чинить добросовісно на підставі права, яким воно є, не повинні відчувати краху надій щодо своїх легітимних очікувань. Утім, нові ситуації можуть бути достатньою підставою для законодавчих змін, що спричиняють виникнення відчуття краху легітимних очікувань у виняткових випадках. Така доктрина застосовна не лише до законодавства, а й до рішень індивідуального характеру, що їх ухвалюють органи публічної влади.

В установчих договорах ЄС принцип правової визначеності не закріплюється, проте Судом ЄС він визнається одним із загальних принципів європейського права. Цей принцип правової визначеності для обґрунтування своїх рішень використовує і ЄСПЛ. Аналіз його практики дає змогу виокремити три групи вимог, які включає принцип правової визначеності: 1) вимоги до визначеності законодавства; 2) вимоги до визначеності повноважень; 3) вимоги до визначеності судових рішень.

ЄСПЛ неодноразово звертав увагу на недосконалість законодавства України та необхідність дотримуватися принципу правової визначеності (див. рішення від 6 листопада 2008 р. у справі «Слоєв проти України»). Проблема неухильного й оперативного виконання судових рішень як необхідна умова правової визначеності та верховенства права загалом є дуже актуальною та болісною для України, на що неодноразово вказував ЄСПЛ. Так, Велика Палата ЄСПЛ у рішенні від 12 жовтня 2017 р. у справі «Бурмич та інші проти України» щодо тривалого невиконання рішень українських судів наголосила, що з часу «пілотного» рішення від 15 жовтня 2009 р. у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України» Україна не зробила нічого, аби вирішити проблему – кількість подібних скарг до ЄСПЛ лише зростає. Суд відзначив, що він вже виконав свою роль у цій справі, а саме: ідентифікував системну проблему, констатував порушення права на справедливий суд і надав вказівки щодо заходів, які слід прийняти Україні.

Принцип правової визначеності, крім іншого, означає стабільність та єдність судової практики, можливість відступу судом від своєї попередньої позиції лише за наявності вагомих підстав. Елементом правової визначеності є принцип єдності судової практики, який полягає у забезпеченні однакового правозастосування у судочинстві, що сприяє передбачуваності щодо вирішення спорів між учасниками судового процесу. Для узгодження загального для всієї правової системи принципу правової визначеності та спеціальних концепцій «динамічного тлумачення» та «розвитку права» у рішеннях ЄСПЛ та, частково, Великої Палати Верховного Суду сформувалася стала практика, відповідно до якої відступ від правової позиції повинен мати тільки вагомі підстави, реальне підґрунтя, тобто суд не повинен відступати від попередніх рішень за відсутності належної для цього причини; метою відступу може слугувати виправ-

⁷ Богачова Л. Принцип правової визначеності в європейському і національному праві (змістовна характеристика). *Теорія і практика правознавства*. 2013. Вип. 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2013_2_74

лення лише тих неузгодженостей (помилоч), що мають фундаментальне значення для судової системи та її розвитку. Проте принцип єдності судової практики не має абсолютного характеру. Наприклад, процесуальним законодавством України Велика Палата Верховного Суду, об'єднані палати, палати касаційних судів Верховного Суду наділені виключними повноваженнями у встановленому порядку відступати від раніше сформованої правової позиції. Такі повноваження надано з огляду на те, що в протилежному випадку це, по-перше, означало б неможливість виправлення судом своєї власної передчасної або «застарілої» позиції, викликаної, зокрема, нечіткістю закону (невідповідності критерію «якість закону»), що призвела до неоднакового тлумачення норм права, а по-друге, виключало б можливість динамічного розвитку суспільних правовідносин та права. За певних обставин відступ від попередніх правових позицій суду касаційної інстанції узгоджується з усталеним правовим підходом, згідно з яким у разі конкуренції між правдою (правильністю) і стабільністю пріоритет варто віддавати першій («*truth or stability – truth is preferable*»).

Для узгодження загального для всієї правової системи принципу правової визначеності та спеціальних концепцій «динамічного тлумачення» та «розвитку права» у рішеннях ЄСПЛ та, частково, Великої Палати Верховного Суду сформувалася стала практика, відповідно до якої відступ від правової позиції повинен мати тільки вагомні підстави, реальне підґрунтя, тобто суд не повинен відступати від попередніх рішень за відсутності належної для цього причини; метою відступу може слугувати виправлення лише тих неузгодженостей (помилоч), що мають фундаментальне значення для судової системи та її розвитку. Обґрунтованими підставами для відступу від уже сформованої правової позиції Верховного Суду є, передусім: 1) зміна законодавства (існують випадки, за яких зміна законодавства не дозволяє суду однозначно дійти висновку, що зміна судової практики можлива без відступу від раніше сформованої правової позиції); 2) ухвалення рішення Конституційним Судом України (далі – КСУ); 3) нечіткість закону (невідповідності критерію «якість закону»), що призвело до різного тлумачення судами (палатами, колегіями) норм права; 4) ухвалення рішення ЄСПЛ, висновки якого мають бути враховані національними судами; 5) зміни у праворозумінні, зумовлені: розширенням сфери застосування певного принципу права; зміною доктринальних підходів до вирішення складних питань у певних сферах суспільно-управлінських відносин; наявністю загрози національній безпеці; змінами у фінансових можливостях держави⁸.

Значущість принципу правової визначеності для результативного правового регулювання підтверджується і практикою КСУ. Так, у рішенні від 22 вересня 2005 р. у справі про постійне користування земельними ділянками Суд зазначив: «Із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі». У рішенні від 29 червня 2010 р. у справі за кон-

⁸ Берназюк Я. Співвідношення необхідності забезпечення єдності судової практики та відступу від правових позицій Верховного Суду (на прикладі вирішення публічно-правових спорів). *Судебно-юридическая газета*. 2020. 26 серпня. URL: https://sud.ua/ru/news/blog/177404-spivvidnoshennya-neobkhidnosti-zabezpechennya-yednosti-sudovoyi-praktiki-ta-vidstupu-vid-pravovikh-pozitsiy-verkhovnogo-sudu-na-prikladi-virishennya-publichno-pravovikh-sporiv?fbclid=IwAR2D9EastZc6_icoWnlGUwMUlzxKUw2X1w3RWPgdg7LEoQuV798suRpCHg

ституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абз. 8 п. 5 ч. 1 ст. 11 Закону України «Про міліцію» Суд визначив: «Одним із елементів верховенства права є принцип правової визначеності, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями»).

Водночас у низці своїх рішень КСУ, на нашу думку, знехтував принципом правової визначеності (й верховенства права загалом). Серед них: рішення від 19 вересня 2012 р. у справі щодо офіційного тлумачення положення ч. 1 ст. 61 Сімейного кодексу України, згідно з яким це положення треба розуміти так, що статутний капітал та майно приватного підприємства є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя (а не самого підприємства — як це прямо зазначено в Цивільному кодексі України та відповідає сталій доктрині цивільного права); рішення від 9 лютого 1999 р. у справі про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів, згідно з яким положення ч. 1 ст. 58 Конституції України про те, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, треба розуміти так, що воно стосується людини і громадянина (фізичної особи) (що внесло хаос невизначеності в судову практику адміністративних судів, зокрема у податкових справах); рішення від 15 березня 2016 р. у справі щодо офіційного тлумачення положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», яке міститься у ст. 155 Конституції України, згідно з яким положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», застосоване у ст. 155 Конституції України, необхідно розуміти так, що наступною черговою сесією Верховної Ради України є чергова сесія парламенту, яка має відбутися відповідно до положень розділу XIII «Внесення змін до Конституції України» Основного Закону України та Регламенту Верховної Ради України (тобто «наступною черговою» може бути визначено будь-яку сесію, а не обов'язково наступну чергову з точки зору здорового глузду та передбачуваного лексичного тлумачення); рішення від 2 грудня 2019 р. у справі щодо офіційного тлумачення положень ст. 1512 Конституції України, згідно з яким рішення КСУ безвідносно до їх юридичної форми, ухвалені з питань його виключних конституційних повноважень, не можуть бути оскаржені (що являє собою, по-перше, необґрунтоване розширене тлумачення конституційного терміну «рішення КСУ», по-друге, фактичне втручання в здійснення правосуддя в конкретній адміністративній справі, в якій КСУ виступав як відповідач та в якій уже було ухвалене рішення першої інстанції про задоволення позову, й по-третє, є «рішенням у власній справі»).

На наше переконання, такі рішення органу конституційної юстиції, що є обов'язковими й остаточними, не сприяють прищепленню вимог верховенства права до національної правової системи України, посилюють в юридичній спільноті та в суспільства загалом недовіру до неї, що негативно впливає на рівень легітимності національної правової системи та всіх її складових, і, як наслідок, на її ефективність.

Трубчанінов Костянтин Сергійович
аспірант 1 року навчання освітньо-наукової програми «Право»
Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Імплементация у національну правову систему України принципів права Європейського Союзу як фактор утвердження європейськості української національної правової ідентичності

Implementation of the principles of European Union law in the national legal system of Ukraine as a factor of strengthening of europeanness of ukrainian national legal identity

Агресія Російської Федерації (далі – РФ) проти України актуалізувала міждисциплінарні дослідження української національної ідентичності. Не оминув цей тренд і правників. Зокрема, в українському конституціоналістському дискурсі набуло популярності поняття «конституційна ідентичність», синонімічне використуваному у межах інших соціогуманітарних дисциплін поняттю «національна ідентичність».

Але сфера потенційного застосування поняття конституційної ідентичності у правничих дослідженнях має певні методологічні межі, що зумовлює потребу змістити фокус уваги з ідентичності конституційної на ідентичність національну. Адже, як неможливо говорити про конституційну ідентичність, якщо у держави немає конституції, так і проблематично робити теж саме, якщо нація не мала протягом значного періоду історії не те, що конституційної, взагалі державності.

Актуальність дослідження ступеню впливу імплементації принципів права Європейського Союзу (далі – ЄС) до національної правової системи України на сучасний стан української національної правової ідентичності зумовлено потребою у забезпеченні на належному рівні підтримки державами – членами ЄС продовження боротьби за збереження національної державності, відновлення державного суверенітету та територіальної цілісності України у міжнародно визнаних кордонах.

Відданість української нації цінностям європейської цивілізації засвідчено кров'ю, пролитою воїнами в боях за волю України. Але у подальшій перспективі європейських партнерів цікавитиме не стільки готовність громадян України і далі йти на жертви заради перемоги у війні з РФ, скільки інституційна спроможність держави Україна, індикаторами якої слугуватимуть, зокрема, стан адаптації національного законодавства України до *acquis* ЄС і стан дотримання Україною зобов'язань за міжнародним правом прав людини навіть у надскладних умовах війни на знищення, ще й із противником, який переважає кількісно у живій силі.

Також від інституційної спроможності держави залежатимуть перспективи повоєнної відбудови України. Так, передбачається, що за збереження *status quo* чисельність населення України на 1 січня 2041 р. скоротиться до 28,9 млн осіб, а на 1 січня 2051 р. – 25,2 млн осіб відповідно¹. Головною причиною скорочення чисельності населення України на сьогодні є війна, але ця тенденція спостерігалася і задовго до 2014 р. На жаль, імовірність розвитку подій саме за таким сценарієм є вкрай високою, адже за останніми даними за кордоном перебуває 6,3 млн біженців із України, з яких 4,3 млн – у державах – членах ЄС і Європейської асоціації вільної торгівлі². Чимало з цих 6,3 млн людей навряд чи повернуться в Україну. І полягатиме справа не лише у воєнних ризиках.

Так, досвід Республіки Корея та Держави Ізраїль засвідчує, що навіть держави, які чи не від моменту заснування постійно перебувають у стані війни, можуть бути як економічно розвинутими, так і комфортними для життя громадян, що підтверджується високими позиціями цих держав у міжнародних рейтингах (наприклад, 19 і 25 місцями відповідно в Індексі людського розвитку³, 22 і 30 – в Індексі демократії⁴, 29 і 33 – в Індексі процвітання⁵). Як і в Україні, громадян у цих державах призивають на військову службу⁶. Але згадуємо ми про Республіку Корея і Державу Ізраїль тому, що за рівнем розвитку і, що важливо, за відданістю верховенству права ці держави не поступаються нічим державам – членам ЄС і НАТО, на які в Україні заведено рівнятися.

Наприклад, у 2023 р. Республіка Корея зайняла 19 місце в Індексі верховенства права і випередила 16 держав – членів ЄС, зокрема ті держави, які межують із Україною (Словацьку Республіку, Республіку Польща, Румунію і Угорщину, які зайняли 34, 36, 40 і 73 місця відповідно) та (або) де працює багато трудових мігрантів із України (Чеську Республіку, Португальську Республіку, Італійську Республіку, які зайняли 20, 28 і 32 місця відповідно)⁷.

Водночас Україна займає 89 місце, а підсумковий бал України є зіставним із підсумковим балом Угорщини (0,49 і 0,51 бала відповідно)⁸. І можливо, що за низкою критеріїв Україна і далі залишалася б серед лідерів з-поміж колишніх республік СРСР, якби не ескалація агресії РФ проти України 24 лютого 2022 р.

З одного боку, ці дані можливо інтерпретувати як свідчення правильності вибору курсу на європейську інтеграцію України, адже з-поміж республік колишнього СРСР найнижчі показники мають саме держави-агресори (РФ і Республіка Білорусь), а найвищі – держави, зовнішню політику яких спрямовано, якщо не на європейську інте-

¹ Стратегія демографічного розвитку України на період до 2040 року. Проект. URL: <https://www.msp.gov.ua/projects/870/>

² Там само.

³ The 2023/2024 Human Development Report. New York: United Nations Development Programme, 2024. P. 274. URL: <https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2023-24reporten.pdf>

⁴ Democracy Index 2023: Age of conflict. London, New York, Hong Kong, Gurugram, Dubai: The Economist Intelligence Unit Limited, 2024. P. 9. URL: <https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/Democracy-Index-2023-Final-report.pdf>

⁵ The 2023 Legatum Prosperity Index: Sixteenth Edition. London: Legatum Institute Foundation, 2023. P. 22. URL: https://www.prosperity.com/download_file/view_inline/4789

⁶ Строкова служба в інших країнах: де і як служать строковики. URL: https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=2942213012533539&id=1902777813143736

⁷ The 2023 WJP Rule of Law Index. URL: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>

⁸ Ibid.

грацію (Сакартвело, Республіка Молдова), то на розвиток двосторонніх міжнародних відносин із державами – членами ЄС і НАТО (Республіка Казахстан)⁹. З другого боку, Україні явно замало бути не гіршою від Угорщини, аби забезпечити на належному рівні підтримку держав – членів ЄС під час війни та спонукати громадян України повернутися додому після війни.

Адже замість репатріації в Україну громадяни України можуть надати перевагу еміграції за кордон, до держав, де порівняно з Україною права людини захищено краще, де є численна українська діаспора, чому сприятимуть, зокрема, відновлення горизонтальних зав'язків із етнічними українцями й українками, які набули право на постійне проживання в іноземній державі чи інше громадянство як до, так і після 24 лютого 2022 р., і, що прикро, відмова держави Україна від виконання обов'язку гарантувати піклування і захист громадянам України, які перебувають за межами України, передбаченого ч. ст. 25 Конституції України.

Наприклад, із 23 квітня 2024 р. на підставі листа Першого заступника Міністра закордонних справ України А. Сибіги було «тимчасово призупинено» вчинення консульських дій за заявами громадян України чоловічої статі віком від 18 до 60 років¹⁰. Цим рішенням Міністерство закордонних справ України порушило легітимні очікування багатьох громадян України, які виїхали за кордон, і яких позбавили можливості оформити паспорт громадянина України для виїзду за кордон за процедурою, передбаченою нормами законодавства, чинними на момент надсилання листа.

І навряд чи в умовах глибокої демографічної кризи у Європі, коли Україні доводиться конкурувати з державами – членами ЄС і НАТО за людський капітал громадян України (так, в Індексі людського розвитку Україна посідає 100 місце і значно випереджає країни Близького Сходу, звідки до Європи зазвичай прямують мігранти, а саме, Ірак, Сирію і Афганістан, які посідають 128, 157 і 182 місця відповідно¹¹), порушення прав громадян є конкурентною перевагою.

Долати ці демографічні виклики Міністерство соціальної політики України пропонує, зокрема, шляхом забезпечення міграційного приросту населення України завдяки імміграції етнічних українців і українок із-за кордону та соціальної згуртованості українського суспільства за допомогою утвердження української національної ідентичності¹². Та чи справді це зможе допомогти?

На нашу думку, утвердження української національної ідентичності дійсно зможе допомогти у вирішенні демографічних проблем в Україні, але за умови, що увага акцентуватиметься не так на етнокультурних, як на ціннісно-правових аспектах. Так, кожен громадянин України знає слова Державного Гімну України, зокрема, першого рядка приспіву: «Душу й тіло ми положим за нашу свободу».

⁹ The 2023 WJP Rule of Law Index. URL: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>

¹⁰ Константинов С. Із завтрашнього дня всі консульства України припиняють надання послуг чоловікам призовного віку. URL: <https://zn.ua/ukr/war/mzs-nakazalo-zupiniti-vchinennja-konsulskikh-dij-shchodo-cholovikiv-prizovnoho-viku.html>

¹¹ The 2023/2024 Human Development Report. New York: United Nations Development Programme, 2024. P. 275–276. URL: <https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2023-24reporten.pdf>

¹² Стратегія демографічного розвитку України на період до 2040 року. Проект. URL: <https://www.msp.gov.ua/projects/870/>

Саме свобода людини, об'єктивована у правах людини, гарантованих Конституцією України, і є правовою цінністю, яка консолідує українську націю, під якою ми розуміємо суспільство, у якому забезпечується вільний і всебічний розвиток особистості, про обов'язки людини (безвідносно до громадянства чи національності особи *etc.*) перед яким згадується у ст. 23 Конституції України.

Високий рівень особистої свободи є і ключовою відмінністю України від РФ і Республіки Білорусь (так, за рівнем особистої свободи Україна займає 68 місце у світі, тоді як держави-агресори – 140 та 143 місця відповідно¹³). Але найвищий рівень особистої свободи мають держави з найвищим рівнем поваги до верховенства права, а саме: Королівство Норвегія (1 місце за рівнем особистої свободи і 2 місце за рівнем поваги до верховенства права відповідно), Королівство Данія (2 і 1 місця відповідно), Фінляндська Республіка (два 3 місця), Королівство Швеція (два 4 місця)¹⁴. Також ці держави – члени ЄС і НАТО входять у «топ-20» держав в Індексі людського розвитку¹⁵ та «топ-10» – в Індексі демократії¹⁶ та Індексі процвітання¹⁷. І, як і в Україні, Республіці Корея і Державі Ізраїль, громадян у цих державах – членах ЄС і НАТО призивають на військову службу¹⁸. Призивають громадян на військову службу і у постійно нейтральних Швейцарській Конфедерації і Республіці Австрія¹⁹, які так само посідають високі позиції у цих міжнародних рейтингах (наприклад, у 2022 році Швейцарія посіла 1 місце в Індексі людського розвитку²⁰).

У сукупності всі ці факти свідчать про те, що громадяни зобов'язані захищати державу зі зброєю в руках, але за умови, що держава належно виконує головний конституційний обов'язок із утвердження і забезпечення прав і свобод людини. Це означає, що, якщо держава Україна в особі вищих органів державної влади розраховує на належне виконання громадянами України військового обов'язку, державну політику України має бути спрямовано на забезпечення гідних умов життя людини, а отже, і імплементацію принципів права ЄС, навіть під час війни.

¹³ The 2023 Legatum Prosperity Index: Sixteenth Edition. London: Legatum Institute Foundation, 2023. P. 23. URL: https://www.prosperity.com/download_file/view_inline/4789

¹⁴ The 2023 Legatum Prosperity Index: Sixteenth Edition. London: Legatum Institute Foundation, 2023. P. 22. URL: https://www.prosperity.com/download_file/view_inline/4789; The 2023 WJP Rule of Law Index. URL: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>

¹⁵ The 2023/2024 Human Development Report. New York: United Nations Development Programme, 2024. P. 274. URL: <https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2023-24reporten.pdf>

¹⁶ Democracy Index 2023: Age of conflict. London, New York, Hong Kong, Gurugram, Dubai: The Economist Intelligence Unit Limited, 2024. P. 9. URL: <https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/Democracy-Index-2023-Final-report.pdf>

¹⁷ The 2023 Legatum Prosperity Index: Sixteenth Edition. London: Legatum Institute Foundation, 2023. P. 22. URL: https://www.prosperity.com/download_file/view_inline/4789

¹⁸ Строкова служба в інших країнах: де і як служать строковики. URL: https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=2942213012533539&id=1902777813143736

¹⁹ Ibid.

²⁰ The 2023/2024 Human Development Report. New York: United Nations Development Programme, 2024. P. 274. URL: <https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2023-24reporten.pdf>

*Удовика Лариса Григорівна
докторка юридичних наук, професорка,
виконувачка обов'язків завідувача кафедри історії і теорії
держави та права Запорізького національного університету*

Принцип добросовісності в умовах глобалізації та євроінтеграції

The principle of good conscience in globalization and european integration

Євроінтеграційний поступ України в умовах загострення глобальних і регіональних викликів і загроз актуалізує низку питань, пов'язаних із поєднанням універсального, цивілізаційного і національного в правовій системі України. Значною мірою відповіді на такі запитання перебувають у площині тлумачення змісту принципів права та їх реалізації.

Загальноновизнано, що принципи права є відправними, засадничими началами, що визначають зміст і спрямованість правового регулювання, розвиток правової системи (національної, міждержавної, міжнародної). Принципи права, формуючись упродовж розвитку людської цивілізації, у синкретичній єдності з мораллю, релігією, культурою, спрямовуються на вирішення конкретних практичних завдань. З огляду на ту роль, яку відіграють принципи права у правових системах, цілком закономірно, що вітчизняні та зарубіжні вчені приділяють їм значну увагу. Вагомий внесок у дослідження принципів права зробили такі відомі вчені, як М. Козюбра, А. Колодій, С. Погребняк, П. Рабінович, О. Тихомиров, Т. Фулей, Г. Дж. Берман, Р. Давид, Д. Ллойд та ін. Проблеми з тлумаченням змісту й реалізацією принципів права обумовлені не лише відмінними світоглядними відмінностями вчених, переосмисленням традиційних уявлень і поглядів, а й динамічним характером суспільних відносин. В умовах порушення глобальної безпеки, війни в Україні та на Близькому Сході, геополітичної фрагментації, регіоналізації, локалізації, дивергенції та конвергенції, питання змістовного наповнення і тлумачення принципів права набувають особливої гостроти й актуальності.

Зупинимось на тлумаченні й реалізації принципу добросовісності в умовах глобалізації та євроінтеграції. При цьому слід зауважити, що предметом дослідження є власне не так зміст цього принципу, як підходи до його реалізації в різних правових системах. Обраний контекст аналізу уможливорює формування погляду на обґрунтованість запозичення правовими системами правових принципів, норм та інститутів, притаманних іншим правовим системам, ефективності таких запозичень і виявлення проблем, які виникають у процесі реалізації.

У сучасній юридичній науці принцип добросовісності тлумачиться як принцип, який «передбачає необхідність сумлінної і чесної поведінки суб'єктів при виконанні ними своїх юридичних обов'язків і здійсненні своїх суб'єктивних прав»¹. Його

відносять до загальних принципів права, який спрямований на усунення та пом'якшення недоліків абстрактної і формальної природи норм права та виокремлюють у ньому два основні аспекти: 1) добросовісність при реалізації прав і повноважень (втілюється, зокрема, у неприпустимості зловживання правом, добросовісній помилці тощо); 2) добросовісність при виконанні обов'язків, яка стосується як договірних, так і недоговірних зобов'язань².

Дискусії в оцінці ролі принципу добросовісності в договірному праві зумовлені, зокрема, тим, що стаття 1.106 Принципів європейського договірного права передбачає: при здійсненні своїх прав та виконанні своїх обов'язків кожна зі сторін повинна діяти відповідно до принципів добросовісності та чесної ділової практики; сторони не можуть вилучити або обмежити це зобов'язання. Стаття 2.1.15 («Недобросовісні переговори») унормовує: «(3) Недобросовісним, зокрема, є початок або продовження стороною переговорів за відсутності наміру досягти згоди з іншою стороною»³. Крім того, згідно з Директивою Європейського Союзу (далі – ЄС) про захист прав споживачів 1994 р. умова контракту вважається несправедливою, якщо «всупереч вимогам щодо добросовісності вона спричиняє значний дисбаланс між правами та обов'язками сторін, що виникають внаслідок договору, на шкоду споживачеві»⁴.

Підґрунтям європейської конструкції принципу добросовісності став принцип *treu und glauben* (принцип добросовісності) у німецькому варіанті, який на початку ХХ ст. був доволі революційним інструментом, за допомогою якого формалістичне Цивільне уложення 1900 р. було «матеріалізовано» та адаптовано до німецької практики й німецької правової культури, а результатом став «суперечливий та невизначений принцип добросовісності, який, як спочатку передбачалося, буде принагідно гнучко врівноважувати жорсткість формального права, а фактично він піднявся на неймовірний рівень концептуальної систематизації та абстрактної догматизації»⁵. Саме тому спроби впровадження європейського континентального принципу *bona fides* (принцип добросовісності) безпосередньо у британське договірне право викликало занепокоєння, супротив, а британські суди відкидали цю доктрину в низці випадків, розглядаючи її як інфекційне захворювання іноземного походження, як «таку, що за своєю суттю несумісна із змагальністю позицій сторін» та «як нездійсненну на практиці»⁶. Слід зауважити, що вихід Великої Британії зі складу ЄС (31 січня 2020 р.) (*Brexit*) певною мірою став відображенням відмінних поглядів на правові норми і принципи ЄС, суперечності у їх реалізації у правовій системі Великої Британії.

У контексті вирішення питань щодо сприйняття і запозичення принципів, норм, інститутів права однієї правової системи іншою доцільно звернутися до положень

¹ Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2016. С. 74.

² Там само. С. 75.

³ Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010. URL: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2010-Ukrainian-bl.pdf>

⁴ Regulation 4 of the Unfair Terms in Consumer Contracts, SI 1994 No 3159, implementing the EU Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993. *Official Journal*. No. L95. 21 April 1993. P. 29.

⁵ Тюбнер Г. Правові подразники: принцип добросовісності у британському праві, або Як уніфікація права призводить до нової дивергенції. *Порівняльне правознавство*. 2013. № 1-2. С. 86.

⁶ Walford N. Miles. *All England Law Reports*. 1992. No. 1. P. 453, 460-461.

і здобутків, накопичених зарубіжними вченими, зокрема такими як П. Легран, А. Ватсон, У. Евальд, О. Кант-Фройнд, Г. Тюбнер, які по-різному вирішували ці питання.

Так, П. Легран, як прихильник культурної антропології, обстоює тезу про індивідуальні особливості різних правових культур і висловлює провокативну тезу про те, що «європейські правові системи не зближуються»⁷. Учений доводить, що конвергенція має місце на рівні правових норм та інститутів, проте глибинні структури права, правові культури, правові менталітети, правові епістемології та несвідоме в праві, виражене у правовій міфології, залишаються історично унікальними та непереборними. Саме тому, на його думку, «норму, технічно інтегровану в інший правовий порядок, буде наділено новим культурно-специфічним значенням, відмінним від попереднього. Відповідно, вирішальний елемент нормативності норми – її значення – не зможе пережити подорож з однієї правової культури до іншої»⁸.

Протилежних позицій дотримується А. Ватсон, погляди якого тяжіють до теорії культурної еволюції. Учений наводить численні історичні докази успішного перенесення правових інститутів між суспільствами, попри відмінності їх соціально-економічних структур. Пояснення цього він вбачає у високорозвиненій автономії сучасної юридичної професії⁹ та наголошує, що функціональна еквівалентність правових інститутів не має значення. Ґрунтуючись на історичному досвіді, А. Ватсон вважає, що правова еволюція відбувається досить ізольовано від соціальних змін, вона тяжіє до використання техніки правових запозичень і може бути пояснена без звернення до соціальних, політичних та економічних факторів¹⁰.

Частково з цими поглядами погоджується Г. Тюбнер, який зазначає, що нині, завдяки тривалим історичним процесам диференціації та глобалізації, ситуація зовсім інакша, адже процеси глобалізації створили одну всесвітню мережу правових комунікацій, що зменшує важливість права національних держав до регіональних частин цієї мережі, які перебувають у тісній комунікації одна з одною. Таким чином, перенесення правових інститутів вже не є питанням взаємозв'язків національних суспільств, де перенесені інститути опиняються під тягарем оригінальної національної культури. Скоріше, це прямий контакт між правовими порядками в межах одного глобального правового дискурсу. Це пояснює часте та відносно легке перенесення правових інститутів з одного правового порядку до іншого. Однак у той самий час їхні зв'язки з «життям націй» не зникли. Незважаючи на те, що вони стали достатньо розпливчастими, вони все ще існують, проте в іншій формі. Незважаючи на всю диференціацію та автономію права, ми не повинні випустити з уваги зв'язки між правом і культурою, маємо уважно спостерігати, що саме відбувається з ними, коли право відривають від його національного коріння¹¹.

⁷ Legrand P. Comparative Legal Studies and Commitment to Theory. *Modern Law Review*. 1995. Vol. 58. P. 262.

⁸ Legrand P. *Comparatists-at-Law and the Contrarian Challenge*. Inaugural Lecture, Tilburg, 1995. P. 33.

⁹ Watson A. *The Evolution of Law*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1985.

¹⁰ Watson A. *The Making of the Civil Law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1981.

¹¹ Тюбнер Г. Правові подразники: принцип добросовісності у британському праві, або Як уніфікація права призводить до нової дивергенції. *Порівняльне правознавство*. 2013. № 1–2. С. 82.

У дискусії між прихильниками «контексту» й «автономії» особливе місце посідають погляди О. Кан-Фройнда, який запропонував розрізняти правові інститути, які є культурно глибоко вкоріненими, та інші, які є фактично ізольованими від культури і суспільства. Правові інститути впорядковуються у вигляді спектру, який варіюється від «механічного», де перенесення є порівняно легким, до «органічного», де перенесення є дуже складним чи навіть прямо виключеним. При цьому О. Кан-Фройнд докорінно змінив значення «органічного», перенісши його від традиційного всеохоплюючого соціального вкорінення права до нової вибіркової зв'язності. Правові інститути вже не є тотально вплетеними в тканину суспільства і культури, їхня основна залежність зосереджена на політиці. Таким чином, інституційне перенесення органічного типу здебільшого залежить від свого взаємозв'язку зі специфічною структурою влади двох суспільств¹².

Міркування О. Кан-Фройнда не є безпідставними. Сучасний правовий досвід, ефективна практика запозичень правових принципів, норм, інститутів, які притаманні одним правовими системам іншими, поширення правових стандартів (насамперед прав людини, демократії, верховенства права, судочинства) у багатьох галузях права, модельних правових актів і норм відображають формування формалізованого, технізованого права. У таких випадках має місце зростання автономії права, але це не призводить до повної автономії права від суспільства, культури. Саме тому Г. Тюбнер обґрунтовує чотири тези щодо характеру нових зв'язків права, а саме: 1) сучасні зв'язки права із суспільством вже не є всеохоплюючими, а натомість надзвичайно вибіркочними, та варіюються від слабкого зв'язку до тісного переплетіння; 2) зв'язки більше не пов'язані з цілісністю соціального, натомість — із різноманітними фрагментами суспільства; 3) у тих випадках, де раніше право було пов'язане із суспільством своєю тотожністю з ним, нині такі зв'язки встановлюються через відмінності; 4) вони більше не еволюціонують у спільному історичному розвитку, а у конфліктній взаємодії двох або більше незалежних еволюційних траєкторій¹³.

Резюмуючи зазначене, слід зауважити, що розроблення правових норм все більше стає інституційно відокремленою від продукування суспільством культурних норм, а частина правових норм, інститутів перебувають у несистематичному контакті з соціальними й культурними процесами. Водночас існують і такі правові сфери, принципи, норми й інститути, які більш тісно пов'язані із соціальними процесами. Така відмінність між слабкими та сильними зв'язками юридичного і соціального має істотне значення для розуміння ефективності, проблем і перспектив перенесення правових інститутів однієї правової системи до іншої. Правові принципи, норми, інститути, які мають аксіологічний, антропологічний, етичний виміри мають більш тісний зв'язок із соціальними й культурними процесами. Принципи й норми, перенесені з однієї правової системи до іншої (правові трансфери) зазнають впливу з боку глибинних структур правової культури країни, в яку вони впроваджуються, у деяких випадках — з опором. При цьому джерела опору є різнорідними з огляду на різнорідність суспільства, розмаїття соціальних систем і фрагментоване розмаїття дискурсів, а основною ланкою зв'язку між

¹² Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law. Kahn-Freund O. Selected Writings. London: Stevens, 1978. P. 303.

¹³ Тюбнер Г. Правові подразники: принцип добросовісності у британському праві, або Як уніфікація права призводить до нової дивергенції. *Порівняльне правознавство*. 2013. № 1-2. С. 84.

правом і суспільством стає політична влада. Зазначену тезу висловлювала низка вчених ще в 70-х роках ХХ ст., але й нині вона не втратила своєї актуальності, враховуючи загострення політичних розбіжностей, активізацію тоталітарних режимів, зростання конфліктів на регіональному й міжнародному рівнях, різні типи економічних режимів у світі. Ті правові принципи, норми, інститути приватного і публічного права, які тісно пов'язані з культурою, мораллю, наукою, охороною здоров'я вимагають комплексних змін політичного, економічного, культурного характеру. Поряд із принципом добросовісності прикладами можуть слугувати й принципи верховенства права, поваги до прав і свобод людини, добросовісності, захисту довіри, розумності, пропорційності. Зазначені вище міркування значною мірою пояснюють проблеми, які виникають у сфері протидії корупції, колабораціонізму, недобросовісності, недобросовісності в Україні. Попри низку важливих інституційних змін, створення низки відповідних органів, діяльність яких спрямована на протидію цим явищам, ухвалення правових актів, посилення юридичної відповідальності проблеми зберігаються.

*Цельєв Олексій Вікторович
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри загальнотеоретичного правознавства
та публічного права Національного університету
«Києво-Могилянська академія»*

Принципи права та юридична (суддівська) аргументація

Principles of law and legal (judicial) argumentation

Принципи права, як головні, керівні, засадничі ідеї права, як багатоманітне і багаторівневе правове явище і правова цінність, як одне з його основних джерел, продовжують привертати увагу науковців і практиків своїми не до кінця осмисленими властивостями. Одним із прикладів такого стану є і сьогоднішня конференція. Якщо проблематику принципів права у наукових колах активно дебатують не одне десятиліття, їй присвячено чимало монографій та інших публікацій, то не менш проблемна тематика «юридичної аргументації» набуває вітчизняного наукового розроблення лише в останні роки. Прикладом цього є декілька ґрунтовних наукових досліджень, які з'явилися нещодавно. Зокрема, «Юридична аргументація» Т. Дудаш була опублікована цього року, а трохи раніше, у 2022 р., вийшла друком колективна монографія викладачів Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича зі схожою назвою – «Правнича аргументація». Утім зазначена тематика доволі активно розвивається в європейських країнах і США з середини ХХ ст., їй присвячено чимало досліджень і публікацій. Крім того, названі явища достатньо тісно взаємодіють на практиці і можуть впливати одне на одного.

Метою є спроба окреслити взаємозв'язок між принципами права та правовою аргументацією і продемонструвати суперечності, які виникають при некоректній ідентифікації принципів права й інших правових цінностей.

Як відомо, правова аргументація завдячує своїй появі практичній необхідності доведенню або ж переконанню однією стороною іншої в своїй правоті в процесі розв'язання юридичного спору. Звісно, сила переконання спрямовується і на публіку, яка може споглядати за таким дійством, а також на суддів, якщо правова аргументація застосовується в суді. Історія розвитку правової аргументації достатньо тривала, вона розпочалася на античних майданах Греції та триває до сьогодні, завдячуючи діяльності усіх правових інститутів включно з міжнародними судовими органами. Починаючи з риторики і софістики, розвинувши логічні і нелогічні прийоми переконання, через герменевтику і когерентну модель, сучасна аргументація продовжує шукати прийоми і способи обґрунтування правових позицій, завдяки яким рішення, зокрема судів, будуть сприйматись людьми як справедливі. Як сама аргументація, так і її сприйняття залежать від двох основних чинників: типу праворозуміння учасників аргументації, а також самого аргументу – за висловом Аристотеля, міркування, яке робить річ

сумнівну достовірною. Залежно від типу праворозуміння, аргументи, а також прийоми (моделі) їх застосування можуть суттєво, якщо не кардинально, відрізнятись. Зрозуміло, що текст закону, у його буквальному значенні, залишається основним аргументом для ортодоксального позитивіста. При цьому модель аргументації буде відповідати виключно прийомам дедуктивної логіки.

Проте знайти сьогодні правників, які вірять у закон як єдине джерело права, принаймні в країнах євроатлантичної цивілізації, завдання невиконуване. Україна не є винятком, навіть при збереженні інерційних позитивістських вподобань, теорія права і правова практика невпинно розвивають широке праворозуміння, намагаючись інтегрувати різні правові і неправові явища для пояснення сутності права. Не залишається осторонь цього процесу правова аргументація, передусім судова, а точніше суддівська. Особливо це помітно на рішеннях останніх років, які ухвалює Конституційний Суд України (далі – КСУ), а також Верховний Суд. Все частіше для формулювання переконливої позиції у складних справах застосовуються різноманітні топи – місця аргументації, які ще десятиліття тому траплялися у рішеннях судів вкрай рідко. Ідеться про максими права, правові доктрини, правові цінності (ідеали), правові принципи, судові прецеденти та практику, зокрема європейських і не тільки судів, тощо. Така тенденція неабияк підвищила, порівняно з буквою закону, переконуючий ефект аргументів і вплинула на якісний зміст судових рішень та їх сприйняття. Самі моделі аргументації стають складнішими, не виключаючи дедуктивну модель аргументації, судді все частіше застосовують як індукційну логіку, так і герменевтичне коло для обґрунтування ухваленого рішення. Яскравим прикладом цього є одні з останніх рішень КСУ щодо довічно ув'язнених, які стосувались реалізації права на надію, а також права на відпустку ув'язнених у драматичних життєвих ситуаціях¹.

Серед перелічених аргументів (топів) у межах заявленої тематики слід відзначити роль принципів права, які все частіше, особливо в межах складних судових справ, виступають у ролі переконливих аргументів. Насамперед це стосується принципу поваги до людської гідності, до прав людини, а також принципів – складових верховенства права: законності, пропорційності, правової визначеності, доступу до правосуддя тощо.

З огляду на ліміт часу висвітлити їхню змістовну роль не випадає нагоди. Але можна окреслити певні аспекти методологічного характеру, які вносять дисонанс безпосередньо в побудову аргументації. Мовиться про ототожнення принципів з іншими правовими явищами, яке побутує як на нормативному рівні, так і безпосередньо в текстах судових рішень. Найчастіше такі випадки трапляються з верховенством права, справедливістю, рівністю, свободою тощо, які в правовій аргументації суддів переважно ідентифікуються як принципи права.

Щодо верховенства права, то його позначення як принципу часто виправдовується ст. 8 Конституції України, а також низкою міжнародних актів, які використовують вказаний термін. Проте пізніше закріплення верховенства права, без прив'язки

¹ Див. Рішення Конституційного Суду України Другий Сенат від 16 вересня 2021 р. у справі № 3-349/2018 (4800/18,1328/19, 3621/19, 6/20); Рішення Конституційного Суду України Другий Сенат від 20 грудня 2023 р. справі № 3-72/2023(145/23).

до принципу, у ст. 129 Конституції України слід вважати більш вдалим. Щоб переконатися у цьому достатньо взяти доповідь Венеційської Комісії 2011 р. щодо Верховенства права та звернути увагу на аргументацію членів комісії, яка розкриває вказане поняття, найчастіше вживаючи термін «концепція»². А вже безпосередній зміст верховенства права черпається з його складових, про які я вже згадував, та які, за певних умов, можуть визначатись як принципи права.

Одним з аргументів на користь такого твердження є ознаки принципу права, зокрема така ознака, як здатність до визначеності, незважаючи на загальність формулювання. Наприклад, «*pacta sunt servanda*» – один із загальновідомих принципів із часів римського права за своїм змістом тяжіє до імперативної норми, як і більш «молодий» правовий принцип, який завдячує своїй появі судовій практиці кінця XIX ст.: «Ніхто не може отримати вигоду зі скоєного ним злочину» та низка інших правових принципів. У межах аргументації подібні формулювання принципів роблять умовиводи більш передбачуваними. Саме ж верховенство право, поряд із подібними правовими явищами, на кшталт правової, соціальної держави, слід відносити до іншої цінності, а саме до правової концепції або ж правової доктрини.

Те саме стосується ідентифікації інших правових цінностей. Не вдаючись до аналізу онтологічної природи цінностей як духовного підґрунтя права, лише зазначу, що багато правових явищ продовжує сприйматись виключно як принципи, і в доктрині, і на практиці.

Зокрема, справедливість, яка поряд із добросовісністю і розумністю нормативно закріплена як засада цивільного права. Безпосередньо цивілісти, і не лише вони, сприймають її як принцип права. Хоча насправді «справедливість – це не зовнішній щодо права фактор, на який воно має орієнтуватися, а його атрибут, без якого право втрачає якість права, перетворюючись у свою протилежність – антиправо (навіть у формі закону)»³. Інакше кажучи, справедливість є тією категорією, без яких право втрачає свою сутність.

Справедливість, як і інші подібні цінності, які її розкривають, до прикладу, рівність і свобода, можуть змістовно наповнюватися різними значеннями – залежно від контексту, в якому застосовуються, на відміну від принципів права, які, хоч і є, порівняно з нормою закону більш гнучкими щодо змісту, відносно цінностей залишаються більш статичними категоріями.

Щодо інших зазначених засад цивільного права, таких як добросовісність і розумність, слід сказати таке. Відносно нещодавно світ побачила стаття В. Крата і Р. Бабанли «Принципи права у практиці Верховного Суду: тернистий шлях від букви до духу», присвячена аналізу практики Верховного Суду щодо застосування принципів права в аргументації. Серед іншого, автори, наводять приклади судового активізму, достатньо вдалого і сучасного розв'язання правових спорів, керуючись правовими доктринами і принципами, на противагу інерції при орієнтації виключно на закон. Єдине, що вносить

² Верховенство права. Доповідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 р.). URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/CDL_AD_2011_003_rev_2011_04_04.pdf

³ Козюбра М. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 142–164.

дисонанс у міркування авторів, це не зовсім вдале, на нашу думку, ототожнення принципів права з правовими доктринами й іншими правовими цінностями, які відображають сутнісні властивості права. Передусім це стосується добросовісності і розумності. Зазначені явища — це категорії, на порядок вищі, ніж принципи права, які у кожній конкретній ситуації можуть набувати різного змістовного наповнення. Про що самі ж автори і вказують, демонструючи судову практику. Наприклад, розкриваючи принцип добросовісності через застосування доктрини *venire contra factum proprium* (заборона суперечливої поведінки), яка базується на римській максимі «*non concedit venire contra factum proprium*» (ніхто не може діяти всупереч своїй попередній поведінці)⁴. На нашу думку, це нелогічно щодо принципу, а більше стосується сутнісної властивості права, яка має різне наповнення залежно від контексту. Наведена доктрина є тільки одним із можливих прикладів такого наповнення. Те саме стосується і розумності. Уявити нерозумне право неможливо, на відміну від закону. Відповідно ця властивість права не може бути зведена виключно до одного з правових принципів.

Зміни до підходів в аргументації та в її наповненні породжують необхідність переосмислення та більш чіткої ідентифікації аргументів, що застосовуються. Це стосується як джерел права, зокрема принципів, так і його сутнісних характеристик, а саме справедливості, розумності тощо, апеляція до яких слугує окремим засобом підсилення аргументації та досягнення мети переконання. Звичайно, вказаний процес переосмислення не зможе відбутися без наукової і практичної дискусії, пошуку додаткових аргументів щодо доцільності вказаного підходу до відділення принципів права від інших правових цінностей. У будь-якому випадку постановка зазначеного питання має надати поштовх до розвитку загальнотеоретичних знань про право.

⁴ Крат В., Бабанли Р. Принципи права у практиці Верховного Суду: тернистий шлях від букви до духу. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1370715/>

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

*Городовенко Віктор Валентинович
доктор юридичних наук, професор,
суддя Конституційного Суду України*

Майбутнє поданої конституційної скарги особи у разі її смерті: новація в конституційному провадженні

The future of the submitted constitutional complaint of a person in the event of his death: innovation in constitutional proceedings

Нещодавно в практиці Конституційного Суду України (далі – Суд) з'явилася нова юридична позиція – Другий сенат Суду закриття конституційне провадження у справі за конституційною скаргою у зв'язку зі смертю особи, що подала таку скаргу, і тим, що унеможливлено процесуальне правонаступництво у конституційному провадженні, на підставі п. 1 ст. 62 Закону України «Про Конституційний Суд України» (далі – Закон) – звернення до Суду неналежним суб'єктом¹. Поки що це єдиний випадок такого закриття у практиці Суду, однак і його достатньо, щоб твердити про актуалізацію потреби глибшого осмислення в практичній і теоретичній площині питання щодо майбутнього поданої конституційної скарги особи у разі її смерті.

Указана юридична позиція є дискусійною передусім з погляду ролі КСУ, його домінуючого повноваження у справах за конституційними скаргами, цілей та юридичних наслідків конституційного контролю у таких справах, власне запровадженої в Україні моделі конституційної скарги, що вказує на пріоритетність саме публічного інтересу в цьому контролі, який полягає в забезпеченні перевірки на відповідність Конституції України закону України (його окремих приписів). Із цього боку, на нашу думку, «смерть суб'єкта права на конституційну скаргу Суд не може сприймати як абсолютну перепону для продовження конституційного провадження в його справі, особливо тоді, коли розгляд конституційної скарги забезпечує потребу захисту публічних інтересів

¹ Ухвала Другого сенату Конституційного Суду України від 26 лютого 2024 р. № 14-у(II)/2024. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/14_y2_2024_0.pdf

² Окрема думка судді Конституційного Суду України Городовенка В. В. стосовно Ухвали Другого сенату Конституційного Суду України про закриття конституційного провадження у справі за конституційною скаргою Малинникова Олега Федоровича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частин першої, другої, п'ятої статті 83, абзацу першого частини другої, частини десятої статті 85, абзацу першого частини першої, частини третьої статті 88 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII, частини другої статті 57, пункту 12 розділу III «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р. № 1798-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na14d710-24#Text>

і є суспільно значущим»², адже «конституційний контроль у справах за конституційними скаргами спрямований на захист конституційних прав і свобод у глобальному вимірі, у ньому заінтересовані не лише суб'єкти права на конституційну скаргу, такий контроль є вирішальним для всієї національної юридичної системи, що відповідає ролі Суду в підтриманні конституційного правопорядку та власне юридичній природі українського інституту конституційної скарги»³.

Розмірковуючи й далі над згаданим дискусійним аспектом, додамо, що питання щодо майбутнього поданої конституційної скарги особи у разі її смерті не є однозначним у практиці органів конституційної юрисдикції європейських країн. Так, у пізнавальній закордонній науковій статті проаналізовано практику Конституційного Трибуналу Республіки Польща, за якою, як твердять автори цієї статті, визнано, що, «з одного боку, <...> смерть заявника під час провадження у справі не є підставою для зупинення або припинення провадження у справі, розпочатого за конституційною скаргою, оскільки вирішальне значення має перевірка конституційності оспорюваної юридичної норми. З другого боку, <...> підставою для успішного подання конституційної скарги є правомірний інтерес заявника, який припиняється після його смерті»⁴. Водночас автори вказаної статті схвально оцінили позицію Конституційного Трибуналу Республіки Польща, за якою «особливості, що характеризують процедуру конституційної скарги щодо судового провадження, є настільки суттєвими, що вони виправдовують дуже обережне застосування підстав для призупинення або закриття провадження у справі. Прийняття іншої позиції суттєво обмежило б можливість виконання основної функції провадження в суді щодо перевірки конституційності законів. Рішення, ухвалене по суті конституційної скарги, безперечно, має загальне значення, є чинним *erga omnes* і має загальнообов'язкову силу <...>. Розглядаючи конституційну скаргу, Трибунал вирішує питання про відповідність нормативного акта Конституції. Своєю чергою це рішення лише опосередковано стосується індивідуальної справи скажника в тому сенсі, що воно вирішує питання про допустимість застосування конкретного нормативного акта»⁵.

Дискусійним у питанні щодо майбутнього поданої конституційної скарги особи у разі її смерті, на наше переконання, є й те, що «Закон не визначає серед підстав для закриття конституційного провадження у справі настання смерті суб'єкта права на конституційну скаргу, зі змісту <...> приписів Закону випливає, що Суд не повинен закривати таке провадження лише через те, що суб'єкт права на конституційну

⁴ Mamiński M. M., Śmiałek P. Death of the complainant and examination of the constitutional complaint in view of the Constitutional Tribunal (CT)'s decision of 21 January 2020 (file. no.: Ts 68/18). *Journal of Modern Science*. 2023. No. 2/51. P. 691, 692. URL: <https://www.jomswsge.com/pdf-169117-92643?filename=Death%20of%20the%20complainant.pdf>

⁵ Ibid. P. 694.

⁶ Окрема думка судді Конституційного Суду України Городовенка В. В. стосовно Ухвали Другого сенату Конституційного Суду України про закриття конституційного провадження у справі за конституційною скаргою Малинникова Олега Федоровича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частин першої, другої, п'ятої статті 83, абзацу першого частини другої, частини десятої статті 85, абзацу першого частини першої, частини третьої статті 88 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII, частини другої статті 57, пункту 12 розділу III «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р. № 1798-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na14d710-24#Text>

скаргу більше не бере в ньому участі»⁶. З огляду на це дискреція Суду щодо закриття конституційного провадження у разі смерті суб'єкта права на конституційну скаргу є все ж доволі сумнівною. Загалом найкраще допустимість такого закриття прямо визначити на законодавчому рівні, щоб уникнути юридичної невизначеності в конституційному провадженні у справі за конституційною скаргою й не допустити перешкод у реалізації права особи на звернення з такою скаргою. Наприклад, у спеціальному законі Республіки Хорватії, яким унормовано питання конституційного провадження, прямо визначено, що процедура, розпочата за конституційною скаргою, припиняється у разі смерті заявника⁷. Подібні приписи встановлені на законодавчому рівні й в інших європейських державах.

Зрештою, переконаний, що, незважаючи на смерть суб'єкта права на конституційну скаргу, «в кожному окремому випадку Суд повинен ретельно з'ясувати, чи не має бути продовжене <...> провадження з огляду на серйозність питань, порушених у конституційній скарзі, їх вплив на дотримання конституційних принципів, прав, свобод та розвиток доктрини конституційного права загалом»⁸. Водночас саме питання щодо майбутнього поданої конституційної скарги особи у разі її смерті сягає глибшої проблематики стосовно збереження певних прав і свобод за особою після її смерті. Із такої проблематики є різні підходи як на практиці, так і в теорії, та, як відомо, є права і свободи, які зберігаються за особою навіть після її смерті, а також такі права і свободи, що припиняються зі смертю особи. Поширеною є думка, що юридичного захисту потребують гідність, репутація та пам'ять особи після її смерті. У дослідженнях щодо такої проблематики вказано, що існують різні теорії, які пояснюють, чому репутація особи, яка померла, потребує юридичного захисту, і ці теорії знаходять суспільну підтримку навіть в англосаксонському світі, хоч у країнах загального права загалом діє правило *actio personalis moritur cum persona*⁹.

Варто зазначити, що у конституційному провадженні за конституційною скаргою особи захисту підлягають саме її конституційні права і свободи. Особа після своєї смерті не перестає бути носієм цих прав і свобод, які до того ж часто невідривно пов'язані з гідністю людини, яка померла, її репутацією, різними аспектами пам'яті

⁶ Окрема думка судді Конституційного Суду України Городовенка В. В. стосовно Ухвали Другого сенату Конституційного Суду України про закриття конституційного провадження у справі за конституційною скаргою Малинникова Олега Федоровича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частин першої, другої, п'ятої статті 83, абзацу першого частини другої, частини десятої статті 85, абзацу першого частини першої, частини третьої статті 88 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII, частини другої статті 57, пункту 12 розділу III «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р. № 1798-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na14d710-24#Text>

⁷ The Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia. URL: https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_Constitutional_Act_on_the_Constitutional_Court_of_the_Republic_of_Croatia_consolidated_text_Official_Gazette_No_49-02.pdf

⁸ Окрема думка судді Конституційного Суду України Городовенка В. В. стосовно Ухвали Другого сенату Конституційного Суду України про закриття конституційного провадження у справі за конституційною скаргою Малинникова Олега Федоровича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частин першої, другої, п'ятої статті 83, абзацу першого частини другої, частини десятої статті 85, абзацу першого частини першої, частини третьої статті 88 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII, частини другої статті 57, пункту 12 розділу III «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р. № 1798-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na14d710-24#Text>

⁹ Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of Georgia on the question of the defamation of the deceased adopted by the Venice Commission at its 101st plenary session (Venice, 12–13 December 2014), CDL-AD(2014)040. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)040-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)040-e)

про неї, що свідчить про потребу посиленого юридичного захисту такої особи, який може бути ефективно здійснений у рамках згаданого конституційного провадження. Як вбачається із закордонних досліджень, існує давня традиція захисту гідності та волі померлих і цей захист обґрунтовано визнано правом; водночас відповідальність держави не припиняється перед людиною після її смерті; визначення осіб, які померли, носіями конституційних прав відчиняє двері для судових процесів проти жорстоких, несправедливих, дискримінаційних практик публічної влади стосовно таких осіб, а також може вплинути на наративи, які формують колективну, правову, політичну та культурну свідомість¹⁰.

На сьогодні практика національного конституційного судочинства у питанні щодо майбутнього поданої конституційної скарги особи у разі її смерті не є завершеною, однак це питання має бути розв'язано вкрай помірковано, враховуючи потребу захистити як приватний, так і публічний інтереси, що пов'язані з конституційним провадженням за такою скаргою. З одного боку, майбутнє поданої конституційної скарги особи у разі її смерті не може бути зумовлене лише фактом смерті цієї особи, оскільки її приватний інтерес після смерті, врешті-решт, стає підпорядкований публічному інтересу, що вимагає гарантувати відповідність ухваленого закону Конституції України й забезпечити інших суб'єктів права від застосування до них приписів такого закону у разі його неконституційності. З другого боку, захист конституційних прав і свобод у конституційному провадженні у справі за конституційною скаргою особи, яка померла, не може бути припинений лише у зв'язку з її смертю, адже цей захист сприятиме посиленню тенденції юридичного захисту особи навіть після її смерті й утвердженню такої особи носієм конституційних прав і свобод. Якщо навіть визнати можливим закрити провадження у справі за конституційною скаргою особи у разі її смерті, це має бути визначено на законодавчому рівні.

¹⁰ Smith Fred O. Jr. The Constitution after death. *Columbia Law Review*. Vol. 120:1471. P. 1505, 1548. URL: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2020/10/Smith-The_Constitution_After_Death.pdf

*Заєць Анатолій Павлович
доктор юридичних наук,
професор, завідувач кафедри загальнотеоретичного
правознавства та публічного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

Принципи адміністративного нагляду за діяльністю органів місцевого самоврядування

Principles of administrative supervision of the activities of local government bodies

Європейська хартія місцевого самоврядування (далі – Хартія), Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи з питань нагляду, ухвалені в 1998 і 2019 рр., передбачають кілька видів нагляду за діяльністю органів місцевого самоврядування, а саме: адміністративний нагляд, фінансовий нагляд і демократичний нагляд з боку мешканців громади.

Хартія, ґрунтуючись на необхідності «існування органів місцевого самоврядування, які мають створені на демократичній основі органи, уповноважені приймати рішення, і широку автономію щодо своїх повноважень, шляхи і засоби здійснення цих повноважень, а також ресурси, необхідні для їх виконання»¹, встановлює необхідні вимоги до здійснення адміністративного нагляду за діяльністю органів місцевого самоврядування.

Враховуючи усю сукупність нормативних джерел Ради Європи, національного законодавства, а також доктрини місцевого самоврядування можна було б сформулювати перелік принципів адміністративного нагляду за діяльністю органів місцевого самоврядування:

- 1) верховенства права;
- 2) самостійності місцевого самоврядування;
- 3) партнерства держави і місцевого самоврядування.

Принцип верховенства права домінує у системі вказаних принципів. Важливе значення мають усі його складові (включаючи принципи рівності перед законом, заборони дискримінації, запобігання зловживанню повноваженнями, юридичної визначеності). Утім під час правової регламентації адміністративного нагляду окремі з них набули особливого звучання.

Відповідно до ст. 8 Хартії здійснення будь-якого адміністративного нагляду за органами місцевого самоврядування має відбуватися тільки згідно з процедурами та у випадках, передбачених конституцією або законом. Адміністративний нагляд не повинен призводити до втручання у здійснення громадами, їх органів наданих їм власних повноважень.

¹ Європейська хартія місцевого самоврядування, Страсбург, 15 жовтня 1985 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_036#Text

Отже, **принцип законності**, як один із складників верховенства права, передбачає наявність законодавчих підстав і процедур для адміністративного нагляду, що слугує способом запобігання необґрунтованого впливу чи надмірного контролю за місцевим самоврядуванням з боку виконавчої влади. Хартія визначає також зміст такого адміністративного нагляду – він має обмежуватися, як правило, питанням про законність дій на рівні місцевої влади, а не їхньою доцільністю. Це підкреслюється в Пояснювальній записці до Хартії. Виключення щодо цього правила зроблено у випадку делегованих завдань, коли орган, що делегує свої повноваження, може висловити бажання здійснювати певний нагляд за тим, як виконується це завдання. Однак це не має впливати на право місцевого органу влади діяти певною мірою на власний розсуд, як це передбачено п. 5 ст. 4².

Вказана практика законодавчого регулювання процедур і підстав для здійснення адміністративного нагляду існує в усіх країнах Європейського Союзу. Так, Акт про Конституцію Данії 1953 р. гарантує, що «[п]раво муніципалітетів «самостійно управляти власними справами, під наглядом Держави, закріплюється в законодавстві» (розділ 82). Особливості державного нагляду закріплюються в Законі про муніципальне управління (*Lov om kommunernes styrelse*)³.

Закон про місцеве самоврядування Швеції 2017 р. встановлює загальні повноваження місцевих влад, а також організаційні правила стосовно їх діяльності та особливості адміністративного нагляду з боку органів державної влади в особі окружних адміністрацій⁴.

У Польщі, згідно зі ст. 171 Конституції Польщі, за діяльністю одиниць територіального самоврядування здійснюється нагляд щодо її законності. Органами, що здійснюють нагляд за діяльністю одиниць територіального самоврядування, є голова Ради Міністрів і воєводи, а у сфері фінансових питань – регіональні рахункові палати. Органи місцевого самоврядування зобов'язані надавати свої рішення губернатору (для деяких актів – протягом двох днів) після ухвалення. Губернатор має право у разі невідповідності ухвалених органами місцевого самоврядування рішень законам держави (суперечать державним інтересам) одноосібно визнати рішення нечинним, призупинити виконання такого рішення, а після 30 днів повинен звернутися до адміністративного суду з метою його оскарження⁵. Відповідно до розділу 10 Закону про гмінне самоврядування наглядові органи мають право втручатися у гмінну діяльність лише у випадках, передбачених законодавством. Рішення органу гміни, яке суперечить закону, вважається недійсним. Наглядовий орган може зупинити його виконання, однак має вказати фактичну або юридичну підстави, а також роз'яснити про можливість подачі скарги до адміністративного суду⁶.

² Огляд практики адміністративного нагляду за діяльністю органів місцевого самоврядування в окремих країнах. Страсбург, 31 січня 2020 р. CEGG/PAD(2020)2. URL: https://www.slg-coe.org.ua/wp-content/uploads/2020/03/CEGGPAD20202_UKR.pdf

³ Місцеве самоврядування в країнах Скандинавії та Балтії. Рукопис Девіда Янга. SKL International 2016. Оновлене видання 2020. С. 10. URL: https://decentralization.ua/uploads/library/file/720/Ukrainian_finalver_bluebook_compressed.pdf

⁴ Там само. С. 73.

⁵ Конституція Польської Республіки (з передмовою Володимира Шапвала). Київ: Москаленко О. М., 2018. 84 с.

⁶ USTAWA z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym. Opracowano na podstawie: t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 609, 721. URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19900160095/U/D19900095Lj.pdf>

Другим принципом верховенства права, що має особливе значення для адміністративного нагляду, є **принцип домірності (пропорційності)** у здійсненні адміністративного нагляду. Стаття 8 Хартії особливо наголошує на тому, що адміністративний нагляд за органами місцевого самоврядування здійснюється таким чином, щоб забезпечити домірність заходів контролюючого органу важливості інтересів, які він має намір охороняти.

Домірність у здійсненні адміністративного нагляду має багато вимірів. У Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи 2019 р. вдосконалення застосування принципу домірності адміністративного нагляду пов'язується з забезпечення того, аби єдиними наслідками нагляду були збереження або відновлення законності чи стабільного фінансового стану⁷.

Домірність проявляється також у частоті перевірок з боку контролюючих органів, жорсткості заходів органів адміністративного нагляду, які мають вживатися у випадку порушень з боку органів місцевого самоврядування; вона потребує мінімального впливу контролюючого органу на місцеву автономію з одночасним досягненням бажаних результатів.

Домірністю заходів зумовлюється потреба звуження кола актів органів місцевого самоврядування, які мають підлягати нагляду за законністю. Так, учасники зустрічі 2018 р. у «страсбурзькому форматі», узгоджуючи параметри майбутньої української системи нагляду, погодилися, що «[с]истематичному нагляду за законністю має підлягати лише обмежене число актів, які мають високу важливість і які мають бути законодавчо чітко визначеними, тоді як інші акти слід піддавати лише вибіркоким перевіркам», а також, що «[о]днією з найважливіших функцій майбутньої системи нагляду має стати консультування органів місцевого самоврядування щодо законності проєктів їхніх актів, але лише за їхнім запитом», що «система нагляду за актами має замінити собою більшість, якщо не всі нинішні процедури перевірок / контролю; винятки можливі для вельми специфічних питань, таких як перевірка дотримання санітарних норм у школах чи лікарнях» і що «[о]днією з найважливіших функцій майбутньої системи нагляду має стати консультування органів місцевого самоврядування щодо законності проєктів їхніх актів, але лише за їхнім запитом»⁸.

Переважно адміністративний нагляд за дотриманням законності в діяльності органів місцевого самоврядування, відповідності актів місцевого самоврядування законодавству в європейських країнах здійснюють префекти, які, на відміну від української практики функціонування місцевих державних адміністрацій, не поєднують контрольні повноваження з повноваженнями з соціально-економічного розвитку територій, що мають належати до повноважень місцевого самоврядування.

⁷ Recommendation CM/Rec(2019)3 of the Committee of Ministers to member States on supervision of local authorities' activities (Adopted by the Committee of Ministers on 4 April 2019 at the 1343rd meeting of the Ministers' Deputies). URL: <https://search.coe.int/cm?i=090000168093d066>

⁸ CENTRE OF EXPERTISE FOR GOOD GOVERNANCE. Висновок до проєкту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про місцеві державні адміністрації» та деяких інших законодавчих актів України щодо реформування територіальної організації виконавчої влади в Україні» (№4298). м. Страсбург, 27 листопада 2020 р. CEGG/LEX(2020)5.

Здійснення адміністративного нагляду **не має порушувати принцип самостійності (автономності) місцевого самоврядування**, зокрема, вести до запровадження ієрархічного підпорядкування громад та їхніх органів органам державної влади, перешкоджати реалізації громадами власних публічних завдань і власних публічних інтересів, порушувати фінансову і майнову самостійність громад.

Нарешті, **між органами, що здійснюють адміністративний нагляд, і місцевим самоврядуванням має існувати дух партнерства**. Він має проявлятися у тому, що слід використовувати насамперед механізми порозуміння, позитивної взаємодії. Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи 2019 р. орієнтують на застосування адміністративних санкцій до представників органів місцевого самоврядування лише як виняток, а при виявленні протизаконних дій у рамках делегованих повноважень рекомендують домагатися виправлення ситуації, пропонувати органу місцевого самоврядування переглянути своє рішення, або передавати це питання на розгляд до компетентного суду.

Лисенко Олена Миколаївна
кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри порівняльного і європейського права
Навчально-наукового інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Принципи права та права людини

Principles of law and human rights

Принципи права (від лат. *principium* – основа, засада) – це відправні ідеї, основні засади та вимоги, що втілюють суспільні цінності та визначають зміст і спрямованість правового регулювання.

Процес гуманізації, або «олюднення» права, який особливо активно відбувається протягом останнього століття, призвів до того, що повага до людської гідності та прав людини стала фундаментальним принципом права, спрямовуючи його розвиток та зміст. Ба більше, з ухваленням Статуту Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) у 1945 р. цей принцип утвердився як один із пріоритетних принципів міжнародного права. Права людини стали універсальними, оскільки належать усім людям завдяки їхній людській природі і застосовуються до всіх та всюди. Пройшовши складний шлях становлення, принцип універсальності прав людини, хоч визнаний всіма членами ООН, водночас, в різних релігіях та культурах набуває своїх особливостей. Дослідники неодноразово звертали увагу на те, що в процесі застосування в різних правових культурах загально визнані права людини можуть набувати відмінної інтерпретації їх змісту. Особливо виразно такі відмінності проявляються у релігійних правових системах. Свідченням тому є той факт, що розуміння та зміст категорій справедливості, рівності в багатьох ісламських країнах далеко не завжди відповідають європейським уявленням. Відтак у різних правових сім'ях сформулювалися власні уявлення про зміст прав людини та стандарти їх захисту, що спричинило прийняття регіональних актів з прав людини та створення регіональних механізмів їх захисту. Тобто принцип універсальності прав людини водночас передбачає визнання плюралізму їхнього сприйняття і інтерпретації.

Окрім універсальності прав людини, можна назвати й інші, не менш важливі, принципи прав людини – це принцип невід'ємності прав людини, невідчужуваності, рівнозначності прав людини, взаємопов'язаності та взаємозалежності прав людини, невичерпності прав людини, принцип гарантованості прав людини. Серед засадничих також виділяють принципи свободи та рівності. Однак детальніше хотілося б зупинитися на принципі людської гідності.

Категорія людської гідності виникла спочатку як суто моральна та філософська ідея, проте нині вона слугує як правова цінність, основоположний принцип права, джерело прав людини та як окреме суб'єктивне право, що підлягає судовому захисту.

Про основоположний характер людської гідності свідчить той факт, що Преамбула Загальної декларації прав людини 1948 р. починається з визнання гідності: «Беручи

до уваги, що визнання гідності, яка властива всім членам людської сім'ї, і рівних та невід'ємних їх прав є основою свободи, справедливості та загального миру <...> Генеральна Асамблея проголошує цю ЗДПЛ»¹. Отже, гідність людської особистості належить не лише до основних прав людини, а й становить реальну основу фундаментальних прав, що в подальшому підтверджено в преамбулах Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права. Гідність особи визнано спільною цінністю держав – членів Європейського Союзу (далі – ЄС), що зафіксовано у ст. 2 Договору про ЄС: «Союз заснований на цінностях поваги людської гідності, свободи, демократії, рівності, правової держави і дотримання прав людини <...> Ці цінності є спільними для держав-членів...»². Хартія основних прав ЄС, ухвалена в 2000 р., починається з проголошення недоторканості людської гідності.

Гідність людини є складним поняттям, яке охоплює заборону приниження особи, її переслідування та зневажання; заборону нелюдського поводження з людиною; заборону використання людини без її згоди для наукових, медичних чи інших дослідів; захист честі особи, навіть після смерті (чи не єдине право, що підлягає захисту і після смерті), повагу до особистої сфери життя людини та право на особистісний розвиток тощо. Відомий український конституціоналіст С. Шевчук також звертає увагу на багатогранність гідності, що включає «свободу як можливість вільно діяти відповідно до власної волі; достатній життєвий рівень, який забезпечує гідне існування людини; можливість вибору в духовній та інтелектуальній сфері, можливість формування власного світогляду та духовного світу; аспект безпеки і захищеності людини від посягань та інше»³. Таке широке змістовне наповнення людської гідності свідчить про її вихідний і визначальний характер для багатьох інших прав. Саме ця ідея зафіксована у ст. 30 Конституції Польщі: «Природна і невід'ємна гідність людини є джерелом свобод і прав людини і громадянина. Вона непорушна, а повага до неї та її захист є обов'язком публічних влад». Такий підхід притаманний й для багатьох інших конституцій. Наприклад, ч. 1 ст. 1 Основного Закону ФРН 1949 р. визнає, що «гідність людини є недоторканою. Поважати та захищати її – обов'язок всієї державної влади». В аналогічний спосіб починається перший розділ Конституції Іспанії «Про основні права і обов'язки» тощо.

У Конституції України гідність людини також слугує і як засадничий принцип, і як права людини. Згідно зі ст. 3 людина та її гідність визнається найвищою цінністю, а відповідно до ст. 28 «кожен має право на повагу до його гідності».

Окрім нормативної фіксації про засадничий характер людської гідності свідчить і чисельна судова практика, вироблена Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ), Судом ЄС, національними конституційними судами та судами загальної юрисдикції. Правову позицію щодо подібного розуміння людської гідності виклав і Конституційний Суд України (далі – КСУ) у рішенні від 22 травня 2018 р. № 5-р/2018: «Людську гідність необхідно трактувати як право, гарантоване статтею 28 Конституції України, і як конституційну цінність, яка наповнює сенсом людське буття, є фундаментом для

¹ Загальна декларація прав людини. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text

² Договір про ЄС. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text

³ Станіслав Шевчук. Людська гідність у системі конституційних цінностей. *Право України*. 2018. № 9. С. 29.

усіх інших конституційних прав, мірилом визначення їх сутності та критерієм допустимості можливих обмежень таких прав»⁴.

Зразком захисту людської гідності в національному судочинстві є рішення КСУ від 16 вересня 2021 р. у справі про перегляд вироку особі, караній на довічне позбавлення волі. Кара на довічне позбавлення волі — «це ув'язнення на невизначений період часу. Вона породжує єдині в своєму роді страждання, оскільки позбавляє в'язня можливості мати визначеність у питанні свого звільнення якогось конкретного дня в майбутньому. Невизначеність такого характеру є дуже болісною для засуджених до довічного позбавлення волі без перспективи звільнення. Така невизначеність і породжує нею болісність є згубними для людської гідності»⁵. Підґрунтям формування такої правової позиції КСУ стало рішення Федерального Конституційного Суду Німеччини від 21 червня 1977 р., де Суд зазначає, що «гідне людини виконання довічного позбавлення волі може бути гарантоване лише в тому разі, якщо засуджений має конкретний і в принципі реальний шанс із часом знову отримати свободу; адже стрижень людської гідності вважатиметься порушеним у тому разі, якщо засуджений не зважаючи на розвиток його особистості буде позбавлений будь-якої надії знову набути своєї свободи»⁶.

Не менш відомим і цитованим є рішення Федерального Конституційного Суду Німеччини від 15 лютого 2006 р. щодо конституційності Закону про забезпечення безпеки повітряного руху, прийняте за конституційною скаргою особи та аналогічне рішення Конституційного Трибуналу Польщі у справі № К44/07 від 30 вересня 2008 р. щодо положення Закону «Про авіацію». Цими рішеннями відповідні закони, що дозволяли владі збивати літаки, захоплені терористами, було визнано неконституційними.

Останнім часом крізь призму людської гідності захищаються і соціальні права, покликані забезпечувати гідні умови життя. Як відомо, в деяких країнах соціальні права не відносять до категорії прав людини, а розглядають лише як наміри, або цілі держави (Швейцарія). Водночас чисельна судова практика свідчить про те, що соціальні права все більше захищаються саме через захист людської гідності.

До прикладу, можна навести одне з останніх рішень КСУ від 22 березня 2023 р. у справі щодо гарантованості пенсії, що є основним джерелом існування, не нижче прожиткового мінімуму.

Суд вказав, що «оспорювані приписи Закону України «Про виконавче провадження» і Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», якими для звернення стягнення у виконавчому провадженні встановлено допустимі розміри відрахувань у відсотковому відношенні з пенсій боржника, призводять до виплати пенсії, що є основним джерелом існування, навіть у меншому розмірі від

⁴ Рішення Конституційного Суду України від 22 травня 2018 р. № 5-п/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-18#Text>

⁵ Рішення Конституційного Суду України від 16 вересня 2021 р. № 6-п(II)/2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-21#Text>

⁶ Рішення Федерального Конституційного Суду Німеччини від 21 червня 1977 р. (BVefGE 45, 187). URL: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045187.html>

прожиткового мінімуму встановленого законом. У такий спосіб людину може бути позбавлено навіть мінімальних соціальних благ та захисту від бідності через примусове виконання рішення. Відтак, КСУ дійшов висновку, що оспорювані приписи законів є невиконанням державою свого позитивного обов'язку забезпечити мінімальний соціальний захист людини відповідно до приписів частини третьої статті 46 Конституції, що заперечує людську гідність як абсолютну цінність, нівелює сутність конституційних прав на соціальний захист та достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, отже, не відповідає приписам статей 1, 3, 8, 21, 28, 46, 48 Основного Закону⁷».

⁷ Рішення Конституційного Суду України від 22 березня 2023 р. № 3-р(II)/2023. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/003p710-23#Text>

Савчин Михайло Васильович
доктор юридичних наук, професор, директор, НДІ порівняльного
публічного права та міжнародного права, Ужгородський національний
університет, Український вільний університет (Мюнхен, ФРН)

Сутнісне «ядро» конституції та принципи права: доктрина та конституційна юриспруденція

The essential “core” of the constitution and principles of law: doctrine and constitutional jurisprudence

При внесенні змін до Конституції України існує обмеження, які полягає у неприпустимості скасування прав і свобод людини, суверенітету і територіальної цілісності України (ст. 157). Однак детальний аналіз засвідчує, що існує загалом цілісне сутнісне ядро конституційного порядку, яке навіть визначає конституційну ідентичність України. У цьому матеріалі мною буде звернено увагу на реперні точки, які потенційно порушують єдність конституційної матерії, що зумовлює витончену цілісну аргументацію у рішеннях Конституційного Суду для усунення потенційних викликів для конституційного порядку. Ключова проблема, як буде нижче наведено – полягає у доволі строкатому міксті положень класичної ліберальної демократії з елементами «спадщини» радянського / пострадянського права. Конституція спрямована на майбутнє і її ухвалення відповідає інтересам громадян, оскільки це є «найнадійнішим способом забезпечити <...> свободу, гідність і щастя»¹. Таким чином, зазначені фундаментальні принципи, які пронизують конституційний порядок, потребують своєї інтерпретації, виходячи із особливостей стану інституцій та процедур, розвитком суспільства у цілому. Важливим джерелом інтерпретації конституційного тексту за таких умов є поєднання методу *travaux préparatoires*² із динамічним тлумаченням, виходячи із ефективного досягнення двоєдиної мети конституції – обмеження влади та захисту прав людини. Власне, йде мова вже не настільки про конституційний текст як про інтерпретацію основоположних принципів права, які складають квінтесенцію розуміння конституційного ладу як такого³. Ще інший важливий аспект розуміння конституційних цінностей / принципів – екзегеза конституційного тексту, який тлумачиться у конкретно-історичному середовищі і вони не можуть зводитися до конституційного тексту як такого. Це пов'язано із особливостями стилю викладу конституційного тексту, який стисло передає певні конструкції, формулювання яких найчастіше є результатом політичного компромісу.

¹ Александер Гамільтон, Джеймс Медісон, Джон Джей. Федераліст. Коментар до Конституції Сполучених Штатів. Сфера, 2002. С. 5. Лист 1.

² Djeffal Christian Static and evolutive treaty interpretation: a functional reconstruction. Cambridge University Press, 2016.

³ Погребняк С. Основоположні принципи права. Харків: Консум, 2008; Матат А. Конституційні принципи: правнича теорія і практика. Київ: Ваіте, 2022 р.

Клаузула про непорушні цінності присутня у ст. 157 Конституції України – ревізія її не допускається у сторону скасування прав людини, ліквідації суверенітету і територіальної цілісності. Цей підхід не є оригінальним і він знайомий із зорі сучасного конституціоналізму. Зокрема, чеський науковець О. Пройс говорить так про доктрину вічних конституційних цінностей (*eternity clause*)⁴: «Положення про вічність не є матеріальним «інструментом»; це не таке юридичне правило, як надання автономії одному з регіонів країни або скасування смертного вироку з чіткими юридичними наслідками. Його мета – перевершити просту апеляцію та обмежити практичну «владу», підтримувати бажані цінності та підтримувати політичну систему, можливо, навіть зняти маску законності з насильницької революції. Але це робиться не під час руйнування системи, на межі революції, а регулярно, у політичних та правових міркуваннях, під час процесу створення нових конституційних стандартів».

Тобто йдеться про захист фундаментальних засад національного правопорядку, які пронизують конституційну матерію і визначають власне каркас національної моделі конституціоналізму⁵. Такі положення не підлягають переглядові, як це було зазначено ще у 1798 р. у Конституції Швейцарської Республіці Гельветики, згідно з яким перегляд форми правління не може мати наслідком скасування представницької демократії. Аналогічне положення сьогодні містить німецький Основний Закон, згідно з яким не допускається посягання на засади вільного демократичного порядку.

Гострим є питання, чи існує ієрархія конституційних цінностей. Є концепції, які не визнають такої ієрархії, оскільки домінуючим підходом є балансування між цінностями. Інший підхід полягає у визнанні ієрархії конституційних цінностей. Власне кажучи, це чи не ключове питання для розуміння систематики конституційних цінностей, зокрема в рамках європейської традиції права. Насправді тут ключовим моментом є юридична аргументація владних рішень, які є *per se* об'єктом судової перевірки. Залежно від життєвої ситуації виникає необхідність вибору між балансуванням серед цінностей або побудови юридичної аргументації через ієрархію цінностей. Розуміння доречності застосування таких підходів і визначає виваженість та розсудливість у діяльності конституційної юстиції, гідну демократичну легітимізацію правил через конституційну юстицію.

Зокрема, питання про ієрархію цінностей одразу виникає щодо співвідношення означених принципів конституційного порядку. Природа цих цінностей є дуальною – вони складають тло основоположних цінностей конституціоналізму та визнаються джерелом для формулювання прав людини у доктрині та юриспруденції, що має визначальний вплив на законодавство та публічне урядування. Аналізуючи основоположні конституційні принципи Конституційний Суд України (далі – КСУ) наголосив на тому, що такі, перебуваючи у взаємозв'язку, відображають фундаментальне положення конституціоналізму щодо необхідності обмеження державної влади з метою забезпечення прав і свобод людини та зобов'язують наділених державною владою суб'єктів діяти

⁴ Preuss Ondrej. Eternity Clause as a Smart Instrument – Lessons from the Czech Case Law. *Hungarian Journal of Legal Studies*. 2016. № 3 (57). P. 290.

⁵ Бокоч М. Місце і роль рішень Європейського суду з прав людини у системі джерел конституційного права: дис. ... канд. юрид. наук. Ужгород: Ужгородський національний університет, 2021. С. 84.

виключно відповідно до установлених Конституцією України цілей їх утворення⁶. КСУ визнає людську гідність цінністю найвищого порядку: «Визначення у Конституції України людини як найвищої соціальної цінності в Україні покладає обов'язок як на державу, так і на її громадян виявляти необхідну повагу до кожної людини»⁷.

Людська гідність розуміється КСУ «однією із засадничих цінностей українського конституційного ладу», яка служить витокom прав людини: «Людина є скарбом Природи, звідки й походять притаманні людині за народженням права і свободи, тобто ті, що природні»⁸. Людська гідність інтерпретується КСУ подвійно – як суб'єктивне публічне право і як конституційна цінність, тобто «як право, гарантоване ст. 28 Конституції України, і як конституційну цінність, яка наповнює сенсом людське буття, є фундаментом для усіх інших конституційних прав, мірилом визначення їх сутності та критерієм допустимості можливих обмежень таких прав»⁹. Звісно, не випадково знакова подія – Революція Гідності виражає одну із рис української конституційної ідентичності – традицію віче, тобто демократичної підзвітності і підконтрольності влади, зокрема через спротив тиранії.

Це впливає із загального розуміння природи основоположних конституційних цінностей, які мають дуальну природу як фундаментальних приписів, що пронизують правову систему і є універсаліями, а також слугує суб'єктивним публічним правом як можливість визначити міру доступу до певних матеріальних і духовних благ або вимагати неприпустимості свавільного втручання у їх здійснення. Згідно із суддею КСУ О. Гришук цінності й оцінки мають регулятивне значення у правовій свідомості, де правові норми набувають значення цінностей і також стають об'єктом оцінки; ціннісного характеру набувають і охоплені правом вчинки людей, їх правова поведінка¹⁰. Виникає запитання: яким саме чином давати оцінку оцінним категоріям, якими власне виступають і конституційні цінності, зокрема гідність, свобода, рівність та верховенство права?

Оскільки принцип пропорційності як складник верховенства права також є оцінною категорією, така потребує доречної методи балансування, яка ґрунтується на чеснотах особи, що здійснює таке балансування та обґрунтування рішення. За такого підходу балансування між цінностями виводиться із поля довільної спекуляції, оскільки аргументація здійснюється цілісним індивідом, наділеного певними чеснотами. Інакше кажучи, цінність людської гідності є відкритою правовою категорією, яка наповнюється змістом, виходячи із якісних характеристик індивіда як цілісної особистості (*individual integrity*). Звідси вимога доброчесності для посадовців та суддів є похідною категорією, яка включає в себе ділові і моральні якості, компетентності та професійні здатності, зокрема людяність, справедливість, відважність, толерантність, милосердя тощо. Якщо говорити про людську гідність як основоположну цінність, то вона охоплює самовизначення, самовираження та вільний

⁶ РКС 5-р/2019, 3.1 (5) (тут РКС означає рішення Конституційного Суду України, далі йде номер рішення, за слешом рік його ухвалення, потім пункт і абзац рішення (останні чогось Судом не нумеруються, що є незручно)).

⁷ РКС 8-р/2018, 2 (4).

⁸ РКС 6-р(II)/2021, 2.1 (2).

⁹ РКС 5-р(II)2022, 3.2 (2).

¹⁰ Гришук О. Філософія конституційних цінностей. Київ: Ваіте, 2019. С. 32.

розвиток індивіда; людська гідність зачіпається істотно, якщо людина змушена істотно змінювати свої життєві стратегії у разі зовнішнього впливу на будь-який із цих її складників.

Коли йдеться про ядро конституційного порядку, як правило, мається на увазі легітимність внесення змін до конституції і неприпустимість прийняття законів, які порушують основоположні конституційні цінності та викривлюють їх сутність. З цього приводу Г. Голмаї пише: *«Обмеження поправок до конституції захищає суверенітет народу, особливо у випадках, коли до конституції легко вносити зміни. Одне з найважливіших питань, що стосуються меж суверенітету щодо прийняття конституції, є питання про те, чи існують якісь межі для конституційних змін»*¹¹.

Якщо екстраполювати це на особливості змішаної концепції внесення змін до Конституції України, то існують певні запобіжники, які певним чином працюють, хоча не зовсім ефективно. З цього приводу Р. Альберт говорить, що концепція вічних цінностей, які не підлягають конституційному перегляду «охолоджують конституційний дискурс», оскільки такі «обмежують всесвіт конституційних можливостей, відриті для народу»¹². На противагу цьому Дж. Ролз наголошує, що Перша поправка до Конституції США протягом двох століть підтвердила успішну історичну практику обмежень того, що може вважатися поправкою до Конституції¹³. Таким чином, дискусія між прибічниками та противниками підходу захисту конституційних цінностей, які складають сутнісне ядро конституційного порядку, лежить у площині практичного застосування конституційних положень у світлі цілей конституції. Такими цілями на сьогодні є раціоналізація влади, зокрема через обмеження суверенітету, яка покликана у своїй діяльності забезпечити захист людських прав. Прикладом невдалого підходу була позиція КСУ при перевірці конституційного закону, яким було скасовано депутатських імунітет¹⁴ (який слід було обмежити до функціонального), хоча це посягало на сутнісний зміст свободи політичної діяльності парламентаріїв, принцип республіканізму (депутати представляють волю народу) та засади їх відповідальності (які мають мати юридичні підстави).

Зі свого боку конституційна державність є інтегрованим показником, яка визначає синергію принципів правової, демократичної і соціальної держави. У світлі основоположного конституційного рішення про зв'язаність держави правами людини ці принципи визначають певні мінімальні стандарти функціонування держави і накладають на неї обов'язки захисту. З точки зору суверенітету конституційна демократія виражається у широкому сенсі як правління громадян, а у вузькому – як правила прийняття рішень задля досягнення загального блага¹⁵. Стоїть питання, як вони інтегруються з точки зору засад конституціоналізму і які мінімальні стандарти функціонування державності впливають із конституційних приписів, оскільки ні з доктринального підходу, ні з точки

¹¹ Halmai G. Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspectives. XX Wake Forest Law Review. 2016. P. 102.

¹² Richard Albert, Counterconstitutionalism (2008) 31 Dalhousie Law Journal L.J. 47–48.

¹³ Rawls J. Political Liberalism / 2nd ed. Columbia University Press, 1996. P. 239.

¹⁴ ВКС 2-в/2018. Застереження в абзацах 6 і 8 п. 3.1 цього висновку щодо доцільності збереження функціонального імунітету є недостатнім у світлі захисту суверенітету і людських права згідно зі ст. 157 Конституції України.

¹⁵ Шайо А., Уитц Р. Конституція свободи. Институт права и публичной политики, 2021. С. 127–128.

зору конституційної юриспруденції тут не може бути «невизначеності змісту»¹⁶ — це якраз завдання як доктрини, так і юриспруденції. Виходячи із мінімальних стандартів функціонування держави як конституційної, тут також буде з'ясовано підвали розуміння інституційної спроможності держави, про що детальніше буде йти мова у розділі 4, виходячи із обов'язку захисту держави основоположних прав.

В основі конституційної державності лежить фундаментальна вимога — обмеження влади як запобіжник свавілля та засіб раціоналізації її організації з огляду на обмеженість ресурсів. Звідси, необхідність визначенням параметрів діяльності держави в умовах обмеженості ресурсів, визначення ступеня її втручання у процес алокації (накопичення і розподілу) ресурсів, вирішення дилеми свободи і безпеки в умовах зовнішньої загрози чи акту агресії або при інших екстраординарних ситуаціях. Власне, концепт конституційної державності дає відповідь на питання: 1) як формулюються, відтворюються та трансформуються правила, які обмежують владу; 2) як залучені до цього процесу люди, якими вони якостями при цьому наділені і яким чином вони визначають параметри діяльності публічної влади; 3) яким чином забезпечується справедлива алокація ресурсів і як захищаються вразливі за становищем люди.

Принцип республіканізму (стаття 5(1) Конституції) тісно пов'язаний із інституційно спроможною державністю. Дилема монархії та республіки сьогодні знімається, оскільки в доктрині визнається, що династичний принцип урядування попри його харизматичну природу базується на демократичній легітиматії, тобто певна династія має правити в інтересах народу. Певна річ, що йдеться про систему урядування, яка спирається на принципи і цінності конституціоналізму. При цьому в ролі основоположної мети має служити ідея репрезентативності волі народу та збалансування інститутів влади задля запобігання узурпації влади та забезпечення ефективної діяльності уряду.

У конституційній доктрині України доволі поширеною є думка про найбільш збалансований підхід у закріпленні семіпрезидентіалізму, у системі координат яких саме президент відіграє вирішальну роль у взаємодії інститутів влади, оскільки Україна схильна до авторитарної традиції та небезпеки переходу до парламентаризму в умовах слабкої структурованості політичної системи як «деструктивний (і неможливий)»¹⁷. С. Серьогіна виділяє збалансовані і відносно збалансовані форми правління, на які впливають дифузія і дисперсія між інститутами влади, які зазнали своєї еволюції під час незалежності України¹⁸. Авторка доходить висновку, що існує тенденція зникнення «чистих» форм правління та поширення різного роду «змішаних»¹⁹. Натомість Т. Сіделіус і Й. Лінде, використовуючи багатофакторні параметри (*Freedom House/Polity IV, Polity IV, Economist Index, Executive constrain; Government effectiveness, Corruption Perception Index, Human Development Index, Empowerment Rights Index*) виділяє парламентські, прем'єр-президентіалістські, президент-

¹⁶ Конституція України. Науково-практичний коментар / ред. В. Я. Тацій, О. В. Петришин; 2-ге вид. Харків: Право 2011. С. 11.

¹⁷ Мартинюк Р. С. Критерії та чинники вибору форми правління в Україні. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія «Право». 2012. № 2(6). С. 3–4.

¹⁸ Серьогіна С. Г. Форма правління в Україні: конституційно-правовий аспект: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. / Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Харків, 2013. С. 12, 24–39.

¹⁹ Там само. С. 28.

парламентські та президентські форми правління та знаходить кореляцію між цими параметрами та моделями урядування²⁰. Правда, така класифікація побудована на врахуванні досліджень Шугарта та Кері стосовно виділення прем'єр-президенталізму та президент-парламентаризму²¹.

Українська модель семіпрезиденталізму надає доволі широкі можливості становлення суперпрезиденталізму. За цієї системи, якщо у Верховній Раді складається більшість, що підтримує політичний курс Президента, то у цих процедурах домінує Президент. Якщо при цьому слабка парламентська опозиція, то вона може лише спиратися на незалежну позицію Конституційного Суду у разі, якщо більшість ігноруватиме інтереси меншості при ухваленні рішень чи навіть намагатиметься їх маргіналізувати. У силу зростання тренду до діяльності партій популістського спрямування, які не мають визначеної організаційної структури, таке правління дрейфує до певної моделі делегативної демократії²², що притаманно суперпрезиденталізму. Все це склалося на фоні кризи масових політичних партій, зокрема: 1) невиконання українськими партіями своєї основної конституційної функції сприяння у формуванні та вираженні політичної волі народу; 2) кризи масових політичних рухів, що зумовлено зміною структури зайнятості та поширення популізму і радикалізму у політиці; 3) диджиталізації права, що призвела до змін характеру виборчих кампаній, що істотно впливає на народне представництво та діяльність партій.

Семіпрезиденталізм нагадує своєрідний агрегатний стан ртуті. Ця система урядування є динамічною та виражає квінтесенцію розуміння конституційного права як політичного. Головними параметрами семіпрезиденталізму є: 1) ступінь впливу президента на процес формування уряду; 2) наскільки президент враховує співвідношення політичних сил у парламенті; 3) ступінь впливу економічних кіл та регіональні еліти на стан політичної системи; 4) якість законодавчого процесу; 5) механізми підзвітності і підконтрольності уряду перед парламентом.

Громадянство має пряме відношення до конституційної ідентичності, а саме індивідуальної ідентичності. Інший зріз медалі – це питання біженців, притулку, апатридів тощо. Є ще один зріз громадянства, який не прослідковується ні в ст. 4 Конституції, в якій ідеться, власне, про громадянство, ні в розділі про права людини – біженців, шукачів притулку, апатридів та вирішення колізій при пограничних ситуаціях, пов'язаних із заборонаю тортур та смертною карою при екстрадиції. Вказана проблематика певним чином прослідковується у практиці загальних судів, а також у літературі з компаративного конституційного права. Ще одним аспектом громадянства є конституційна гарантія захисту прав українців, які проживають за межами держави. Це також можна розглядати через мережецентричність самоорганізації українців, яка проявилася яскраво з моменту Революції Гідності і набуває нового значення після поновлення руссо-української війни з 20 лютого 2014 р. Потребує доктринального

²⁰ Sedelius Th., Linde J. Unravelling semi-presidentialism: democracy and government performance in four distinct regime types. *Democratization*. 2018. № 25 (1). P. 136–157.

²¹ Shugart, Matthew S., and John M. Carey. *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge University Press 1992. P. 23–24.

²² За постулатами делегативної демократії політичний лідер нації є втіленням справедливості і верховним арбітром при вирішенні стратегічних напрямків розвитку суспільства. O'Donnell A. Guillermo. *Bureaucratic Authoritarianism: Argentina 1966–1973. Comparative Perspective*. University of California Press, 1988. P. 60–61.

вирішення питання щодо можливості голосування на виборах українців, які проживають за кордоном та забезпечення їх прав на національну ідентичність.

Питання громадянства у широкому сенсі для інституційної спроможності держави як простору безпеки для своїх громадян набуває нових смислових відтінків в умовах воєнного стану. Ключовою проблемою тут є забезпечення прав вимушених переселенців, які покинули своє постійне місце проживання внаслідок військового конфлікту. Іншим аспектом цієї проблеми є збереження мобільності громадян і запровадження пропорційних заходів щодо обмеження свободи пересування, щоб такі не мали негативних наслідків для забезпечення успішної відсічі агресора та реалізації громадянами своїх прав від права на захист Вітчизни до свободи економічної діяльності чи академічних свобод. Оскільки право притулку в Україні переважно має орієнтуватися на мінімальні стандарти, закладені міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надана Україною, то тут також слід послуговуватися конституційними засадами свободи та запобігання дискримінації.

Дослідження співвідношення *eternally values* та ядра конституційного порядку засвідчує, що воно полягає у тому, наскільки ефективно досягаються конституційні цілі щодо раціональної організації публічної влади, яка покликана забезпечити вільний розвиток індивіда. Якщо американська модель вбачає це через суспільно-політичні дебати, які захищені першою поправкою до Конституції і скеровують насамперед на практичну придатність щодо досягнення конституційних цілей, то континентальна модель є дуалістичною, оскільки чимало конституцій містять застереження про певні цінності, які не підлягають перегляду. Тоді виникає небезпека посягання на відкритість конституційного універсуму за сухими формулами конституційного тексту. З цієї точки зору питання захисту конституційних цінностей мають лежати у площині розвитку конституційної демократії, а не її стримування, що забезпечується цілісним тлумаченням конституції. Наприклад, принцип суверенітету має бути зв'язаний захистом прав людини і підзвітністю та підконтрольністю інститутів влади.

*Сьох Катерина Ярославівна
кандидатка юридичних наук, доцентка, завідувачка кафедри
конституційного права та прав людини
Національної академії внутрішніх справ*

Дотримання принципу верховенства права при імплементації норм права Європейського Союзу у національне законодавство України

Compliance the principle of the rule of law in the implementation of European Union law in the national legislation of Ukraine

Принцип верховенства права є одним з основоположних принципів конституціоналізму та посідає провідне місце у правовій системі Європейського Союзу (далі – ЄС).

Правова система ЄС загалом, як і його держав-членів, заснована на принципі верховенства права, що передбачає додержання таких складових: обмеження державної влади народом; дотримання принципу рівності громадян перед законом; реальність принципу основоположних прав і свобод людини; наявність ефективного і передбачуваного правосуддя; додержання законності і правопорядку в суспільстві.

Досліджуючи принцип верховенства права ЄС, можна зазначити, що він має перевагу у застосуванні норм права ЄС перед національним правом держав – членів ЄС, тобто має статус наднаціонального права. Такого висновку можна дійти, аналізуючи практику Суду ЄС. Наприклад, у 1964 р. він ухвалив рішення у справі 6/64 *Costa v. ENEL*¹. У ньому зазначено, що, приєднуючись до ЄС, держави-члени погодилися, що буде створено окремий правопорядок, який стане частиною правових систем держав-членів. Передаючи частину прав та обов'язків Співтовариству, держави погодилися на обмеження своїх суверенних прав. Судом наголошено на дотриманні принципу верховенстві права ЄС державами – членами ЄС. Недотримання верховенства права ЄС призведе до його неоднакового застосування у державах-членах, незабезпечення балансу між правами та обов'язками держав, що виникають із їх членства у ЄС.

У 70-х роках національні суди країн тогочасного Європейського Співтовариства намагалися відстояти верховенство національного права, ухвалюючи рішення, але вони не принесли результату. Як писав А. Лазовскі у статті «Верховенство права Європейського Союзу: юридична авантюра, що окупилася»: «...оголосити тодішній закон ЄЕС вищим за національні закони, <...> було судовою азартною грою. Це могло призвести до негативних наслідків і до ослаблення Суду ЄС вже в перші роки інтеграції. Ця гра могла б змістити центр тяжіння від права до політичної співпраці.

¹ Case 6/64, *Flamino Costa v. E.N.E.L.* II European Court Reports. 1964. P. 585. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0006>

Але, по суті, нічого з переліченого вище не сталося. Доктрина першості була, безсумнівно, гіркою пігулкою для держав-членів, але, загалом кажучи, у 2019 р. це – загальноприйнятий принцип права ЄС. У цьому сенсі судова азартна гра окупилася»². Дійсно, це було рішення дуже ризикове, але, на нашу думку, саме така позиція ЄС є важелем у єдності між державами – учасницями ЄС та виконанні своїх зобов'язань.

На сьогодні це відображено у Додатку 17 до Лісабонської угоди. Додаток передбачає нормативно-правове наближення між Сторонами у таких секторах послуг: фінансові, телекомунікаційні, поштові та кур'єрські, послуги з міжнародних морських перевезень тощо. Відповідно до ст. 2 Додатку зазначено, що Положення законодавчих актів ЄС мають стати частиною національного законодавства України таким чином: (а) якщо законодавчий акт є Регламентом або Рішенням ЄС, то він повинен стати частиною національного законодавства України; (б) якщо законодавчий акт є Директивою ЄС, то за компетентними органами України залишається право вибору форми та способу його імплементації. Отже, не будучи ще державою – членом ЄС Україна вже повинна імплементувати норми права ЄС у повному їх значенні для дотримання принципу верховенства права ЄС³.

Принцип верховенства права, у розумінні ЄС, стосується всіх норм національного законодавства держав, незалежно від їхньої ієрархії джерел права, зокрема і конституційних норм. Отже, одним з найбільших викликів перед новими членами на вступ до ЄС є визначення взаємних відносин між правом ЄС та національним законодавством і у гармонії їх поєднання. Внаслідок такого поєднання нерідко виникають колізії норм. Для вирішення таких конфліктів у державах – членах ЄС застосовується принцип верховенства права ЄС, тобто встановлюється пріоритетність права ЄС над національним. До такого висновку можна дійти, аналізуючи практику Суду ЄС.

Підписавши у 2014 р. Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, та інших договорів з ЄС (далі – Угода)⁴, Україна активно почала адаптацію національного законодавства до права ЄС та проведення реформ у всіх важливих сферах суспільного життя країни. Для виконання умов Угоди Україна змінює національне законодавство, імплементуючи норми права ЄС.

Членство в ЄС неможливе без імплементації приписів європейського права. Ця вимога закріплена Європейською Радою у Копенгагенських і Мадридських критеріях щодо членства в ЄС. При цьому слід відзначити, що правопорядок кожної держави – члена ЄС є по-своєму унікальним і супроводжується індивідуальним підходом у процесі імплементації норм ЄС. Країни не повинні порушувати власні принципи розвитку та конституційного ладу, імплементуючи міжнародні норми у національне законодавство, водночас членство в ЄС вимагає, щоб національне законодавство відповідало європейському праву.

² Лазовскі А. Верховенство права Європейського Союзу: юридична авантюра, що окупилася. URL: file:///C:/Users/admin/Downloads/article-pravoukr-pravo_2019_6-2019-6-pravo_2019_6-s2.pdf

³ Додаток XVII нормативно-правове наближення. URL: https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/ugoda-pro-asociaciyu/17_Annexes.pdf

⁴ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

Слід зазначити, що імплементація – це правотворчий процес перенесення та втілення правових норм із міжнародно-правових актів до національного законодавства за допомогою правових механізмів⁵. Тобто при здійсненні імплементації норма права ЄС має відобразитися у національному законодавстві України таким чином, щоб не порушився принцип верховенства права ЄС.

Відповідно до ст. 8 Конституції України в Україні Основний Закон має найвищу юридичну силу, закони та інші нормативно-правові акти ухвалюються на її основі і повинні відповідати їй. У статті 9 зазначається, що укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України, як бачимо, тут знову надається пріоритетність Конституції. З огляду на наведені норми, в Україні чітко зазначено, що міжнародні норми мають відповідати Конституції України. Отже, імплементуючи норми права ЄС, законодавець має брати за пріоритет норму Конституції України.

Водночас Суд ЄС, який має юрисдикцію тлумачення норм права ЄС, встановив, що невідповідність національного законодавства первинному праву ЄС може призводити до автоматичного його незастосування та запобігання ухваленню нових національних законів, які б були невідповідні нормам права ЄС. Такі висновки призвели до підвищення ефективності всієї правової системи ЄС та допомогли виконанню державами-членами своїх зобов'язань у межах Союзу. Отже, слід констатувати, що при імплементації норм права ЄС держава має передусім спиратися на принцип верховенства права ЄС.

Оскільки Україна підписала Угоду та взяла на себе зобов'язання дотримуватися її виконання, при імплементації норм права ЄС законодавець України зобов'язаний дотримуватися принципу верховенства права ЄС. Водночас практика показує, що у процесі імплементації норм права ЄС у національне законодавство, іноді держави наполягають на власних цінностях і це розцінюється ЄС як порушення принципу верховенства права.

⁵ Сьох К. Я., Гультай М. М. Імплементація нормативно-правових актів Європейського Союзу у національне законодавство України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 6. С. 82–84. URL: http://www.lsej.org.ua/6_2022/18.pdf

Цельєв Нікіта Олексійович
*аспірант кафедри загальнотеоретичного правознавства
та публічного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

Поняття економічних свобод і способи їх захисту

Concept of economic freedoms and methods of their protection

Питання, пов'язані зі свободою людини та її межами, завжди турбували багатьох філософів, правників та економістів. Починаючи з античності, питання свободи посідало одне з чільних місць у працях Аристотеля і Платона. Їхні ідеї знайшли своє відображення у працях Е. Канта, Дж. Лока та Ф. Гаєка. Таку зацікавленість цим феноменом, на нашу думку, можна пояснити так: свобода являє собою радше не право чи привілей діяти за власним бажанням, а є підґрунтям людського буття, основоположною цінністю, яку людина на підсвідомому рівні намагається захистити від посягань і розвинути до максимально можливого рівня.

Зважаючи на багатогранність людської життєдіяльності, ми можемо виділяти різні види свобод: громадянську, політичну, особисту, економічну тощо. Не варто розуміти, що різні види свобод є незалежними одна від одної. Навпаки, кожна є взаємопов'язаною та такою, що впливає з попередньої, а всі разом із загального феномену свободи. На нашу думку, особливої уваги заслуговує економічна свобода людини, а точніше свободи та їхні складові, оскільки вважаємо, що від широти спектру таких свобод і можливості їх реалізації та захисту напряду залежить рівень розвитку та добробуту суспільства.

Свобода — це здатність людини мати свої погляди, переконання, діяти відповідно до них і не бути залежним від таких поглядів та переконань інших. Людина народжується вільною і в процесі своєї соціалізації, комунікації з іншими як розвиває навички свobodного життя, так і обмежує його. У науковій літературі свобода як властивість і як цінність визначаються по-різному. Наприклад, свобода — це природний стан людини, за якого вона чинить певні діяння (дію чи бездіяльність) відповідно до своєї волі, бажання та внутрішнього переконання¹.

Один із визначних філософів-економістів Ф. Гаєк зауважував, що стан свободи — це стан взаємин між людьми, коли примус одних супроти інших буде мінімальний².

Зазначена вище теза якнайкраще розкривається у практичній площині, через пошук необхідної межі такого примусу в думках деяких суддів Конституційного Суду України (далі — КСУ) та Верховного суду США.

¹ Ярмол Л. В., Вандьо С. Поняття, значення свободи та її взаємозв'язок із правом. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: Юридичні науки. 2015. № 825. С. 252–257. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2015_825_43

² Гаєк Ф. А. Конституція свободи / пер. з англ. М. Олійник та А. Королишина. Львів: Літопис, 2002. 556 с.

До прикладу, у пп. 2.1 п. 2 рішення від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016 КСУ зазначає, що обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідувати легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи і не порушувати сутнісний зміст такого права³.

У справі *Henning Jacobs Plff. in Err., v. Commonwealth of Massachusetts* Верховний суд США, зокрема, зауважує, що свобода, гарантована Конституцією Сполучених Штатів кожній людині, яка перебуває під їхньою юрисдикцією, не означає, що кожна людина має абсолютне право на повну свободу від обмежень у будь-який час і за будь-яких обставин. Так, існує безліч обмежень, яким кожна людина обов'язково підлягає заради загального блага. На будь-якій іншій основі організоване суспільство не могло б існувати безпечно для своїх членів. Суспільство, засноване на правилі, що кожен сам собі закон, незабаром зіткнулося б із безладом і анархією⁴.

Для визначення меж свободи і подальшого розуміння її захисту в правовому полі в межах цього дослідження вважаємо необхідним спершу визначити, що собою являє економічна свобода та які її правові ознаки.

Різні сфери життєдіяльності людини зумовлюють різні прояви свободи. Зокрема, виділяють фізичну, інтелектуальну, політичну, економічну та інші види свобод. Від ступеня забезпеченості кожної зі свобод у відповідних сферах людської життєдіяльності залежить рівень успіху чи його відсутності у людини.

Наведений перелік проявів свободи не є вичерпним. Для цілей нашого дослідження обрано економічну свободу як підґрунтя людини у суспільстві до вчинення економічних дій. Вказана свобода та її властивості є предметом дослідження різних наук.

У межах економічної науки економічна свобода розглядається, зокрема, як індикатор ринковості економіки і визначається через відсутність урядового втручання або перешкоджання виробництву, розподілу і споживанню товарів і послуг, за винятком необхідного захисту і підтримки такої свободи. Інакше кажучи, визначається у межах економічної науки як самостійний і певною мірою базовий феномен. Це певний фундаментальний стан економічних відносин, щодо якого держава є факультативним елементом, який може звужувати таку свободу. При цьому сама свобода не є результатом діяльності держави⁵.

З іншої точки зору економічну свободу розглядає О. Глинянська, зауважуючи, що за аксіологічним підходом економічна свобода є фундаментальною засадою реалізації

³ Рішення Конституційного Суду України від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/1858>

⁴ *Henning Jacobson, plff. in err. v. Commonwealth of Massachusetts*. URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/197/11>

⁵ Моїсеєнко Ю. М. Актуальні напрями впливу держави та права на економічну свободу та права підприємців (національний та міжнародні аспекти). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 10. С. 186–190. URL: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-10/44>

функцій держави в економічній сфері, яка має враховувати наявні структури, процедури і правила, щодо яких склався суспільний договір і вони потребують своєї демократичної легітимації. Наявність розриву між економічними структурами, процедурами і правилами та станом правового регулювання свідчать про існування лише номінальної (декларованої) економічної свободи, тобто про її відсутність або лише фрагментарні прояви⁶.

Не можна погодитися з вказаним твердженням у частині звуження аксіологічного розуміння свободи виключно до державного функціоналу, проте уваги заслуговує згадка про явний зв'язок економічної свободи з правовим регулюванням.

Так, дійсно уявити реалізацію економічної свободи виключно за межами правового регулювання неможливо. Однак і частина права як регулятора цієї свободи, порівняно з іншими соціальними регуляторами, є достатньо дискусійною категорією. Відповідно, ця дискусія не може відбутися без включення економічної свободи в один із предметів вивчення правової науки.

Так, на думку Ю. Моїсеєнко, у забезпеченні економічної свободи право слугує певною мірою факультативним фактором відносно неї, засобом впливу на таку свободу. Проте його значення не слід недооцінювати. Зв'язок права та економічної свободи в цьому сенсі є набагато міцнішим, ніж може здаватися. Більш чітко це демонструє характером впливу права на економічну свободу, який може здійснюватися за допомогою декількох форм. Такими формами є забезпечення і стимулювання. В окремо форму слід також виділити функцію правового захисту економічної свободи, яка здійснюється різними засобами та інститутами як державного, так і недержавного походження. Докладніше види цих засобів та їхні характеристики будуть розкриті нижче.

У межах зазначеної статті автор розглядає економічну свободу у вузькому та широкому значеннях. У широкому значенні така свобода реалізується через можливість і здатність індивідів набувати певних економічних благ завдяки їхньому створенню або обміну на інші блага. У вузькому значенні економічною свободою володіє суб'єкт підприємницької діяльності; вона полягає у свободі вибору її напряму та способу реалізації, інакше – свобода економічної діяльності.

Продовжуючи цю тезу, варто додати, що у вузькому розумінні економічну свободу слід розглядати не тільки з суто бізнесової точки зору, оскільки людина так само вільна обрати шлях бути найманим працівником і саме в такий спосіб набувати й обмінюватися економічними благами, а не тільки завдяки здійсненню підприємницької діяльності.

У сучасному світі економічна свобода не існує сама собою, виключно як воля особи, ця свобода тісно інкорпорована в правову матерію. Залежно від типу праворозуміння погляди на цей взаємозв'язок також різняться від суворої позитивістської регламентації до природної свободи, обмеженої тільки аналогічною свободою іншого економічного актора. Практичне ж втілення таких підходів, або краще сказати – комбінації таких підходів, не складно побачити на економічних показниках країн і їхнього місця в рейтингу світових економік.

⁶ Глинянська О. Економічна свобода: сутність та стан в Україні. *Проблеми законності*. 2014. № 125. С. 82–90.

Відповідно, враховуючи наше соціалістичне минуле та сучасний рівень нормативної зарегульованості правовідносин в економічній сфері, питання дослідження економічної свободи з правової точки зору є достатньо актуальним. Без досягнення справедливого балансу інтересів держави й особи в правовому регулюванні і захисті економічної свободи прогрес в її практичній реалізації неможливий. Крім того, є ще один важливий правовий аспект економічної свободи в умовах ринкової системи, а саме породжена нею соціальна нерівність. Проте цей феномен не є предметом нашого дослідження.

Для визначення базових складових економічної свободи та способів їхнього захисту слід звернутися до існуючих інституцій, що вимірюють економічну свободу, а саме: *Heritage Foundation* у партнерстві з *Wall Street Journal* та *Fraser Institute*. Ці дослідження публікуються під назвами *Index of Economic Freedom (IEF)* та *Economic Freedom of the World (EFW)* відповідно.

Вони є мультидисциплінарними та намагаються охопити якомога ширший спектр проявів економічної свободи. Обидва дослідження, при визначенні рівня економічної свободи, опираються на критерії прояву економічної свободи в житті суспільства, якому дається певна оцінка. Критерії залежно від їхніх особливостей об'єднані в категорії. *IEF* має чотири категорії критеріїв, тоді як *EFW* п'ять. Порівнюючи розподіл критеріїв визначення рівня економічної свободи слід зазначити, що обидва дослідження виокремлюють необхідність визначення розміру держави та мають однойменну категорію критеріїв. Категорія *EFW* «Правова система та права власності» об'єднує в собі критерії, пов'язані з ефективністю судової системи, незалежністю владних інституцій та захистом прав і свобод громадян. натомість *IEF* виділяє схожі критерії в категорію «Верховенство права», що, на нашу думку, є більш влучним визначенням характеру принципів, що лежать в основі забезпечення економічної свободи з правової точки зору. Наступні категорії досліджень фокусують свою увагу на визначенні рівня свободи міжнародної торгівлі, ефективності регуляторної політики, а *EFW* окремо виділяє необхідність підтримання стабільності валюти як окрему категорію показників економічної свободи.

Перед більш детальним описом критеріїв економічної свободи правового характеру, вважаємо за необхідне коротко описати вплив інших категорій на формування рівня економічної свободи на думку Інституту Фразер для більш комплексного розуміння цього феномену.

Під розміром держави розуміється кореляція державних витрат і власності, що перебуває в управлінні держави, та рівні економічної свободи громадянина, адже кожна витрата зі сторони держави фінансується або з поточного оподаткування, або з майбутнього, або з інфляції, що фактично є експропріацією економічних ресурсів громадян.

Зв'язок стабільної валюти з економічною свободою людини пояснюється тим, що у випадку різкої інфляції втрачають гроші ті хто, їх заощаджував, а в умовах різкої дефляції їх втрачають позичальники. Тому стабільна валюта дає змогу ширшому колу людей зберігати свої економічні блага та вільно прогнозувати свої майбутні дії з ними.

Визначаючи рівень регулювання в країні, мається на увазі складність отримання дозвільних документів щодо початку ведення підприємницької діяльності, ліцензування та

норм і правил взаємодії з іншими учасниками економічних транзакцій. Чим оптимальніше збалансоване регулювання ведення економічної активності індивіда, тим більший рівень економічної свободи⁷.

Загалом за *IEF* оцінюються 12 показників: права власності, ефективність судочинства, чесність уряду, податковий тягар, державні витрати, фіскальне здоров'я, свобода бізнесу, свобода праці, монетарна свобода, свобода торгівлі, свобода інвестицій, фінансова свобода. Тоді як *EFW* бере до уваги 25 основних критеріїв, більшість з яких мають ще більш детальний розподіл на компоненти.

Кожна категорія в обох дослідженнях розбивається на більш вузькі детермінанти. З міркувань збереження фокусу уваги на правовому характері теми дослідження вважаємо за необхідне акцентувати увагу саме на правових критеріях, проте варто зауважити, що інші критерії також мають зв'язок з правовим регулюванням, тільки більш слабкий. Категорія «Правова система та права власності» за *EFW* має вісім критеріїв: незалежність суду, цілісність правової системи, неупереджені суди, контракти, права власності, нерухоме майно, військове втручання, поліція та злочинність. Тоді як розділ «Верховенство права» дослідження *IEF* має тільки три критерії: права власності, судова ефективність і чесність уряду.

Узагальнюючи, правовий характер економічної свободи в обох дослідженнях проявляється через оцінку ефективності судової системи та її рівень неупередженості й незалежності, рівень захисту приватної власності, зокрема і через забезпечення виконання контрактних зобов'язань, на чому *EFW* робить особливий акцент, а також через оцінку дій уряду в особі різноманітних інституцій, будь-то органи виконавчої влади чи правоохоронної системи, через аналіз дотримання ними встановлених процедур і політик та інших дій, що можуть безпідставно обмежувати рівень економічної свободи людини або недостатньою мірою її захищати.

Перелічені елементи, що входять до оцінки економічних свобод в обох дослідженнях, дають нам підстави вважати, що правове забезпечення багатьох сфер економічної діяльності людини в суспільстві напряду впливає на загальний рівень економічної свободи в тій чи іншій країні. Так, вважаємо за необхідне провести паралелі між зазначеними правовими критеріями рівня економічної свободи та їхнім нормативним забезпеченням у національному законодавстві, зокрема в Конституції України.

Так, Основним Законом визначено роль власності у житті суспільства (ч. 3 ст. 13); економічну багатоманітність (ст. 15), що зі свого боку створює підґрунтя для впровадження елементів соціального регулювання, що притаманне відкритим ринковим взаємовідносинам; ст. 42 декларує свободу підприємницької діяльності та захист конкуренції в такій діяльності; ст. 36 передбачає свободу людей до об'єднання в організації з метою задоволення власних економічних інтересів (юридичні особи різних форм управління та власності та профспілки з метою захисту соціоекономічних

⁷ Economic Freedom of the World: 2022 Annual Report, James Gwartney, Robert Lawson, Joshua Hall, and Ryan Murphy; with Simeon Djankov and Fred McMahon. URL: <https://www.fraserinstitute.org/studies/economic-freedom-of-the-world-2022-annual-report>

інтересів). Але найголовніше, на нашу думку, це статті 3 та 8 Конституції України, якими закріплено мету діяльності держави як захист прав і свобод людини, а також дієвість в Україні принципу верховенства права. Ці дві статті дають можливість правового захисту практично всіх названих вище компонентів економічної свободи.

В умовах реального світу економічні свободи потребують захисту як від посягань інших учасників економічних відносин, так і від перевищення владних повноважень представниками державних органів. Проаналізувати особливості правового захисту всіх економічних свобод у межах одного дослідження неможливо, тому в цій статті увага буде зосереджена на дослідженні правового захисту людини та її власності.

Ведучи мову про правовий захист людини та її власності, варто наголосити на тому, що для його забезпечення недостатньо декларативного закріплення тих чи інших прав особи на нормативному рівні, незважаючи на те, що саме таке закріплення є фундаментом для побудови системи правового захисту.

На думку М. Савенка, систему правового захисту можна розуміти як широко, так і вузько. У широкому значенні система правового захисту – це сукупність засобів і чинників, до визначають засади регулювання правового статусу особи, механізм реалізації та захисту прав і свобод, їх забезпечення державою, адаптованість національного законодавства з прав людини до міжнародного. У вузькому значенні – це діяльність правозахисних органів, дії самої особи, спрямовані на попередження порушених прав та відновлення порушеного права⁸.

Продовжуючи думку щодо звуженого підходу до розуміння правового захисту людини, варто зазначити, що такий захист не обмежуються державними правозахисними органами, а також включає інститути громадянського суспільства, такі як профспілки, асоціації, арбітражи тощо. Це дуже важливі аспекти, які відбивають сутність економічної свободи, яка здійснюється за допомогою різних соціальних регуляторів, правових, звичаєвих, корпоративних тощо. Ці та інші альтернативні моделі захисту людини та її власності будуть описані нижче.

На думку автора, важливими аспектами розуміння правої системи захисту людини є матеріальне та процесуальне насичення нормативної бази. Тобто принципи та норми, що затверджують і гарантують права та свободи людини та ті процедури й вимоги до їх проведення, що покладаються на державні органи та їхніх представників. Тут варто зауважити, що особливого значення має не наявність того чи іншого права в нормативній базі держави чи деталізація процесуальних особливостей діяльності державних органів, а ціннісна основа, що закладена як у самі норми та якою керуються самі правозастосувачі. Крім того, враховуючи названі вище особливості регулювання економічної свободи не тільки за допомогою права, особливої актуальності набуває нормативне закріплення можливості диспозитивного вибору засобів захисту права власності та наявність механізму виконання рішень органів несудового захисту права власності.

⁸ Савенко М. Д. Національна система правового захисту людини. *Наукові записки НаУКМА*. 2007. Т. 64: Юридичні науки. С. 10–15.

Отже, ці тези охоплюють зміст майбутньої статті щодо економічних свобод і правових механізмів їхнього захисту та демонструють основні ідеї концепції економічної свободи людини, визначення складових цього феномену й опис системи правових та альтернативних способів захисту. У подальшому буде розкрито роль складових верховенства права в забезпеченні економічних свобод, а також деталізовано доступ до суду та інших форм правового захисту.

*Щербанюк Оксана Володимирівна
докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича,
професорка Вільнюського університету*

Місце конституційних судів в архітектурі європейського конституціоналізму

The place of constitutional courts in the architecture of european constitutionalism

Конституційні суди є одними з найшанованіших інституцій у європейських конституційних демократіях. Конституційна демократія є правовою базою, розробленою для регулювання важливих питань у сфері захисту основних прав, а наднаціональне право у зв'язку з інтеграцією країни до Європейського Союзу (далі – ЄС) запроваджується як доповнення, що сприяє ефективності розподілу й індивідуальній емансипації прав людини через кордони. Національні конституційні суди та Суд ЄС встановили своє лідерство в окремих сферах юрисдикції, що відображає розподіл компетенції між конституційними демократіями та наднаціональним правом.

Слід погодитися з влучним висловом Я. Комарека про те, що «конституційні суди намагаються знайти своє місце в мінливій архітектурі європейського конституціоналізму»¹. На конституційні суди покладено основне завдання, і якщо ми дбаємо про блага, які забезпечує конституційна демократія, ми також повинні бути готові їх захищати, враховуючи їх ключову роль у створенні національного правового порядку, що сприяє емансипації особистості через кордони й ефективності розподілу.

Суд ЄС використовує фундаментальні права як ключове джерело в тлумаченні законодавства. Справи, які розглядає Суд ЄС, можна класифікувати за двома категоріями, залежно від типу норми ЄС, про яку йдеться. Перша група справ зосереджена на тлумаченні та чинності вторинного права ЄС. Суд ЄС завжди в змозі тлумачити або визнавати недейсним вторинне право ЄС на основі ст. 4(2) Договору про ЄС або інших принципів, запозичених із національної конституційної культури. Більш проблематичною є друга категорія справ, у яких принципи, закріплені в договорах ЄС або вторинному законодавстві, направляють суб'єкти, зацікавлені у протиставленні чи трансформації заходів національної політики.

Імплементацию директив ЄС імпліцитно сприймають ті конституційні суди, які, спостерігаючи за процесом виконання, досі не змогли встановити у своїй прецедентній практиці будь-які заперечення щодо обсягу конституційного контролю, це Федеральний конституційний суд Австрії, Конституційний суд Румунії та Конституційний суд Чехії. У зв'язку зі вступом України до ЄС закономірно виникне запитання: чи стануть Директиви ЄС об'єктом конституційного контролю.

¹ Komárek J. The Place of Constitutional Courts in the EU. *European Constitutional Law Review*. 2013. Vol. 9. № 3. P. 420–450.

Ідеться про відповідність національного права міжнародним нормам, включаючи норми ЄС. Однак у разі перевірки відповідності законодавству ЄС існує ймовірність попереднього звернення до Суду ЄС, здебільшого щодо тлумачення критерію перегляду. Так, Конституційний суд Бельгії одним із перших перевірив відповідність національних актів із законодавством ЄС². У Бельгії непряме посилання може бути на всі положення первинного або вторинного права ЄС, включаючи директиви ЄС³. Це, своєю чергою, є наслідком його великої відкритості до міжнародного права та права ЄС. Що стосується використання Директив ЄС як критерію перевірки відповідності, то основою концепції є прецедентне право Конституційної ради Франції, де виконання директив ЄС було визнано «конституційним зобов'язанням».

Теза про конституційну природу обов'язку імплементувати директиви ЄС з'явився у судовій практиці Конституційної ради Франції разом із допуском до конституційного контролю актів, що імплементують директиви ЄС. Перегляд цих актів може мати подвійну природу. Це може бути «простий» огляд конституційності імплементативного акта або перегляд імплементативного акта в умовах його відповідності конституційному зобов'язанню належного виконання директиви ЄС.

Рішення Конституційного суду Іспанії ґрунтувалося на тезі, що хоча право ЄС саме собою не є частиною конституційного канону, «як міжнародні договори та угоди, включаючи європейське вторинне законодавство, можуть передбачати цінні критерії тлумачення значення та обсягу прав і свобод, які визнає Конституція», з урахуванням ухвалених роз'яснювальних рішень «гарантійними органами, створеними відповідно до тих же міжнародних договорів і угод». Суддя місцевого суду відхилив клопотання – спочатку на тій підставі, що хоча ст. 7 Директиви 2012/13/ЄС передбачено таке право доступу, Іспанія ще не транспонувала його в національне законодавство; і по-друге, на тій підставі, що в будь-якому випадку файл не було завершено, оскільки агенти ще готували відповідні документи.

Конституційний суд Іспанії видав низку рішень, пов'язаних із законодавством ЄС, які демонструють цікаве поєднання як відкритості до європейського правопорядку, так і певного ступеня побоювання щодо зростаючої ролі Суду ЄС у конституційних питаннях. У цих справах Конституційний суд Іспанії дійшов досить проєвропейських результатів: він вирішив, що попередні звернення іспанських судів до Суду ЄС мають пріоритет над конституційними питаннями, поданими до Конституційного суду Іспанії, і що нетранспонована Директива ЄС, яка має пряму дію, може бути фактором при тлумаченні конституційного положення. Згідно зі ст. 163 Конституції Іспанії звичайні судді можуть подати «конституційне питання» до Верховної палати судів, якщо під час розгляду справи вони стикаються з застосовним правовим положенням, яке, на їхню думку, не відповідає Конституції. Це називається «тест на релевантність».

У рішенні Конституційного суду Іспанії 13/2017, опублікованому 10 березня 2017 р., суд встановив, що поліція та суд нижчої інстанції порушили право на особисту свободу

²Gerard P., Verrijdt W. Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse. *Belgian Constitutional Court* N° 62/2016, 28 April 2016, 13 (1). *European Constitutional Law Review* 182 (2017). P. 190–191.

³The Constitutional Court decision no. 55/2011, 6 April 2011 on consumer law. Cf D. Heirbaut, M. E. Storme, *Private Law Codification in Belgium*. Rivera J. C. (ed.). *The Scope and the Structure of Civil Codes*, Springer, Dordrecht, 2013. P. 80–81.

двох затриманих, адвокату яких не було надано доступ до матеріалів арешту, як це передбачено ст. 7 Директиви 2012/13/ЄС про право на інформацію в кримінальному провадженні. У цьому випадку державний захисник затриманих звернувся з клопотанням про ознайомлення з матеріалами справи, щоб оскаржити арешти. Громадська гвардія відхилила запит, і адвокат подав клопотання *habeas corpus* до суду, визнавши арешти незаконними через відсутність інформації. Суддя суду нижчої інстанції відхилив клопотання, пояснивши, по-перше, що, хоча ст. 7 Директиви 2012/13/ЄС передбачає таке право доступу, Іспанія ще не транспонувала Директиву в національне законодавство. І по-друге, що в будь-якому разі файл не був повним, оскільки агенти ще готували відповідні документи.

У своєму рішенні Конституційний суд Іспанії пояснив, що, незважаючи на те, що право ЄС саме собою не є частиною конституційного канону, «міжнародні договори та угоди, включаючи європейське вторинне законодавство, можуть надавати цінні критерії тлумачення значення та обсягу прав і свобод, які Конституція визнає, беручи до уваги рішення про тлумачення, ухвалені органами гарантії, створеними відповідно до тих самих міжнародних договорів і угод». Незважаючи на те, що Директива 2012/13/ЄС не була належним чином транспонована, Конституційний суд Іспанії встановив, згадуючи загальну прецедентну практику Суду ЄС щодо прямої дії директив ЄС, що її ст. 7 є обов'язковою, оскільки містить безумовні та достатньо чіткі та точні положення, які можуть негайно виконуватися. Крім того, Суд пояснив, що у доступі до справи не можна було відмовити, виправдовуючись тим, що ще готуються документи, оскільки арешти були викликані кількома скаргами, і вони мали би бути доступними в певному форматі. Таким чином, Конституційний суд Іспанії дійшов висновку, що рішення суду нижчої інстанції не було виправданим відповідно до Директиви 2012/13/EU, а отже, порушило положення Конституції Іспанії про особисту свободу, не задовольнивши клопотання *habeas corpus*. Це спонукає до декількох запитань, а саме: чи справді на думку Суду значення конституційних положень може змінюватися щоразу, коли законодавчий орган ЄС ухвалює нове підзаконне законодавство та чи суд був зобов'язаний подати довідку відповідно до ст. 267 Договору про функціонування ЄС чи застосувати критерії, встановлені Судом ЄС у справі *Cilfit*? Це критерії, які національні суди 28 держав-членів, проти рішень яких немає засобів судового захисту відповідно до національного законодавства, можуть застосовувати «Прецедентне право *Cilfit*» – те, що впливає з рішення від 6 жовтня 1982 р. *Cilfit* та інші, 283/81. У цій прецедентній практиці Суд встановив свій обов'язок передати справу до Суду, якщо він не встановить: що поставлене запитання є неактуальним⁴; або що відповідне положення права ЄС вже було витлумачено судом; що правильне застосування права ЄС є настільки очевидним, що не залишає жодного простору для розумного сумніву.

Рішення Суду ЄС у справах *Melloni and Fransson* мали очевидний ефект позбавлення національних конституційних судів повноважень визначати значення конституцій їхніх штатів у випадках, коли законодавство було повністю гармонізовано з законодавством ЄС. Позиція Суду ЄС у справі *Melloni and Fransson* також викликала реакцію в інших державах. У 2013 р., через кілька місяців після ухвалення цих рішень,

⁴ Judgments of 6 October 1982, *Cilfit and Others*, 283/81, EU:C:1982:335, paragraph 21; of 9 September 2015.

Федеральний конституційний суд Німеччини скористався нагодою у справі про фундаментальні права, щоб згадати рішення у справі *Melloni and Fransson*, щоб відкрито попередити (включаючи Суд ЄС), що доктрина Суду ЄС «не повинна читатися у такий спосіб, який розглядав би це як очевидний акт *ultra vires* або так, ніби він ставить під загрозу захист і дотримання основних прав у державах-членах»⁵.

Огляд судової практики демонструє, що «конституційні суди намагаються знайти своє місце в архітектурі європейського конституціоналізму»⁶.

⁵ Judgment of the First Senate of 24 April 2013 – 1 BvR 1215/07 – para. 91.

⁶ Komárek J. The Place of Constitutional Courts in the EU. *European Constitutional Law Review*. 2013. Vol. 9 № 3. P. 420–450.

Якимович Яким Васильович
кандидат юридичних наук, старший викладач
кафедри конституційного права та порівняльного правознавства
державного вищого навчального закладу
«Ужгородський національний університет»

До принципів організації виконавчої влади в сучасному світі

Principles of executive power organization in the modern world

Основоположними ідеями функціонування виконавчої влади є саме принципи. Вони створюють фундамент для діяльності всього урядового апарату. Починаючи від формування, взаємодії між суб'єктами, ухвалення рішень, завершуючи реструктуризацією або остаточним припиненням повноважень, увесь урядовий апарат здійснює свою роботу на основі принципів, які ніби колонами підтримують усю систему. До таких принципів, наприклад, згідно з п. 3 ст. 2 Регламенту Ради Міністрів Болгарії належать: *законність, гласність, централізація, координація у формуванні та реалізації політики, децентралізація оперативних функцій, взаємодія та співробітництво*¹.

На відміну від регламенту Ради Міністрів Болгарії, ст. 3 закону Республіки Молдова «Про Уряд» передбачено ще такі принципи: *принцип безперервності, принцип колективної та індивідуальної відповідальності членів уряду, ефективність, фінансова стійкість, захист прав та свобод людини, просування та захист інтересів держави*².

Вважаємо, що, з огляду на проаналізоване законодавство, принципи у наведених країнах є найвичерпнішими. Таким чином, надавши їм характеристику, зуміємо отримати ілюстративний огляд основоположних засад функціонування виконавчої влади в сучасних країнах Європи.

Законність. Цей принцип ґрунтується на ієрархічності нормативних актів. Акти рівня виконавчої влади повинні базуватися та підпорядковуватися законам і конституції. Підзаконні акти не мають того самого ступеня нормативності, а отже, їхня дія поширюється тільки на визначене коло осіб і на конкретну територію, врегульовуючи значно вузкий обсяг питань порівнюючи із законом.

Гласність – це принцип, який захищає відкритість і прозорість урядових. Більша частина урядової юрисдикції мусить мати суспільний доступ. Зрештою, саме «зворотний зв'язок» дає змогу залишатися державній владі по-справжньому представницькою. Статтею 29 Закону Молдови «Про Уряд» передбачено, що гласність урядових засідань включає такі позиції: *трансляція на вебсайті (у цій частині передбачено*

¹ Положення про регламент Ради Міністрів Болгарії. URL: <https://www.government.bg/bg/administratsia/funksii-i-struktura/ustroystven-pravilnik>

² Про Уряд: Закон Республіки Молдова. URL: https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=133423&lang=ro

два винятки: 1) заборона щодо розгляду питань, які становлять державну таємницю; 2) зупинка прямої трансляції Прем'єр-міністром, якщо останній вважає, що вона гальмуватиме процес прийняття важливих для суспільства рішень); оприлюднення порядку денного за 48 годин до засідання; оприлюднення протоколу засідання протягом трьох днів після його проведення; уряд видає офіційні повідомлення щодо проведення засідань³. У наведеному бракує тільки умови цього ж таки «зворотного зв'язку». Він міг би виражатися, на нашу думку, через присутність постійного представника громадськості на засіданні або проведення анкетування суспільної думки після засідання.

Централізація забезпечує єдність усієї організації; різноманіття рішень має одне спільне джерело. Це узгоджує адміністративну побудову та її роботи. Ідея централізації має давні витоки. Вона використовувалася для управління на місцях або великою кількістю підлеглих (Давній Вавилон за правління царя Кіра II або Римська Імперія за Октавіана Августа)⁴. Варто зазначити, що надмірна ієрархзація може вести до складнощів в ухваленні рішень, процедурних неузгодженостей, бюрократичних нагромаджень, що гальмує «ефективне ухвалення» рішень.

Децентралізація доповнює централізацію. Якщо централізація має стратегічне значення, то децентралізація – це про тактичні рішення. Децентралізація спрямована на вирішення викликів «у деталях». Рішення на місцях можуть ухвалюватися без узгодження центру, якщо вони не порушують загальних стратегічних цілей. Негативний прояв децентралізації буває, якщо прагнення центру відчужені від локальних проблем, якщо віддалені механізми не підтримують стратегічної мети центру та ін. З метою вирішення цього типу неузгодженостей допоміжними принципами є координація, взаємодія та співробітництво.

Принцип координації – це про узгоджену роботу групи суб'єктів. Суттєво, щоб рішення, які ухвалюються у різних сферах, мали спільність і підтримувалися одне одним. Наприклад, торгівля на міжнародному рівні може бути підкріплена взаємодією на рівні культури чи науки. У цьому контексті координація результативна тільки тоді, коли централізована.

Принцип взаємодії передбачає, що підлеглі повинні добре розуміти та поділяти наміри тих задумів, які є предметом координації, а керівники ухвалювати рішення для досягнення потрібних результатів. Взаємодія передбачає обмін інформацією між керівництвом і підлеглими, а також між керівниками різних сфер з метою належного узгодження позицій та цілей.

Принцип співпраці пов'язаний із міркуванням про те, що реалізація будь-якої політики потребує спільної роботи, тобто коли керівник прислуховується до міркувань підлеглих, а підлеглі, виконуючи розпорядження керівника, мають можливість конструктивно поділитися своїм баченням стану справ. Це рушійна сила та джерело ефективності, що веде до відповідного результату.

³ Про Уряд: Закон Республіки Молдова. URL: https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=133423&lang=ro

⁴ Ксенофон. Кіропедія. Наука про Кіра. Переклад Генріха Дакінса / Ксенофон. 2009. URL: https://www.gutenberg.org/files/2085/2085-h/2085-h.htm#2H_4_0011; Підпригора Є. О., Харитонов Є. О. Римське право: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2009. С. 241.

Якщо наведені принципи виконавчої влади в Болгарії здебільшого стосуються внутрішнього функціонування (кооперації суб'єктів організації), то принципи, притаманні уряду Молдови, характеризують зовнішні аспекти функціонування.

Принцип безперервності. У широкому розумінні він означає послідовність у функціонуванні виконавчої влади. Державна влада функціонує на людському чинникові — із мінливістю життя змінюються люди, а також державна політика та державна влада. Ухвалення рішень, які б були послідовними та не суперечили одне одному, зберігаючи стратегічні цілі, відображають зміст принципу. У вузькому ж розумінні він означає, що одна урядова колегія продовжує своє функціонування до повноцінного набуття повноважень іншою урядовою колегією, що забезпечує злагоджене наступництво.

Принцип відповідальності поділяється на два види — колективну та індивідуальну. *Колективна відповідальність* найчастіше політична, коли негативний наслідок наступає у формі суспільного осуду або висловлення недовіри парламентом і розпуску уряду. Вона може бути результатом низької якості роботи уряду, непрофесійності виконання повноважень, суспільного резонансу від рішень чи їх відсутності. *Індивідуальна відповідальність* має більший спектр наслідків. Вона може бути політичною, дисциплінарною, цивільною, адміністративною або кримінальною. Наслідком буде втрата рейтингу, суспільний осуд, відсторонення від роботи, втрати фінансових виплат або остаточне звільнення з посади чи засудження⁵.

Принцип ефективності передбачає здійснення належних кроків для досягнення найкращого результату. З одного боку, коли рішення ухвалюють та виконують один-два посадовця, то його результати оперативніші. З другого боку, для якісного рішення потрібні компетентні службовці, здатні збалансовано розподілити можливості та необхідності. Ефективність пов'язує швидкість та якість роботи, але обидва показники залежать від кваліфікованості суб'єктів, професіоналізму й освіченості. Окрім зазначеного, ефективність також пов'язана з системою організації виконавчої влади, адже сам бюрократичний апарат у своєму задумі може запобігати швидкому та якісному розгляду. Це важливо, коли йдеться про регулювання тривалих відносин — кілька десятиліть чи для кількох наступних поколінь (наприклад, про будівництво електростанції чи серії заводів). Утім, ухвалювати рішення про сьогоднішнє, викликані розвитком та вимогами часу (впровадження технологій, стандартів харчування, будівництво дитячих майданчиків чи зелених зон), потрібно оперативно, а їхня якість має залежати тільки від кількох насправді критичних позицій.

Принцип фінансової стійкості полягає у забезпеченні механізмів, які дають змогу збалансовано здійснювати розподіл фінансів відповідно до можливостей і необхідностей, що виникають у суспільстві. Цей принцип напряду переформується із концепцією соціальної держави, в якій у результаті переробки національного продукту відбувається фінансування соціальних програм. Для реалізації таких програм необхідна стабільна переробка національного продукту, тож і постійні економічні процеси. Податки, митні ставки та запозичення дають тільки тимчасову стійкість, однак у довгостроковому періоді без удосконалення національних потужностей такий підхід може привести до серйозної економічної кризи.

⁵ Мельник Р. С., Бевзенко В. М. Загальне адміністративне право. Київ: Ваїте, 2014. С. 290–294.

Захист прав і свобод людини. Цей принцип забезпечує належну взаємодію виконавчої влади із суспільством. Перше, на що має спрямовуватися діяльність урядового апарату, — це забезпечення належного становища людини в суспільстві та людини в державі. Ухвалюючи рішення між покращенням роботи державного органу і належним становищем людини в державі, перевага має схилитися на користь людини. Хоча добробут державного органу також має забезпечуватися та не може нівелюватися. Із цього приводу для захисту державних органів існує наступний принцип.

Принцип просування та захисту інтересів держави. У широкому розумінні принцип захищає суверенітет держави. При цьому захист стосується не тільки інтересів публічної влади, а й суспільства загалом як джерела цієї влади. У вузькому розумінні, якщо метою захисту інтересів є політична складова, то йдеться про просування обраного політичного курсу розвитку держави, який реалізує влада, зокрема й через виконавчу гілку. Якщо ж адміністративна складова, то державні механізми спрямовані на гарантування умов праці, підвищення ефективності та кваліфікації працівників, удосконалення інструментарію та різноманітного забезпечення. Проте, якщо ж це стосуватиметься внутрішніх військ, то держава може перетворитися в «поліцейську державу» із перевищенням меж застосування силового примусу.

Наведені принципи є лише ілюстративною сукупністю для відображення основних засад функціонування виконавчої влади в сучасних країнах. Правове регулювання державного адміністрування може мати також інші засадничі основи відповідно до цілей і характерів організації публічної влади.

*Ялова Оксана Володимирівна
кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри правничої лінгвістики
Національної академії внутрішніх справ*

Деякі зауваження щодо окремих норм статті 10 Конституції України в контексті формування конституційно-правових засад мовної політики в Україні та євроінтеграційних процесів

Some remarks on individual norms of Article 10 of the Constitution of Ukraine in the context of the formation of the constitutional and legal foundations of language policy in Ukraine and European integration processes

Конституційно-правові засади мовної політики в Україні — це встановлені Конституцією України основоположні правила регулювання та функціонування мовних відносин і розвитку державної мови і мов національних меншин.

Конституція України як надзвичайно важливий політико-правовий документ довгострокової дії, фундамент не лише сучасних, а й майбутніх перетворень у державі і суспільстві, встановлює їхні засади, зокрема й засади мовної політики.

Здійснений нами аналіз науково-юридичної та енциклопедично-довідкової літератури дає підстави зробити висновок про відсутність законодавчого і доктринального визначення поняття «конституційно-правові засади мовної політики» і більш загального поняття «конституційно-правові засади», хоча у юридичній науці загалом і в науці конституційного права зокрема останнє поняття є широко вживаним. Так, у підручнику «Конституційне право України» за реакцією В. Погорілка розглядаються конституційно-правові засади конституційного ладу¹, засади конституційно-правового статусу людини і громадянина², конституційно-правові основи організації державної влади в Україні³ тощо.

Наприклад, В. Мелашенко ототожнює поняття «конституційні відносини» і «конституційно-правові відносини», оскільки, на його переконання, основою їх виникнення

¹ Конституційне право України / за ред. В. Ф. Погорілка. Київ: Наукова думка, 1999. С. 135–144.

² Там само. С. 199–211.

³ Там само. С. 357–608.

є безпосередня практична діяльність суб'єктів конституційного права, а суб'єкти конституційного права встановлюються конституцією⁴.

Беручи до уваги зазначене, поняття «конституційно-правові засади мовної політики в Україні» можливо, на нашу думку, визначити як встановлені Конституцією України основоположні правила регулювання та функціонування мовних відносин і розвитку державної мови і мов національних меншин.

Окремі правила мовної політики можуть встановлюватися також законами України, іншими нормативно-правовими актами і навіть актами органів місцевого самоврядування (у місцях компактного проживання національних меншин). Головне, щоб вони базувалися на засадах мовної політики, встановлених Основним Законом України.

Одразу кілька засад закріплено ст. 10 Основного Закону України⁵. Згідно з ч. 1 «державною мовою в Україні є українська мова». І це є перша і провідна засада здійснення мовної політики в Україні.

Мова відіграє визначальну роль у процесі формування особистості людини, здобуття нею освіти, є для неї засобом повсякденного спілкування, інструментом накопичення знань, прилучення її до надбань культури, національної самоідентифікації людини, а також, як правило, одним із головних чинників формування сучасної нації тощо.

З огляду на складну історію становлення української державності та розвитку української мови, Конституція визначає державною саме українську мову. Причому зазначене положення міститься у розділі I Конституції України, який закріплює основи конституційного ладу в Україні як фундаментальні принципи, що становлять засади громадянського суспільства та правової державності. Державна (офіційна мова) — це мова, якій державою надано статус обов'язкового засобу спілкування у публічних сферах суспільного життя⁶.

Головна відмінність державної мови від інших мов, більш чи менш поширених в Україні, як стверджує автор одного з коментарів до Конституції України А. Мучник, полягає у тому, що українська мова стала обов'язковою і головною мовою тільки і виключно для держави, її органів та посадових осіб. У частині застосування мов діє, як він підкреслює, загальне правило правової держави: державні органи та їхні посадові особи повинні здійснювати свою діяльність обов'язково державною мовою. Громадяни України можуть спілкуватися, творчо самостверджуватися, виховувати і навчати дітей, здійснювати свої законні інтереси і права, виконувати обов'язки, зокрема й звертатися до органів державної влади, своєю рідною мовою. А держава відповідно до ч. 3 ст. 10 Конституції зобов'язана забезпечити це природне право кожної людини. Державна мова — це не мова, яка нав'язується народу силою держави, а мова, якою держава лише виражає волю та інтереси всього народу, забезпечуючи рівною мірою і права всіх своїх громадян⁷.

⁴ Конституційне право України / за ред. В. Ф. Погорілка. Київ: Наукова думка, 1999. С. 76–77.

⁵ Конституція України. *Офіц. вісн. України*. 2010. № 72-1. Ст. 25–98.

⁶ Конституція України: наук.-практ. коментар. Акад. прав. наук. України; В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін; редкол.: В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевой та ін. Харків: Право; Київ: Ін Юре, 2003. С. 57.

⁷ Мучник А. Г. Коментар до Конституції України. Кн. 1 / А. Г. Мучник, 2-ге вид. випр. і доп. Київ: Парламент. вид-во, 2003. С. 203.

Другою провідною засадою здійснення мовної політики в Україні є «забезпечення державою всебічного розвитку і функціонування української мови в усіх сферах життя на всій території України» (ч. 2 ст. 10 Конституції України).

О. Мироненко вважає, що цю конституційну норму треба розуміти як надання чи створення державою необхідних матеріальних умов, засобів, як охорону державної української мови від посягань з боку будь-кого, як вияв про неї постійної турботи, як здійснення найвищого піклування, догляду, опіки, кураторства, дбайливості, старанності тощо⁸.

Ми ж хочемо зробити деякі застереження щодо цієї норми, зокрема щодо її мовної конструкції.

По-перше, вважаємо, що Верховна Рада України обґрунтовано додала до розгляданого положення ч. 2 ст. 73 Конституції Української РСР (редакція від 27 жовтня 1989 р.) термін «на всій території України», оскільки в середині 90-х років ХХ ст. функціонування української мови не у всіх регіонах України було належним і задовільним. В окремих містах (як засвідчують численні публікації) практично не було українських шкіл, а у багатьох школах із російською формою викладання учні за бажанням батьків звільнялися від вивчення таких предметів, як українська мова і література. У діяльності органів виконавчої влади, місцевого самоврядування, у судочинстві панувала російська мова. А українська мова майже була відсутня. І держава, що стала на шлях незалежності, у якій державною мовою проголошено українську мову, вбачала своє завдання у забезпеченні функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України.

По-друге, треба звернути увагу на філологічний зміст ч. 2 ст. 10 Конституції України, місце у ній термінів «всебічний розвиток» і «функціонування української мови».

Одне зі значень терміна «функціонувати» – бути в дії, діяти⁹, а одне зі значень терміна «розвиток» – процес, у результаті якого відбувається зміна якості чого-небудь, перехід від одного стану до іншого, вищого¹⁰.

Якщо українська мова на певних територіях «не була в дії», «не діяла», «не функціонувала», то чи може держава забезпечувати «зміну її якості», «перехід її від одного стану до іншого», тобто «розвиток»? Змінювати якість, переходити від одного стану до іншого можливо лише щодо того, що діяло, що функціонувало через застосування державою різноманітних заходів, засобів, способів, прийомів тощо.

Держава покликана забезпечувати передусім функціонування української (державної) мови у тих сферах суспільного життя і на тих територіях України, де вона зовсім або практично зовсім не функціонувала, і паралельно в подальшому повсюдно забезпечувати її всебічний розвиток.

⁸ Окрема думка Судді Конституційного Суду України Мироненка О. М. Арх. Конституційного Суду України, спр. № 1-6/99/спр. про застосування укр. мови.

⁹ Словник української мови: в 11 т. / ред. кол.: І. К. Білодід та ін. Київ: Наукова думка, 1971–1980. Т. 8. С. 631; Т. 10. С. 653.

¹⁰ Там само. С. 631.

Тому ми вважаємо, що терміни «всебічний розвиток» і «функціонування», застосовані у ч. 2 ст. 10 Конституції України, конституцієдавцю необхідно поміняти місцями. Тобто ця норма має виглядати таким чином: «Держава забезпечує функціонування і всебічний розвиток української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України».

Необхідно зауважити, що проєкт Конституції України, запропонований Президентом України, який обговорювався в Україні у 2009 р., зберігає редакцію ч. 2 ст. 10 Конституції України (ч. 2 ст. 13 проєкту)¹¹.

«Держава сприяє вивченню мов міжнародного спілкування» — такою є наступна засада мовної політики (ч. 4 ст. 10 Конституції України).

Турбота держави про вивчення громадянами України мов міжнародного спілкування обумовлена необхідністю її інтеграції до Європи та залучення до надбань світової культури¹². Особливу актуальність конституційна доктрина мови набуває у світлі того, що найближчим сусідом України стало таке міждержавне утворення як Європейський Союз (далі — ЄС), що не має аналогів у світі, вступ до якого є одним із зовнішньополітичних пріоритетів України. Зрозуміло, що при цьому постає запитання: як складеться доля української мови після вступу України до ЄС? Яке місце вона там посяде після вступу до ЄС Росії? Чи витримає вона конкуренцію з іншими європейськими мовами, зокрема й російською? На подібну проблему, з якою зіткнулися нинішні країни — члени ЄС, звернула увагу М. Тетчер. «Хоча це і банально, але нерідко забувають про те, що між державами Європейського Союзу мають місце надзвичайно серйозні мовні бар'єри: у нинішніх державах-членах люди розмовляють не менш ніж 12 мовами. Навіть у високоосвіченої еліти, яка достатньо добре володіє іноземними мовами, образ мислення може бути дуже далека від того, який характерний для носіїв мови». Багато експертів прогнозують, що з подальшим розвитком ЄС місце мови універсального міжнародного спілкування посяде англійська мова. І не виключено, що вступивши до ЄС, Україна і Росія, щоб витримати конкуренцію з більш розвинутими країнами Заходу, будуть змушені координувати свої економічні, політичні, етнографічні і навіть релігійні інтереси. Неважко передбачити, якою мовою буде здійснюватися цей життєво важливий процес¹³.

¹¹ Проєкт Закону України «Про внесення змін до Конституції України». *Офіц. вісн. Президента України*. 2009. № 8. С. 4–31.

¹² Конституція України: наук.-практ. коментар. Акад. прав. наук. України; В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін.; редкол.: В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевой та ін. Харків: Право; Київ: Ін Юре, 2003. С. 60.

¹³ Мучник А. Г. Коментар до Конституції України. Кн. 1 / А. Г. Мучник, 2-ге вид. випр. і доп. Київ: Парламент. вид-во, 2003. С. 204.

ПУБЛІЧНЕ ПРАВО

*Іщенко Денис Юрійович
доктор філософії у галузі права,
старший викладач кафедри
загальнотеоретичного правознавства та публічного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

Принцип юридичної визначеності при стягненні виконавчого збору та основної винагороди у виконавчому провадженні: проблеми застосування

The principle of legal certainty in the collection of execution fees and main reward in execution proceedings: problems of application

Закон України «Про виконавче провадження» передбачає стягнення виконавчого збору чи основної винагороди із боржників. У разі стягнення коштів сума виконавчого збору становить 10 % від суми, що підлягає примусовому стягненню, а у разі виконання рішення немайнового характеру виконавчий збір стягується у розмірі двох мінімальних розмірів заробітної плати з боржника – фізичної особи і в розмірі чотирьох мінімальних розмірів заробітної плати з боржника – юридичної особи¹.

Законодавство у сфері виконавчого провадження спрямоване на те, аби унеможливити ситуацію, за якої виконавчий збір або основна винагорода будуть декілька разів стягнуті із боржника у разі повторного пред'явлення виконавчого документа до виконання. Про це свідчить ч. 6 ст. 27 Закону України «Про виконавче провадження», яка зазначає, що у разі наступних пред'явлень державному виконавцю до виконання виконавчого документа виконавчий збір стягується в частині, що не була стягнута під час попереднього виконання.

Однак нині законодавством упущено такі ситуації, за якої орган державної виконавчої служби чи приватний виконавець формально зобов'язані повторно стягнути із боржника виконавчий збір чи основну винагороду.

Візьмемо доволі непоодинокую ситуацію, за якої сторони виконавчого провадження уклали мирову угоду, яку затвердив суд. Вказаною мировою угодою сторони узгодили розстрочення боржником сплати боргу. На підставі п. 2 ч. 1 ст. 39 Закону України «Про виконавче провадження» таке виконавче провадження було закінчено. Водночас боржник має сплатити виконавчий збір, про стягнення якого на підставі ч. 4 ст. 27 Закону

¹ Про виконавче провадження: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1404-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/1404-19>

України «Про виконавче провадження» була винесена відповідна постанова. Припустимо, такий виконавчий збір боржник сплатив.

Своєю чергою ухвала суду про затвердження мирової угоди є самостійним виконавчим документом. У разі невиконання боржником умов мирової угоди стягувач має право пред'явити до примусового виконання не первинний виконавчий документ, а вже ухвалу про затвердження мирової угоди. У такому разі орган державної виконавчої служби чи приватний виконавець матимуть повноваження наново стягнути виконавчий збір чи основну винагороду. Частина 6 ст. 27 Закону України «Про виконавче провадження» стосується повторних пред'явлень одного і того ж виконавчого документа. Однак таке регулювання не охоплює ситуації, за яких в одній і тій же справі було видано інший виконавчий документ. У такому випадку є підстави стягнення з боржника ще однієї суми виконавчого збору при виконання одного і того ж рішення. Проте це несправедливо.

Це також порушує принцип юридичної визначеності, адже боржник повинен із початку примусового виконання рішення має розуміти, яка саме сума виконавчого збору чи основної винагороди з нього буде стягнута. А при укладенні мирової угоди у виконавчому провадженні така визначеність зникає.

Слід зазначити, що ст. 66 проєкту Закону України «Про виконавче провадження» (реєстраційний номер 3726 від 23 червня 2020 р.) пропонує запровадити поняття «виконавча санкція» на заміну нинішнім виконавчому збору й основній винагороді². А якщо це саме санкція, то до неї має бути застосований принцип заборони двічі бути покараним за одне і те саме правопорушення (принцип *Non bis in idem*).

Необхідно також враховувати, що Верховний Суд вже послуговується розумінням того, що виконавчий збір є санкцією майнового характеру³.

Санкція завжди є негативним явищем для особи, яка є правопорушником. Невиконання свого зобов'язання має за собою негативні наслідки для боржника. Таким чином, можна погодитися із тим, що виконавчий збір є по суті санкцією.

Отже, виконавчий збір цілком підпадає під поняття санкції. Зі свого боку законодавча можливість повторного стягнення виконавчого збору або основної винагороди є суттєвим порушенням принципу *Non bis in idem*, що є складовим принципом визначеності.

Згідно із ч. 1 ст. 61 Конституції України ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення⁴. Повторне стягнення виконавчого збору порушує права боржника, передбачені, зокрема, ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо заборони двічі бути покараним за одне і те саме правопорушення⁵.

² Про виконавче провадження: проєкт Закону України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69256

³ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 24 грудня 2021 р., справа № 640/4599/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102229408>; Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 25 вересня 2019 р., справа № 826/14776/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84634385>; Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 19 січня 2023 р., справа № 918/56/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108821942>

⁴ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

⁵ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/995_004

У зв'язку із цим можна зробити висновок, що законодавство у сфері виконавчого провадження не відповідає вимогам юридичної визначеності у контексті стягнення виконавчого збору чи основної винагороди щодо одного й того ж рішення, у процесі виконання якого було укладено мирову угоду.

У судовій практиці натепер не досліджувалося вказане питання. Залишається сподіватися, що рано чи пізно справа з вирішення питання повторного стягнення виконавчого збору чи основної винагороди при виконанні ухвали про затвердження мирової угоди буде розглянута та вирішена судом на користь принципу юридичної визначеності.

Іщенко Юрій Вікторович
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри загальнотеоретичного правознавства
та публічного права факультету правничих наук
Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Реалізація принципів належного урядування в умовах корупційних ризиків

Implementation of good governance principles in the context of corruption risks

36 балів зі 100 можливих отримала Україна в Індексі сприйняття корупції (*Corruption Perceptions Index*, далі – CPI) за 2023 р., і тепер наша країна посідає 104 місце поміж 180 країн. Зростання України на 3 бали – один із найкращих результатів за минулий рік у світі. Також Україна стала однією з 17 країн у цьогорічному CPI, що продемонстрували свій найкращий показник за увесь час. Індекс сприйняття корупції оцінює сприйняття корупції лише в державному секторі. За дослідженнями, проведеними *Transparency International Ukraine* наприкінці 2023 р., корупційні ризики зараз турбують 88 % українців. Якраз найбільшою небезпекою у відновленні України населення бачить корупцію, причому одразу за двома параметрами: відсутність контролю та, як наслідок, розкрадання коштів (79 %) і повернення корупційних схем (75 %)¹.

Корупція є явищем, яке безпосередньо пов'язується зі здійсненням владної діяльності уповноважених суб'єктів. Ідеальною моделлю належної владної діяльності доволі легко вкладається в поняття належного урядування та реалізації основних принципів належного урядування.

До питання дослідження змісту принципу належного урядування в розумінні права Європейського Союзу (далі – ЄС) на основі аналізу нормативно-правових актів Союзу і визначення ступеня його впливу на формування стандартів реалізації прав громадян в Україні звертається К. Бережна. Зокрема, вона аналізує Білу книгу європейського урядування. Зміст документа дає змогу стверджувати, що концепція європейського управління охоплює п'ять принципів належного урядування (англ. – *good governance*) – відкритість, участь, підзвітність, ефективність та узгодженість².

Якщо звернутися до доволі спеціалізованої угоди, а саме до статей 3 та 4 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (ратифіковано згідно із Законом від 16 вересня 2014 р. № 1678-VII) зміцнення поваги до демократичних принципів, верховенства права та доброго (належного) урядування,

¹ Індекс сприйняття корупції 2023. URL: <https://cpi.ti-ukraine.org/>

² Бережна К. В. Принцип належного урядування та його вплив на стандарти реалізації прав громадян в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 1. С. 279–281. URL: http://www.lsej.org.ua/1_2020/70.pdf

прав людини та основоположних свобод відносяться до головних ціннісних орієнтирів для взаємовідносин між Сторонами³. Цілком слушним є твердження про те, що такі ціннісні орієнтири притаманні відносинам не тільки в сфері атомної енергетики.

Можна звернутися і до судової практики у питаннях розуміння сутності принципу належного урядування. Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду (далі – КАС ВС) 28 лютого 2020 р. розглянув касаційну скаргу Новоукраїнської об'єднаної державної податкової інспекції Головного управління Державної фіскальної служби (далі – ДФС) у Кіровоградській області на ухвалу Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 23 травня 2017 р. у справі № П/811/1015/16 за позовом фізичної особи – підприємця ОСОБА_1 до Новоукраїнської об'єднаної державної податкової інспекції Головного управління ДФС у Кіровоградській області про скасування податкового повідомлення-рішення.

У прийнятій постанові у цій справі КАС ВС звернувся і до проблем застосування принципу «належного урядування». Зокрема, у постанові зазначено: *«Тобто, виходячи з принципу “належного урядування”, державні органи зобов'язати діяти вчасно та в належний спосіб, а держава не повинна отримувати вигоду у вигляді поновлення судами строку на оскарження судових рішень та виправляти допущені органами державної влади помилки за рахунок приватної особи, яка діяла добросовісно (у даному випадку – за рахунок платника податку у зв'язку з порушенням принципу остаточності судового рішення, прийнятого на користь такого платника податку)»⁴.*

Щодо намагання дати визначення такому поняттю, як належне урядування, то можемо звернутися до праці А. Школика. Добрим, як зазначає автор, варто вважати публічне адміністрування, що ґрунтується на юридичних приписах, але ними не обмежується і максимально враховує конкретні фактичні обставини з метою найповнішого та найшвидшого задоволення як інтересів приватних осіб, так і публічного інтересу. Простіше кажучи, добрим є адміністрування як законне, так і правильне та справедливе⁵.

Фактично у словах А. Школика закладено ту ідею, яка міститься у преамбулі Закону України «Про адміністративну процедуру». Цей Закон регулює відносини органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових осіб, інших суб'єктів, які відповідно до закону уповноважені здійснювати функції публічної адміністрації, з фізичними та юридичними особами щодо розгляду і вирішення адміністративних справ у дусі визначеної Конституцією України демократичної та правової держави та з метою забезпечення права і закону, а також зобов'язання держави забезпечувати і захищати права, свободи чи законні інтереси людини і громадянина⁶.

³ Угода між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/sh>

⁴ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 28 лютого 2020 р., справа № П/811/1015/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87963158>

⁵ Школик А. Концепція доброго адміністрування та її вплив на адміністративно-процедурне законодавство. *Вісник Львівського університету*. Серія юридична. 2018. Вип. 66. С. 138–146. URL: <http://publications.lnu.edu.ua/bulletins/index.php/law/article/view/8145>

⁶ Про адміністративну процедуру: Закон України від 17 лютого 2022 р. № 2073-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/2073-20>

Чого не вистачає у цій преамбулі та визначенні А. Школика? Так це артикуляції на тому факті, що належне урядування (добре адміністрування, адміністративна процедура) може бути законним, правильним і справедливим лише за наявності необхідного публічного ресурсу. Під публічним ресурсом ми можемо розуміти не тільки бюджетні кошти, а й кадровий ресурс органів публічної влади, рівень професійної підготовки, мінімізацію корупційних ризиків тощо.

Якщо ідея реалізації принципу належного урядування доволі часто залежить від наявного публічного ресурсу, то не можна не звернути увагу на те, що механізм корупції теж базується на концепції перерозподілу публічних ресурсів. Такий перерозподіл відбувається всупереч публічному інтересу і за допомогою публічних ресурсів.

Брак публічних ресурсів може мати наслідком відсутність коштів на здійснення владних повноважень у спосіб, який визначається законом. Зі свого боку це призводить до необхідності перерозподілу публічного ресурсу, що є можливою ознакою наявності корупційних ризиків.

Ризики вчинення корупційного правопорушення завжди баланують із вимогою діяти відповідно до принципів належного урядування. Тут існує чітка взаємозалежність таких явищ, як корупція на належне урядування. Зменшення рівня корумпованості влади є індикатором належного урядування, а намагання запровадити в життя принципи належного урядування призводить до зменшення рівня корупційних ризиків. Запровадження принципу належного урядування має відбуватися одночасно із заходами, спрямованими на превенцію корумпованості влади. Хоч ці процеси є взаємозалежними, але їх реалізація може відбуватися і автономно. Реалізація принципів належного урядування є лише інструментом, який дозволяє суспільству сподіватися на локалізацію корупційних ризиків. Це не абсолютна панацея, а лише слушна можливість для влади діяти законно, правильно і справедливо.

*Ключковський Юрій Богданович
доктор юридичних наук,
доцент кафедри загальнотеоретичного
правознавства і публічного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

Принципи деяких галузей та інститутів публічного права: у пошуках спільних засад

Principles of some branches and institutions of public law: looking for common foundations

Увага дослідників до принципів права посилилася протягом останніх десятиліть, коли поширилося усвідомлення того, що принцип права – не просто деяка абстрактна ідея, а загальна правова вимога, фундаментальне положення з важливою регулятивною функцією, яке лежить в основі системи права загалом чи його окремої підсистеми. Такі основоположні правові вимоги, поруч із регулятивною функцією, відіграють і інші важливі ролі – онтологічну, епістемологічну, аксіологічну¹; у наукових дослідженнях та освітній діяльності принципи права виконують також методологічну функцію.

Важливим кроком у дослідженні принципів права став вихід за межі їх розгляду і вивчення у вузьких межах національного права окремої держави. Це дає змогу виокремити універсальні, цивілізаційні, правосімейні принципи права. Зазначений категоріальний поділ стосується не лише основоположних і загальних принципів права², а й принципів окремих галузей та інститутів права, а також, що особливо цікаво, більших підсистем, зокрема, конституційного права як особливої базової підсистеми права, заснованої на принципах тих же видів, що й система права загалом³.

У цьому контексті актуальною є постановка проблеми про спільні принципи права для кожної із двох підсистем права, пов'язаних із його поділом на право публічне і приватне. І якщо для приватного права його основні принципи визначаються насамперед цивільним правом, яке лежить в його основі⁴, то сфера публічного права набагато більш різноманітна. Вона охоплює регулювання здійснення публічної влади, однак не вичерпується цим: індивідуальні інтереси («блага») зовсім не обов'язково мають приватний характер; значна їхня частина спрямована на публічні (суспільно корисні) цілі.

Критерії розмежування системи права на публічну і приватну підсистеми досі залишаються дискусійними. Все ще популярний поділ за відомим *матеріальним критерієм* Ульпіана («публічне право стосується держави, а приватне – користі окремих осіб»)

¹ Козюбра М. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 142–164.

² Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. С. 70.

³ Конституційне право: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2021. С. 60, 107.

⁴ Майданик Р. А. Цивільне право як сфера приватного права України. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 65–80.

став анахронічним із розвитком у ХХ ст. громадянського суспільства – недержавної сфери суспільного життя, у якій реалізуються *публічні індивідуальні та групові інтереси* і відсутнє владне підпорядкування індивіда державі, – і суперечить визнанню індивідуальних *політичних прав*, націлених на участь людини у суспільному (державному й громадському) житті⁵. Відмова визнати публічно-правову природу політичних прав по суті означає звуження застосування у рамках публічного права принципу верховенства права, зокрема, його центрального складника – принципу поваги до прав людини і громадянина. Тим паче анахронічним і неспроможним виглядає *формальний критерій* розмежування, заснований на приписуваних методах регулювання – імперативному для публічного та диспозитивному для приватного права.

Різноманітність галузей та інститутів публічного права ускладнює пошук спільних для усього публічного права принципів, що лежать в його основі. При цьому не викликає сумнівів поширення на публічне право загальних принципів права; проте така дія може мати певну специфіку, пов'язану з природою конкретних публічних правовідносин.

Непродуктивним виглядає пошук спільних принципів публічного права як антитези основних принципів приватного (цивільного) права; їх формулювання, засноване на певній інтерпретації змісту ст. 3 Цивільного кодексу України, засвідчує або загально-правове походження цих принципів, або їх спрямованість на специфічний об'єкт правовідносин майнової чи підприємницької природи. Прикладом відмінності дії загальних принципів у двох підсистемах права може бути принцип рівності, який має дещо абсолютизований характер (не толерує винятків) у рамках приватного права, тоді як у публічному праві має більш диверсифіковані прояви стосовно різних суб'єктів.

Нарешті, при пошуку спільних принципів публічного права доцільно враховувати також його природний поділ (як і права загалом) на матеріальну та процесуальну складові. Перша складова публічного права визначає правовий статус відповідних суб'єктів; друга – порядок (процедуру) реалізації прав та обов'язків невлadних суб'єктів, повноважень суб'єктів здійснення влади. Можна висловити припущення, що процесуальна (процедурна) частина публічного права, незважаючи на істотну предметну різноманітність (вона містить як цілі галузі процесуального права, так і окремі процедурні чи процесуальні інститути інших галузей публічного права), утім повинна демонструвати, порівняно з матеріальною частиною, більшу єдність регулювання, а отже, і тих принципів права, які лежать у її основі.

Дослідження спільних принципів публічного права як у цілому, так і стосовно його окремих частин – статусної і процедурної, – виглядає достатньо масштабним завданням з огляду на різноманітність галузей та інститутів, об'єднаних публічним правом. Як перший крок у цьому напрямку розглянемо принципи, що лежать в основі окремих складових публічного права.

Принципи виборчого права та інституту референдуму. Галузеві принципи виборчого права та принципи його інститутів достатньо повно досліджені. Їх розгляд засвідчує вплив як загальних принципів, «спроєктованих» на галузь чи окремий її інститут, так

⁵ Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. С. 54.

і принципів деяких суміжних галузей. Прикладом першого випадку може бути принцип рівності, який у межах виборчого права набирає форми комплексу вимог формальної (рівної кількості голосів у виборців) і матеріальної рівності (рівного потенційного впливу кожного голосу) щодо активного виборчого права та рівності статусу (обсягу похідних виборчих прав) і можливостей бути обраним, а також рівності можливостей діяти у виборчому процесі для кандидатів та для суб'єктів їх висування.

Серед інституційних принципів виборчого права особливий інтерес становлять принципи інститутів виборчого процесу (процедурної складової виборчого права) та органів адміністрування виборів, які демонструють тісний зв'язок із деякими галузевими принципами адміністративного права, зокрема: законності (у формі, закріпленій у ст. 19 Конституції України), публічності (відкритості), політичної нейтральності суб'єктів владних (управлінських) повноважень, і є по суті «проекціями» загально-правових чи «загальнопроцесуальних» принципів.

Традиційно вважається, що інститут референдуму заснований на принципах, спільних із виборчим правом. Однак істотною відмінністю є відсутність у рамках інституту референдуму аналога суб'єктів пасивного та номінаційного виборчого права, що відображається у змісті принципу рівності стосовно суб'єктів референдумного процесу: замість рівності усіх суб'єктів встановлюється рівність можливостей двох груп суб'єктів – прихильників та опонентів питання референдуму. Цю вимогу Венеційська Комісія віднесла до специфічних для інституту референдуму принципів; двома іншими визначено вимогу узгодженості (несуперечливості) референдуму з системою представницької демократії та вимогу ясності і чіткості (зокрема й предметної і процедурної придатності) питання референдуму та його попереднього контролю⁶.

Принципи муніципального права. Муніципальне право є окремою галуззю права з власним предметом регулювання – функціонування місцевого самоврядування як особливої форми здійснення влади у державі. Спроба сформулювати принципи такого правового регулювання зроблена у ст. 4 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» 1997 р. Слід підтримати позицію О. Батанова щодо необхідності перегляду цієї «традиційної» системи принципів⁷. Проте з запропонованим у зазначеній праці переліком принципів муніципального права погодитися важко; деякі з них базуються на громадівській концепції місцевого самоврядування, яка буквально тлумачить конституційне положення про місцеве самоврядування як «право» територіальної громади. Однак останні передвоєнні кроки реформування територіальної основи місцевого самоврядування, на наше переконання, істотно підірвали підґрунтя цієї концепції з її ідеєю «природної громади» і недержавної природи її публічної влади⁸.

Муніципальне право, без сумніву, базується на загальних принципах права, насамперед принципі верховенства права, та принципах конституційного права, зокрема,

⁶ Venice Commission. Revised Code of Good Practice on Referendums (CDL-AD(2022)015). Adopted 20 June 2022. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)015-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)015-e)

⁷ Батанов О. В. Концепція принципів муніципального права. *Alfred Nobel University Journal of Law*. 2023. № 2(7). С. 34–35.

⁸ Ключковський Ю. Б. Тенденції реформування місцевого самоврядування в Україні. *Муніципальна реформа в контексті євроінтеграції України: позиція влади, науковців, профспілок та громадськості*. Тези доповідей IV Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Київ, 10 грудня 2020 р.). Київ: АПСВТ, 2020. С. 15–22.

принципах суверенітету народу (а не громади) та унітарного характеру Української держави; деякі з цих принципів своєрідно «проєктуються» на муніципальне право. Водночас ця галузь має і свої власні принципи.

Насамперед слід зазначити *принцип підзаконності і підсудності місцевого самоврядування*, виражений конституційною формулою «вирішення питань місцевого значення в межах Конституції і законів України». Цей принцип впливає з конституційного принципу унітарності держави з її єдиною системою законодавчого регулювання усіх суспільних відносин, а також єдиною системою судової влади; остання повинна не лише захищати «права» (точніше, сферу повноважень і засади організації) місцевого самоврядування, а й забезпечувати захист інших суб'єктів суспільного життя (насамперед індивідів) від порушення їхніх прав з боку місцевого самоврядування.

Поряд із цим визначальну роль відіграє *принцип автономності місцевого самоврядування*, який забороняє *адміністративний* вплив органів виконавчої влади на функціонування місцевого самоврядування, реалізуючи ідею *децентралізації* управлінської влади. Зміст цього принципу становлять три традиційні автономії – правова, організаційно-кадрова та матеріально-фінансова.

Третій принцип – *принцип представництва у взаємодії з елементами прямої та учасницької демократії* – забезпечує демократичну основу функціонування місцевого самоврядування, яке реалізується насамперед через представницький орган – місцеву раду, та реалізацію індивідуальних прав жителів територіальної громади на участь у місцевому самоврядуванні.

Наступний *принцип субсидіарності* вимагає надання місцевому самоврядуванню тих повноважень, які можуть найбільш ефективно здійснюватися на рівні територіальної громади; внаслідок принципу підзаконності ці повноваження закріплюються у Конституції та законах держави. Звідси випливають два наслідки: по-перше, повноваження місцевого самоврядування мають бути повними і вичерпними (інші адміністративні органи не повинні втручатися у сферу самоврядних повноважень); по-друге, можливість ефективно здійснювати певні повноваження означає *спроможність* самоврядування реалізувати свою владу (звідси випливає обов'язок держави сприяти місцевому самоврядуванню у забезпеченні його спроможності).

До галузевих принципів муніципального права можна віднести і деякі більш загальні вимоги, запозичені зі сфери адміністративного права. Сюди належать *принцип публічності (відкритості)* функціонування місцевого самоврядування, а також два альтернативні *принципи колегіальності та єдиноначальності*, на яких засновано діяльність різних органів місцевого самоврядування.

Принципи інституту громадянства. Інститут громадянства, безсумнівно, належить до публічного права; він закріплює суб'єктивне право людини на громадянство і водночас визначає статус громадянина у правовідносинах із державою, зокрема й зобов'язальні повноваження держави стосовно громадянина.

Визнання наявності громадянства індивідуальним правом має наслідком інституційний *принцип уникнення безгромадянства* людини. Цей принцип закріплений у Конвенції Організації Об'єднаних Націй про скорочення безгромадянства 1961 р. та в

Європейській конвенції про громадянство 1997 р.; він знайшов своє вираження також у конституційному положенні про заборону позбавлення громадянина України його громадянства з ініціативи держави.

Важливими є принцип єдиного громадянства та альтернативний йому принцип дозволеності множинного громадянства. Проблема застосовності одного з цих принципів в українському праві (з урахуванням різних варіантів тлумачення змісту формально закріпленої Конституцією вимоги єдиного громадянства) останнім часом набуває актуальності.

Біпатризм може вступати у конфлікт з іншим принципом інституту громадянства — принципом вірності. Як зазначає І. Софінська, «питання вірності осіб з подвійним (множинним) громадянством, які є публічними особами та працюють в уряді держав одного із своїх громадянств, створює нові сучасні виклики з огляду на цінності, патріотизм та національну безпеку...»⁹. Зазначимо, однак, що намагання обмежити політичні права біпатридів у разі легального дозволу множинного громадянства неприйнятне, на що вказав Європейський суд з прав людини¹⁰.

Суміжним із множинним громадянством є так зване «додаткове» громадянство, представлене сьогодні інститутом громадянства Європейського Союзу (далі — ЄС). Хоча останнє є автоматичним наслідком наявності національного громадянства однієї з держав — членів ЄС, воно породжує додаткові правові наслідки, зокрема у сфері політичних прав.

Розглянуті нами як приклади дві галузі і два важливі інститути публічного права дають змогу зробити певні попередні висновки. З одного боку, на ці підсистеми публічного права поширюється дія загальних принципів права і принципів конституційного права, в окремих випадках з певною галузевою (інституційною) специфікою. З другого боку, галузеві й інституційні принципи права демонструють значну різноманітність, спричинену специфікою природи об'єкта регулювання; водночас певних ознак спільних принципів, характерних для них як для складових системи публічного права, виявити не вдалося. Проте для остаточних висновків, без сумніву, потрібні більш глибокі дослідження.

⁹ Софінська І. Д. Подвійне громадянство, принцип вірності і публічне врядування: мати не можна позбавити. *Часопис Київського університету права*. 2021. № 2. С. 72–73.

¹⁰ European Court of Human Rights. *Case Tănase v. Moldova*. Judgment (Grand Chamber) of 10 April 2010. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98428>

*Колпаков Валерій Костянтинович
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри конституційного і адміністративного
права Запорізького національного університету*

Принципи конституційної природи в сфері дисциплінарної відповідальності

Principles of a constitutional nature in the field of disciplinary responsibility

Конституційна природа принципів дисциплінарної відповідальності державних службовців впливає з п. 22 ст. 92 Конституції України, де зазначено, що виключно законами України визначаються діяння, які є дисциплінарними правопорушеннями та відповідальність за їх вчинення¹.

Аналіз Конституції України, у кореляції з нормативним забезпеченням дисциплінарної відповідальності, дає підстави визнати такими принципами: верховенство права; законність; пріоритет прав людини; доброчесність; справедливість; неприпустимість подвійної відповідальності; індивідуальний характер відповідальності; рівність учасників дисциплінарних процедур перед законом; презумпцію невинуватості; право на захист.

Домінуюче місце у їх системі належить **верховенству права**. Це обумовлено, по-перше, визнанням верховенства права загальною засадою державного суверенітету (розділ 1 Конституції України) і принципом суспільного і державного устрою, існування і функціонування інституцій усіх гілок влади, взаємодії держави з громадянським суспільством (статті 8, 18, 129, 147 Конституції України); по-друге, статусом кандидата на членство в Європейському Союзі (далі – ЄС), який передбачає еволюцію у процесах імплементації стандартів (принципів, практик) ЄС в український правовий простір, а одним із найважливіших таких стандартів є верховенство права; по-третє, закріпленням цього принципу як провідного у Законі України «Про державну службу»².

Похідним від верховенства права в сфері дисциплінарної відповідальності є принцип **законності**. Кореляція законності з дисциплінарним правопорушенням і дисциплінарною відповідальністю безпосередньо зафіксована у нормах ст. 92 Конституції України.

Також необхідно взяти до уваги, що Комітет Міністрів Ради Європи 13 лютого 1991 р. ухвалив Рекомендацію R(91)1 державам-членам стосовно адміністративних санкцій³, якою визначено вісім принципів щодо їх застосування: законність;

¹ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 256/к-96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

² Про державну службу: Закон України від 17 листопада 2011 р. № 4050-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 26. Ст. 273.

³ Рада Європи. Рекомендація R (91)1 Комітету міністрів державам членам стосовно адміністративних санкцій від 13 лютого 1991 р. URL: <https://rm.coe.int/16804fce52>

незворотність дії закону у часі; неприпустимість притягнення особи до відповідальності одного виду за один і той же проступок; розумність термінів застосування адміністративних санкцій; завершення провадження прийняттям остаточного рішення; забезпечення права особи на захист; обов'язок адміністративного органу нести тягар доказування; право на оскарження санкцій у незалежному та неупередженому суді, створеному на підставі закону.

У відносинах дисциплінарної відповідальності особливе місце належить **пріоритету прав людини**. Адже права і свободи людини і громадянина є центральним елементом конституційного статусу особи. Вони згадані вже у ст. 3 Конституції України (Преамбула). У її нормах права і свободи людини і громадянина визнаються найвищою соціальною цінністю, яка визначає зміст і спрямованість діяльності держави. Стаття 8 гарантує їх судовий захист безпосередньо на підставі норм Конституції України, а розділ 2 Конституції України цілком присвячений правам, свободам та обов'язкам людини і громадянина.

Конституційність принципу **доброчесності** впливає з загальних підходів Основного Закону до засад юридичної відповідальності. Поняття доброчесності Конституція України застосовує щодо регулювання лише питань правосуддя. Утім ми впевнені, що це дає підстави визнавати доброчесність важливою конституційною засадою будь-якої юридичної відповідальності, включаючи відповідальність дисциплінарну. У її межах доброчесність розуміється як спрямованість дій суб'єктів дисциплінарної юрисдикції на забезпечення публічних інтересів та відмова від превалювання приватного інтересу під час здійснення наданих їм повноважень.

З огляду на усталене розуміння верховенства права, законодавства і принципів ЄС щодо сфери управління і відповідальності, доброчесність є важливою генетичною основою дисциплінарно-деліктних відносин. Однак у позитивному праві України кореляція між ними залишається за межами нормативного регулювання. Вважаємо, що проблематика доброчесності у дисциплінарно-деліктній сфері має стати одним із напрямів дослідницьких зусиль.

Афілійованою з доброчесністю є принцип **справедливості дисциплінарної відповідальності** державних службовців. Справедливість передбачає увагу до людської індивідуальності й унікальності кожної життєвої ситуації. Ідея справедливості тим чи іншим чином супроводжує наукові пошуки з періодів зародження правових відносин і до сучасного їх стану. На просторі правової відповідальності, і дисциплінарної у тому разі, ця загальнолюдська цінність сприймається в одних випадках підставою правового рішення, в інших — його результатом. Вона присутня у низці правових актів і є одним із невід'ємних компонентів каркасу юридичної відповідальності.

У дисциплінарному праві справедливість сприймається як пропорційність покарання винної особи щодо негативних наслідків протиправного вчинку. Ознаки і критерії справедливого ставлення до суб'єкта проступку і самого проступку знаходять зовнішній вираз у дисциплінарній справі.

Пряме ставлення до справедливості має **неприпустимість подвійної відповідальності**, тобто притягнення до відповідальності за одне й те саме правопорушення два і більше рази. Цей принцип впливає зі ст. 61 Конституції України. Відповідно до неї

ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення. Вона конкретизована у чинному Законі України «Про державну службу» у ст. 74 «Гарантії прав державних службовців під час застосування дисциплінарного стягнення, де встановлює, що за кожне порушення службової дисципліни накладається лише одне дисциплінарне стягнення.

Важливим конституційним принципом дисциплінарної відповідальності є її **індивідуальний характер**. Він об'єктивований у ч. 2 ст. 61 Конституції України, яка встановила, що юридична відповідальність особи має індивідуальний характер. Розповсюдження дії цієї норми на сферу дисциплінарної відповідальності забезпечено ст. 92 Конституції України, яка прямо вказала, що цей вид відповідальності корелюється з іншими видами юридичної відповідальності.

Принцип **рівності учасників процедур дисциплінарної відповідальності перед законом** перебуває у прямому зв'язку з нормами ст. 24 Конституції України, за якою громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Сутність цього зв'язку розтлумачена Конституційним Судом України, який визнав рівні права будь-якої особи на участь у розгляді своєї справи суб'єктами всіх юрисдикцій, спеціалізацій та інстанцій (рішення від 12 квітня 2012 р. № 9-рп/2012 у справі № 1-10/2012).

Принцип **презумпції невинуватості** впливає з норм ст. 62 Конституції України. Відповідно неї особа вважається невинуватою, доки її вину не буде доведено. Хоча у статті йдеться про кримінально-правову відповідальність, ми не бачимо заперечень для її екстраполяції на сферу дисциплінарної відповідальності. На користь цього свідчить положення чинного Закону України «Про державну службу», за якими стягнення може бути накладено тільки у разі встановлення факту вчинення дисциплінарного проступку та вини державного службовця.

Ґрунтовним принципом дисциплінарної відповідальності, покликаним забезпечувати реальну дію презумпції невинуватості, є право на **захист і кваліфіковану юридичну допомогу**. Конституція України закріплює і гарантує право особи на захист своїх прав юридичними засобами. Про такий захист, зокрема, йдеться у ст. 55 «Права і свободи людини і громадянина захищаються судом». Своєю чергою ст. 74 Закону України «Про державну службу» дозволяє державному службовцю користуватися правовою допомогою адвоката або іншого уповноваженого ним представника. Крім того, він має право на ознайомлення з матеріалами дисциплінарної справи та на оскарження застосованого до нього дисциплінарного стягнення у визначеному законом порядку.

Здійснений аналіз конституційних принципів дисциплінарної відповідальності державних службовців дає можливість зазначити, що їхня сукупність утворює специфічну систему, у якій дотримання одних сприяє реалізації інших. Так, наприклад, взаємозалежними є верховенство права, законність, невідворотність, справедливість і добросовісність.

*Кравченко Наталія Григорівна
кандидатка юридичних наук,
старша викладачка кафедри загальнотеоретичного
правознавства і публічного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

Окремі аспекти застосування принципів права у публічно-правових спорах: пріоритет публічного інтересу

Certain aspects of application of the principles of law in public law disputes: priority of public interest

Назва тез просить поставити знак запитання, перетворивши її в питання, яке спонукає шукати відповіді. До яких загальних і галузевих принципів звертаються суди при вирішенні спорів публічного характеру? Чи стикаються суди при цьому з конкуренцією принципів права: загальних і спеціальних; чи є пріоритети в застосуванні окремих галузевих принципів? Чи завжди суд при розгляді публічно-правових спорів віддає перевагу захисту публічного інтересу? Очевидно, що пошук відповіді на ці запитання є непростим, хоча б тому, що необхідно, зокрема, зіставити інтереси публічний і приватний. І чи не завжди в таких спорах у підсумку приватний інтерес набуває характеру публічного і навпаки.

Розмірковуючи про місію права, М. Козюбра зазначає, що право, зокрема, є засобом цивілізованого вирішення конфліктів у суспільстві на засадах дотримання справедливої рівноваги між свободою одних і свободою інших, поєднання приватних і публічних інтересів¹.

За критерієм характеру домінуючого інтересу виокремлюють публічне право, яке захищає загальні, державницькі, суспільні інтереси, загальносуспільні блага, важливі не для окремої людини, а для громади, суспільства, країни загалом². Спеціальні принципи права підкреслюють особливості правового регулювання в окремих сферах суспільного життя і поширюються у межах певних галузей та інститутів права³. Галузеві принципи, до прикладу, фінансового права та його інститутів (бюджетного, податкового, валютного), конкретизують загальні принципи у їх пристосуванні до суспільних відносин, які є предметом правового регулювання цієї галузі.

Звертаючись до податкового права, М. Кучерявенко вважає, що воно, як і загальногалузеві принципи, включає спеціальні (галузеві) принципи-норми (прямо закріплені в податковому законі) та принципи, які впливають із норм, що регулюють сплату

¹Козюбра М. І. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 147.

²Дараганова Н. В. Головні критерії розмежування права на приватне і публічне. Аналітично-порівняльне правознавство. URL: https://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2022/05/APP-1_2022.pdf

³Богачова Л. Л. Принципи європейського і національного права (порівняльно-правовий аналіз критеріїв класифікації). URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/7549/1/Bogacheva_47.pdf

конкретного податку⁴. Принципи податкового законодавства стали предметом уваги науковців відразу ж після їх закріплення (перелік не є вичерпним) у Податковому кодексі України (далі – ПК України)⁵. Автори підручника «Сучасне фінансове право. Право публічних фінансів» виділяють загальноправові та спеціальні принципи публічної фінансової діяльності, серед яких – принцип пріоритету публічних інтересів над приватними. На їхню думку, саме публічний інтерес проводить межу між публічними та приватними фінансами⁶.

Автори наукового коментаря ст. 4 ПК України, звертаючись до загальної системи принципів оподаткування, сформульованої А. Смітом і розвиненої його послідовниками, бачать її відображення в особливостях і тенденціях сучасної податкової системи, серед яких на першому місці «стабільність і передбачуваність – припускає незмінність основних податкових платежів і правил стягнення податку протягом тривалого часу, а також логічність із економічної й правової сторони змін податкового законодавства»⁷. За доктринальною думкою питання принципу стабільності в правовому регулюванні податкової системи перебувають у площині застосування засадничих положень принципу верховенства права, закріплених у Конституції України, які законодавець реалізував у визначенні в ПК України галузевих принципів податкового законодавства⁸.

Вважаємо, що і системність застосування принципів права теж має свою проблематику і потребує відповідного осмислення. Дослідники внутрішнього змісту того чи іншого принципу підкріплюють аналіз його застосування судовою практикою. Останнім часом все частіше судовий розгляд податкових спорів звертається до застосування при їх вирішенні норм-принципів. Так, предметом для дискусії та поглибленого дослідження як для науковців, так і практиків, на наше переконання, є постанова Верховного Суду від 19 квітня 2022 р. у податковій справі № 816/687/16, в якій знайдемо аргументи системного використання галузевих принципів податкового права у поєднанні із загальнотеоретичними принципами правової визначеності, пропорційності⁹. Звернемо увагу ще й на судове тлумачення змісту поняття публічного інтересу, адже Верховний Суд, врахувавши реалії сьогодення та фактичні обставини справи, конкретизував мету такого інтересу у спірних правовідносинах – національна безпека в умовах реальної загрози військової агресії (на час спірних правовідносин), а надалі і фактичного воєнного вторгнення (на час ухвалення рішення). Верховний Суд виснував, що встановлення податків за користування природними ресурсами (спір щодо підвищення ставки рентної плати за користування надрами) має пряму суспільну направленість

⁴ Кучерявенко М. П. Податкове право України: підручник. Харків: Право, 2012. С. 139.

⁵ Кравченко Н. Г. Принципи податкового законодавства за Податковим кодексом України. *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки. 2011. Т. 116. С. 87–90; Лобач О. М. Принципи права: особливості в податковому праві. *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки. 2018. Т. 1. С. 39–49.

⁶ Музика-Стефанчук О. А., Якимчук Н. Я. Сучасне фінансове право. Право публічних фінансів: підручник. Київ: АртЕк, 2024. С. 23, 53–54.

⁷ Податковий кодекс України: постатейний коментар: у 2 ч. Ч. 1 / В. В. Білоус., Л. К. Воронова, О. О. Головашевич та ін.; за ред. М. П. Кучерявенка. Харків: Право, 2011. С. 18.

⁸ Баїк О. І. Про системність принципів в податковому праві України. *Вісник національного університету «Львівська політехніка»*. Збірник наукових праць. Серія: Юридичні науки. 2016. № 845. С. 12–19.

⁹ Постанова Верховного Суду від 19 квітня 2022 р. у справі № 816/687/16 (адміністративне провадження № К/9901/33796/20). URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/rishennya_sud_palat/palata_19_04_01_2022_816_687_16

і пряме вираження суспільного інтересу. Варто додати, чи не містить таке рішення не лише прояв захисту публічного інтересу (народу як власника надр), а й захист інтересу приватного – платника рентної плати (інвестора) та його бізнесу, бо податок, зокрема, є фінансовим ресурсом для захисту української землі від загарбників.

Аналізуючи практику встановлення та скасування податкових пільг в умовах воєнного стану на предмет відповідності принципу стабільності податкового законодавства, Д. Гетманцев і О. Коваль вважають, що війна змусила змінити усталені підходи до принципу стабільності. Зокрема, нового наповнення набули нововведені податкові пільги, які не тільки підтримали важливі для захисту країни галузі, а й стали стимулом для бізнесу продовжувати роботу задля підтримання економіки податками¹⁰.

Функціональне дослідження принципів права Європейського Союзу (далі – ЄС) у практиці Суду ЄС дало підстави О. Юхимюк зробити висновок щодо важливої ролі принципів права в судовій практиці, зокрема: в заповненні прогалин в праві ЄС; інтеграції в правову систему ЄС правових систем країн – членів ЄС, а також країн, що прагнуть до членства у ньому. Принципи виступають інструментом тлумачення та застосування установчих договорів ЄС та утвердження і захисту прав особи¹¹. У цьому контексті цінним є визнання представниками судової спільноти необхідності переосмислення підходів у розгляді судових спорів крізь призму принципів права, коли суддя має визначитись, який принцип є вирішальним в ухваленні рішення щодо конкретного спору та як його справедливо й розумно застосувати. І на шляху євроінтеграції України дійсно «інтеграція правової сфери, сфери правосуддя – це більше не про зміну законодавства, а про зміну мислення. Видається, що пізнати спосіб мислення європейців означає пізнати принципи та доктрини, на яких ґрунтується вирішення правових конфліктів у будь-якій сфері судочинства, й імплементувати таке мислення в право України»¹². Залишається сподіватись, що таке бачення отримає широку підтримку у більшості представників не тільки судової влади, а й інших гілок.

Платникам податку також потрібно визначитись: а чи є ймовірне порушення законодавцем принципу податкового законодавства підставою для несплати визначеного законом податку, чи може він відмовитись від виконання свого конституційного обов'язку? Адже ст. 67 Конституції України зобов'язує кожного сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом.

На нашу думку, важливим напрямом подальшого дослідження є визначення місця галузевих принципів публічного права в архітектоніці елементів принципу верховенства права та мірила їх дотримання в правотворенні та правозастосуванні. Як для науковців, так і для практиків стає очевидним, що суть принципів не є усталеною, принципи потребують свого конкретного осмислення за фактичних правовідносин і розумного адаптування до реалій сьогодення.

¹⁰ Гетманцев Д., Коваль О., До питання про дотримання принципу стабільності податкового законодавства під час встановлення та скасування податкових пільг в умовах воєнного стану. *Право і суспільство*. 2022. № 4. С. 342–350. URL: <https://elar.naiu.kiev.ua/server/api/core/bitstreams/533fe27e-2bf8-486a-8b48-7dfalbda5b44/content>

¹¹ Юхимюк О. Функції принципів права Європейського Союзу в практиці Суду Європейського Союзу. *Історико-правовий часопис*. 2019. № 2 (14). С. 66–70. URL: <http://chasopys.hl.vnu.volyn.ua/index.php/chasopys/article/view/13/12>

¹² Крат В., Бабанли Р. Принципи права у практиці Верховного Суду: тернистий шлях від букви до духу. URL: <https://www.deadlawyers.org/de-take-napysano/>

Лобач Ольга Михайлівна
кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри загальнотеоретичного правознавства
і публічного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Становлення системи принципів права неспроможності в Україні

Formation of the system of bankruptcy law principles in Ukraine

У світі застосування процедури неспроможності / банкрутства визнано цивілізованим способом перерозподілу майна неконкурентоздатного власника між його кредиторами, який ґрунтується на законодавчо встановленому правопорядку. Інститут неспроможності, як зазначає В. Джунь, є дуже важливим правовим механізмом, який надає необхідний інструментарій для нормального функціонування саморегульованої ринкової економіки на засадах конкурентного суперництва, комерційного ризику товаровиробників та має подвійне призначення – не лише направлений на врегулювання колізій між майновими інтересами боржника і кредиторів (приватний інтерес), а й покликаний сприяти прогресивним соціально-економічним змінам, які звільнюють простір для розвитку ефективного товарного виробництва (публічний інтерес)¹. Звідси висновок: ефективне товарне виробництво – запорука стабільної економіки, яка, зі свого боку, є гарантією національної безпеки та суверенітету держави, добробуту людей.

Створення засад правового регулювання відносин неспроможності (банкрутства) в Україні почалося з ухвалення Верховною Радою України 14 травня 1992 р. Закону України «Про банкрутство», який, з одного боку, був підданий значній критиці за його численні недоліки², а з другого боку, дослідниками було відзначено окремі його норми, які по суті послужили першоосновою для створення системи принципів права неспроможності. Ці норми В. Джунь назвав хоча й недосконалими, але засадовими положеннями³, а П. Пригуза зазначив, що цей Закон містив деякі загальні положення конкурсного права, які у комплексі з нормами Господарського процесуального кодексу України створювали умови для встановлення конкурсного процесу, зокрема, такі: встановлення судового контролю над процедурою банкрутства; визначення

¹ Джунь В. В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні: монографія. Львів: Інститут технологій бізнесу і права, 2000. С. 5.

² Джунь В. В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні: монографія. Львів: Інститут технологій бізнесу і права, 2000. С. 46–58; Джунь В. В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні: монографія. Вид. 2-ге, виправл. і доповн. Київ: Юридична практика, 2006. С. 72–83; Пригуза П. Д. Проблеми теорії і практики конкурсного права в Україні: неспроможність та банкрутство: монографія. Харків: Харків юридичний, 2009. С. 51–53.

³ Джунь В. В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні: монографія. Львів: Інститут технологій бізнесу і права, 2000. С. 49.

черговості погашення вимог кредиторів; реалізацію на практиці мети конкурсного процесу – задоволення вимог кредиторів тощо⁴.

Ці засадові положення набули подальшого розвитку в Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (редакції від 1999 та 2011 рр.). Але слід зауважити, що в цьому Законі принципи правового регулювання відносин неспроможності (банкрутства) теж прямо виділені не були, на що неодноразово звертав увагу Б. Поляков, за його оцінкою відсутність законодавчого закріплення цих принципів значно знижує єдність нормативного акту, оскільки у відносинах неспроможності є свої специфічні принципи, на основі яких тримаються та функціонують норми Закону⁵. У підручнику «Правове регулювання банкрутства» теж було відзначено, що в Законі прямо не виділені специфічні принципи інституту банкрутства, що на думку авторів, «є не досить вдалим» і висловлено побажання законодавчо їх визначити⁶. З часом стала з'являтися практика законодавчого закріплення окремих принципів в цьому Законі – Законом України від 13 березня 2018 р. № 2320-VIII було впроваджено, як підкреслюють В. Погребняк та О. Гаврилюк, «один, явно виражений правовий принцип – принцип взаємності (статті 119, 131)»⁷. Утім, на рівні української доктрини дослідження / розроблення принципів права неспроможності триває вже не одно десятиліття. Низку принципів правового регулювання відносин неспроможності, обґрунтування їх змісту та закріплення в окремій статті закону пропонував Б. Поляков⁸. Три основоположні ідеї, які є системно-утворюючими для законодавства про неспроможність і які точно відображають правову природу, найбільш істотні властивості процесуального механізму та інтеграційних зав'язків законодавства про неспроможність як автономного нормативного комплексу, обґрунтував В. Джунь⁹. Згодом П. Пригуза зауважив, що «здебільшого дослідники основних засад приділяють увагу визначенню галузевих принципів, які притаманні, на їхню думку, тільки правовідносинам неспроможності і банкрутства», і висловився за те, що «ідеї та засади цих відносин слід розглядати ширше, застосовуючи до законодавства про банкрутство як загальні принципи права, так і принципи судочинства»¹⁰. У своїх працях цей вчений запропонував та обґрунтував низку основних новітніх принципів конкурсного права та конкурсного процесу¹¹, які «у праві неплатоспроможності є базисом для подальшого розвитку

⁴ Пригуза П. Д. Проблеми теорії і практики конкурсного права в Україні: неспроможність та банкрутство: монографія. Харків: Харків юридичний, 2009. С. 50–51.

⁵ Поляков Б. М. Удосконалення правового регулювання відносин неспроможності (банкрутства) в Україні. Донецьк: Донбас, 2001. С. 39.; Поляков Б. М. Право несостоятельности (банкротства) в Украине. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 43.

⁶ Правове регулювання банкрутства: підручник / за заг. ред. Л. С. Сміяна. Київ: КНТ, 2009. С. 22–23.

⁷ Погребняк В., Гаврилюк О. Роль судової правотворчості у добудові права: принципи у справах неспроможності / В. Погребняк, О. Гаврилюк. *Право України*. 2022. № 7. С. 38.

⁸ Поляков Б. М. Право несостоятельности (банкротства) в Украине. Киев: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 46–57.

⁹ Джунь В. В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні: монографія. Вид. 2-ге, виправл. і доповн. Київ: Юридична практика, 2006. С. 215–221.

¹⁰ Пригуза П. Д., Пригуза А. П. Науково-практичний коментар Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції з 18 січня 2013 року (доктринальне тлумачення норм права неплатоспроможності та статей 1–21). Херсон: ТДС, 2013. С. 40.

¹¹ Пригуза П. Д. Проблеми теорії і практики конкурсного права в Україні: неспроможність та банкрутство: монографія. Харків: Харків юридичний, 2009. С. 53–86; Пригуза П. Д., Пригуза А. П. Науково-практичний коментар Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції з 18 січня 2013 року (доктринальне тлумачення норм права неплатоспроможності та статей 1–21). Херсон: ТДС, 2013. С. 40–56.

права — застосування в межах допустимого аналогії права та вдосконалення законодавства у завданому принципами напрямку»¹².

Торкаючись питання принципів права неспроможності у Кодексі України з питань банкрутства (далі — КУЗПБ або Кодекс), який замінив вищезазначений Закон, В. Погребняк вказав на нетиповість Кодексу порівняно з іншими українськими кодифікованими актами: «...у розділі 1 “Загальні положення” не згадано про принципи права як вихідні програмні ідеї його застосування. Фактично у зв’язку зі специфічністю предмета правового регулювання законодавець переклав це питання на плечі судової влади»¹³. Натепер в Україні діють двадцять три кодекси, характерною ознакою переважної більшості з них є пряме закріплення в їх загальній частині низки основних засад / принципів, на яких ґрунтується правове регулювання відповідних суспільних відносин. Відзначаючи роль судової правотворчості у добудові права, зокрема, формуванням принципів права у справах про банкрутство, В. Погребняк та О. Гаврилюк вказують, що: «у справах про банкрутство, що перебували у провадженні Верховного Суду, можна спостерігати формулювання та застосування щонайменше шести правових принципів: концентрації у межах справи про банкрутство всіх спорів; принцип процесуальної економії у справі про банкрутство; принцип судового нагляду у відносинах неплатоспроможності та банкрутства; принцип безсумнівної повноти дій ліквідатора у ліквідаційній процедурі; принцип «незмінності складу суду» у справах про банкрутство; принцип конкурсного імунітету»¹⁴. Чотири принципи прямо закріплені в Кодексі: принцип взаємності (статті 2, 97); принцип офіційного з’ясування всіх обставин у справі (ст. 7); принцип випадкового вибору арбітражного керуючого (ст. 28); принципи виборності, гласності. Ці принципи автори «визначають як принципи інститутів права (банкрутства) відповідно до ієрархії, наведеній у ч. 1 статті» й додають, що відсутність галузевих (програмних) принципів права «власне, й обумовлює простір для судової правотворчості»¹⁵.

Варто звернути увагу і на те, що під впливом певних факторів правові позиції Верховного Суду можуть змінюватися, зокрема і щодо принципів. Зокрема, під час круглого столу «Застосування господарськими судами норм Кодексу України з процедур банкрутства» Л. Рогач і Л. Катеринчук, торкаючись проблеми вирішення майнових спорів, що стосуються податкових зобов’язань боржника, висловили думку, що ці спори мають розглядатися господарськими судами в межах справи про банкрутство боржника, тобто має застосовуватися принцип концентрації розгляду спорів у відповідності до ст. 7 КУЗПБ. Л. Рогач зазначила: «Із практики Великої палати ВС випливає, що в межах справи про банкрутство розглядаються і трудові спори, і спори про відшкодування шкоди. Наразі залишається відкритим питання про те, чи належать до цієї категорії

¹² Пригуза П. Д., Пригуза А. П. Науково-практичний коментар Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції з 18 січня 2013 року (доктринальне тлумачення норм права неплатоспроможності та статей 1–21). Херсон: ТДС, 2013. С. 41.

¹³ Ефективні способи захисту, засади судочинства у справах про банкрутство і нюанси розгляду справ в умовах війни. *Всеукраїнський семінар для суддів та помічників суддів господарських судів «Судова практика в питаннях — відповідях: господарське судочинство»*, 10 червня 2022 р. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1283547/>

¹⁴ Погребняк В., Гаврилюк О. Роль судової правотворчості у добудові права: принципи у справах неспроможності. *Право України*. 2022. № 7. С. 42–45, 49.

¹⁵ Та само. С. 38.

спори, стороною яких є суб'єкт владних повноважень, коли йдеться про визнання податкових зобов'язань. За підходом, запровадженим ВП ВС, держава не може ризикувати втратою великих коштів, очікуючи завершення процедури узгодження податкового зобов'язання, яка може тривати роками. Чи збережеться такий підхід – покаже практика», але, на її думку, назріла необхідність передання розв'язання цих питань у межі справи про банкрутство¹⁶. Натепер судова практика ґрунтується на вимозі абз. 6 ч. 2 ст. 34 Кодексу – контролюючий орган вправі звертатися до господарського суду як ініціюючий кредитор, але повинен до заяви долучити докази вжиття заходів щодо стягнення (погашення) податкового боргу або іншої заборгованості у встановленому порядку¹⁷, цей порядок регламентується Податковим кодексом України.

За оцінкою В. Погребняка та О. Гаврилюка значна роль у формуванні доктринальних концепцій щодо принципів права неспроможності нині належить судовій практиці. Застосування авторами слова «щонайменше» щодо кількості сформульованих та застосованих Верховним Судом принципів¹⁸ означає, що перелік принципів, що можуть бути сформовані судовою практикою, є відкритим. Не заперечуючи цієї об'єктивної реальності, водночас маємо звернути увагу, що відсутність закріплення в Кодексі принципів права неспроможності в Кодексі оцінюється дослідниками як суттєвий недолік. Зокрема, такого висновку дійшов К. Смолів, до якого додав доволі гострої критики (розуміємо, що це критика на адресу законодавця. – О. Л.), що саме принципи «мали стати для Верховного Суду своєрідним орієнтиром, навіть «компасом», у правозастосовній діяльності. Водночас не можна вважати позитивним формування наведених принципів виключно на рівні судової доктрини, оскільки в такому разі Верховний Суд фактично генерує безмежний зміст кожного принципу права неспроможності (банкрутства), іноді спотворюючи його, хоча при цьому, безумовно, принципи сприяють змістовному наповненню прогалин у законодавстві з питань неспроможності (банкрутства)¹⁹. З висловленою цим автором позицією не можна не погодитися, враховуючи те, що багатьма дослідниками, як було зазначено вище, підкреслюється специфічність регулювання відносин неспроможності / банкрутства, яка мала б знайти своє відображення в загальній частині Кодексу передусім закріпленням засад регулювання цих відносин.

М. Козюбра принципи права називає найважливішим виразом правових цінностей, «які можна розглядати як концентрований і певною мірою (через конкретизацію) прояв внутрішньої властивості права – справедливості». Серед цінностей у праві вчений виділяє такі, «які не належать до внутрішніх сутнісних властивостей права, однак, виражають інтереси і потреби людей, які можуть бути реалізовані лише за допомогою права. Цими цінностями, зокрема, охоплюються «...економічні (забезпечення та охорона

¹⁶ Проблемні питання банкрутства фізичних та юридичних осіб: у Верховному Суді обговорили застосування судами норм КУзПБ. *Круглий стіл «Застосування господарськими судами України норм Кодексу України з процедур банкрутства»*, 5 квітня 2023 р. <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1405595>

¹⁷ Кодекс України з процедур банкрутства від 18 жовтня 2018 р. № 2597. *Офіційний вісник України*. 2019. № 34 (03.05.2019). Ст. 1197.

¹⁸ Погребняк В., Гаврилюк О. Роль судової правотворчості у побудові права: принципи у справах неспроможності. *Право України*. 2022. № 7. С. 42.

¹⁹ Смолів К. В. Принципи права неспроможності (банкрутства) в юридичній та судовій доктрині: постановка питання. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 6. С. 281.

товарно-ринкових інститутів, форм та інститутів власності, господарювання тощо); <...>²⁰. Саме ці економічні цінності обґрунтував свого часу В. Джунь у двох редакціях вищезгаданої монографії «Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні»²¹, які не втратили актуальності і нині. Зазначений вище підхід М. Козюбри до розуміння принципів права як правової цінності цілком, на нашу думку, демонструється новітніми принципами права неспроможності, обґрунтованими П. Пригузою як система принципів конкурсного права та конкурсного процесу²².

Торкаючись теми принципів права неспроможності, не можна залишити поза увагою євроінтеграційні наміри України. Так, О. Бірюков зазначив, що євроінтеграція є пріоритетом зовнішньої політики України і що в цьому контексті має відбуватися наближення законодавства України про банкрутство до законодавства країн Європейського Союзу (далі – ЄС), бо знання теоретичних підвалин формування принципів регулювання специфічних правових відносин, якими є відносини неспроможності, та розуміння природи уніфікованих норм, розроблених в ЄС, є для нашої країни важливими та необхідними в цілях вступу до ЄС. Зокрема, ідеться про механізм координації заходів у порушених судових провадженнях і про активи неспроможного боржника у трансграничних процедурах банкрутства²³. Певні кроки з такої координації в Україні вже зроблені – встановлені правила застосування принципу взаємності у провадженнях у справах про банкрутство, пов'язаних з іноземною процедурою банкрутства (розділ VIII Кодексу)²⁴. Висвітлюючи питання банкрутства, автори підручника «Право Європейського Союзу» звернули увагу на такі особливості: в ЄС банкрутство не визнається самостійною галуззю права й нормативні акти, пов'язані з банкрутством, у системі законодавства окремо не виділені, проте норми, спрямовані на регулювання відносин неспроможності суб'єктів права, можна знайти в деяких визначених сферах правового масиву ЄС; в ЄС регулювання банкрутства виходить з необхідності захисту майнових інтересів і кредиторів, і боржника; банкрутство у праві ЄС тісно пов'язано із законодавством про конкуренцію, яке належить до сфери управління економікою та спрямоване на підтримку справедливої конкуренції певними юридичними засобами, зокрема і за допомогою процедур банкрутства, які є ринковими механізмами регулювання чесної конкуренції, інструментом справедливого та передбачуваного регулювання майнових відносин між учасниками економічних відносин; у кожній країні – члені ЄС існує своя унікальна система законодавства про банкрутство, що обумовлює певні розбіжності в регулюванні відносин неспроможності та неможливість повної гармонізації відповідних норм, але «Разом з тим у ЄС є значні успіхи у сфері створення єдиної системи регулювання відносин неспроможності»²⁵.

²⁰ Козюбра М. І. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 149.

²¹ Джунь В. В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні: монографія. Львів: Інститут технологій бізнесу і права, 2000. 180 с.; Джунь В. В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні: монографія. Вид. 2-ге, виправл. і доповн. Київ: Юридична практика, 2006. 384 с.

²² Пригуза П. Д. Проблеми теорії і практики конкурсного права в Україні: неспроможність та банкрутство: монографія. Харків: Харків юридичний, 2009. С. 53–86; Пригуза П. Д., Пригуза А. П. Науково-практичний коментар Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції з 18 січня 2013 року (доктринальне тлумачення норм права неплатоспроможності та статей 1–21). Херсон: ТДС, 2013. С. 40–56.

²³ Бірюков О. М. Наука про банкрутство: вибрані праці. Київ: Алерта, 2024. С. 287–288.

²⁴ Кодекс України з процедур банкрутства від 18 жовтня 2018 р. № 2597. *Офіційний вісник України*. 2019. № 34 (03.05.2019). Ст. 1197.

²⁵ Право Європейського Союзу: підручн. / за ред. О. К. Вишнякова. Одеса: Фенікс, 2013. С. 293–295.

На підтвердження таких успіхів варто послатися на Регламент ЄС 2015/848 від 20 травня 2015 р. «Про процедури неспроможності (нова редакція)» (замінив собою однойменний Регламент Ради ЄС 1346/2000 від 29 травня 2000 р.), який визначає важливі цілі трансграничних процедур банкрутства – створення простору свободи, безпеки та правосуддя, встановлює загальний принцип визнання процедур банкрутства в межах ЄС, закріплює колективне задоволення вимог кредиторів на конкурсних засадах тощо²⁶.

Наостанок зазначимо, що попри відсутність у науковців єдиного підходу до формування принципів права неспроможності (як було показано вище кожний дослідник висуває, обґрунтовує свої принципи та наполягає саме на їх закріпленні), система цих принципів уже фактично склалася та охоплює основоположні, галузеві, міжгалузеві принципи та принципи інститутів права неспроможності (деякі з останніх, як було зазначено, прямо зафіксовані в нормах КУзПБ, що регулюють певні інститути банкрутства, також їх формулює судова практика через тлумачення норм Кодексу). Враховуючи триваючу нестабільність української економіки, запровадження нового інституту права неспроможності – неплатоспроможність фізичних осіб, підкреслимо неабияку актуальність для суспільства, держави та зрештою для кожної людини належного правового регулювання відносин неспроможності. У такому контексті пропозиції про закріплення системи принципів права неспроможності усіх рівнів (основоположні, галузеві, міжгалузеві) у загальній частині КУзПБ є більш ніж слушними.

²⁶ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast). URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2015/848/oj>

*Лук'янець Дмитро Миколайович
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри державно-правових
дисциплін Харківського національного
університету імені В. Н. Каразіна*

Принципи розумного балансу в адміністративному праві

Principles of reasonable balance in administrative law

Адміністративне право України за останні тридцять років зазнало суттєвих змін відповідно до зміни його основної ідеї. На початку пострадянського періоду, особливо після ухвалення у 1996 р. Конституції України, поступово відбувся перехід від державоцентристської концепції адміністративного права до концепції людиноцентристської.

Людиноцентристська концепція розглядає адміністративне право насамперед як інструмент забезпечення прав і свобод людини і громадянина, який реалізується у правозастосовній діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Ця концепція знайшла своє втілення в таких фундаментальних законах, як Закон України «Про адміністративні послуги», Закон України «Про адміністративну процедуру», а також у Кодексі адміністративного судочинства України. Однак, як і державоцентристська, людиноцентристська концепція стала надто радикальною. Фактично державний абсолют було замінено на абсолют прав і свобод окремої людини, що призвело до певного нехтування інтересами суспільства загалом. Натомість кожна конкретна людина є членом суспільства і має зважати на те, що інші члени цього суспільства мають такий самий обсяг суб'єктивних прав. До того ж сама Конституція України стверджує, що жодне суб'єктивне право людини чи громадянина не є абсолютним і за певних умов ці права можуть бути обмежені. Крім того, кожна людина може піддаватися ризику порушення її прав як із боку інших членів суспільства, так і з боку суб'єктів публічної влади.

Отже, перед державою постають два взаємообумовлених завдання. По-перше, забезпечити можливість реалізації усіма членами суспільства прав і свобод закріплених у законах. По-друге, забезпечити реалізацію цих прав і свобод на принципах рівності, справедливості і безпеки. При цьому останнє є найбільш важливим і під терміном «безпека» тут слід розуміти такий стан суспільних відносин, при якому забезпечується мінімізація ризиків порушення прав чи завдання шкоди інтересам учасників суспільних відносин, незалежно від джерела походження цих ризиків. Цей термін може бути застосований відносно усіх базових цінностей, а саме життя, власності та свободи. Відповідно, може йтися і про безпеку життя, і про безпеку власності, і про особисту безпеку, і навіть про безпеку свободи.

Відтак можливості реалізації прав і свобод людини і громадянина, з одного боку, та безпека у відповідних відносинах, з другого боку, утворюють цінності-цілі адміністративного права загалом і мають бути збалансовані між собою. Адміністративне право покликане створити, по-перше, правові механізми для реалізації можливостей, закладених в основних правах людини і громадянина, а по-друге, забезпечити безпеку при реалізації таких можливостей. Тобто адміністративне право повинно забезпечити розумний баланс між зазначеними цінностями або, інакше кажучи, баланс між механізмом реалізації суб'єктивного права людини чи громадянина й обмеженнями цього права з метою забезпечення безпеки його реалізації.

Варто зазначити, що попри декларований примат прав людини і громадянина у діяльності публічної адміністрації, адміністративне законодавство поступово розвивається у напрямку збалансованості приватних і суспільних інтересів. Наприклад, одним із закріплених у Конституції прав людини і громадянина є право на охорону здоров'я. Цілком зрозуміло, що це право є похідним від природного права на життя. Але, для того, щоб реалізувати це право, необхідно створити відповідні можливості для цього. Можливості в цьому випадку включають до себе і створення мережі лікувальних закладів, і забезпечення цих закладів медичним обладнанням та ліками, і підготовку лікарів тощо. Водночас ця сфера пов'язана зі значними ризиками. Наприклад, лікарі повинні мати належний рівень фахової підготовки, що вимагає запровадження процедур їх атестації. Ліки повинні бути не просто ефективними, а й небезпечними, що вимагає відповідних процедур сертифікації ліків та контролю за їх якістю. Навіть сам процес лікування потребує запровадження значної кількості норм, які унеможливають завдання шкоди пацієнтам і забезпечують відповідальність лікарів. Іншими словами, забезпечення можливості реалізації прав громадян одночасно вимагає забезпечення відповідного рівня їх безпеки. А це, зі свого боку, вимагає запровадження норм, які накладають на учасників відповідних відносин додаткові обов'язки, а також певного обмеження їх прав.

Інший приклад – це свобода економічної діяльності. Як і будь-яка інша свобода, задекларована Конституцією України свобода економічної діяльності не є абсолютною, оскільки значна частина видів такої діяльності пов'язана із підвищеними ризиками для оточуючих. За таких умов створюються спеціальні правові режими здійснення таких видів діяльності, складовою частиною яких є встановлення необхідності отримання дозволів на провадження такої діяльності, здійснення діяльності суб'єктами, які відповідають певним вимогам, встановлення механізмів контролю за здійсненням такої діяльності тощо. В ідеалі все це має здійснюватися не заради того, щоб якимось чином впливати на підприємців, але тільки для того, щоб їхня діяльність не завдала шкоди іншим суб'єктам.

Ще одним видом розумного балансу має бути баланс між правами й обов'язками громадянина. Крім великого переліку суб'єктивних прав, якими громадяни України наділяються Конституцією, на них одночасно накладаються певні обов'язки. На відміну від широкого спектра прав, від громадянина вимагається лише добросовісно сплачувати податки, дотримуватися вимог законів, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей, захищати незалежність та територіальну цілісність України, а також не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодовувати завдані ним збитки.

Зміст принципу розумного балансу між правами й обов'язками громадянина має полягати в тому, що повним спектром прав громадянина може користуватись лише той, хто належним чином виконує свої конституційні обов'язки. З проблемою відсутності згаданого балансу повною мірою зіткнулися багато країн Європи у контексті реалізації міграційної політики, коли прагнення забезпечити стосовно мігрантів реалізацію принципу верховенства права зустрічається з їх зустрічним небажанням виконувати конституційні обов'язки. В Україні ж проблема відсутності цього балансу яскраво проявилась у процесі мобілізації під час війни.

Ще одним видом розумного балансу можна вважати баланс між змістом примусових заходів, що застосовуються до фізичних чи юридичних осіб, і метою застосування цих заходів. Збалансованим можна вважати такий примусовий захід, загроза застосування якого з найбільшою імовірністю буде утримувати особу від вчинення протиправних діянь. На жаль, існуюча в Україні система адміністративних стягнень абсолютно не відповідає цьому принципу і, як наслідок, є вкрай неефективною.

Зазначена позиція не відкидає принципу верховенства права як такого, але акцентує увагу на тому, що при створенні механізмів реалізації, охорони та захисту прав і свобод людини і громадянина має враховуватись і ставлення носія цих прав до прав і свобод інших людей, і суспільний інтерес, і наявність у держави ресурсів для створення та ефективного функціонування таких механізмів. Власне принцип верховенства права не повинен сприйматись як щось зовнішнє по відношенню до людини чи громадянина. Одночасно зі сприйняттям виключності власних прав і свобод, особа повинна розуміти власний обов'язок не порушувати аналогічні права і свободи інших. Інакше кажучи, на зміну радикальному людиноцентризму має прийти розумно збалансований людиноцентризм, заснований на розумінні особи як насамперед члена суспільства, зокрема як громадянина, якщо йдеться про державну форму організації суспільства.

Для забезпечення належного балансу інтересів необхідним є розроблення відповідної концепції та закріплення її положень на законодавчому рівні. Очевидно, що це неможливо зробити в окремому законі, але це можна зробити на рівні окремих норм Конституції, а також включення принципів розумного балансу до базових актів адміністративного законодавства.

У цьому питанні надзвичайно важливим є реалізація раціонального підходу до визначення параметрів балансу, співмірності його протилежних сторін і відповідного обґрунтування. Власне тому зазначений баланс і можна назвати «розумним».

*Пастух Ігор Дмитрович
доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри публічного
управління та адміністрування Національної академії внутрішніх справ*

Питання реалізації принципу рівності перед законом у законодавстві України про адміністративні правопорушення

The issue of implementation of the principles of equality before the law in the legislation of Ukraine on administrative offenses

Серед загальних принципів, які виділяють у теорії права та які знаходять свою реалізацію у регулюванні правових відносин, зокрема й у зв'язку з притягненням до адміністративної відповідальності, важливе місце посідають основоположні принципи права, до яких належить і принцип рівності перед законом. Так, у рішенні від 12 квітня 2012 р. № 9-рп/2012 Конституційний Суд України (далі – КСУ) зазначив, що рівність і недопустимість дискримінації особи є не тільки конституційними принципами національної правової системи України, а й фундаментальними цінностями світового співтовариства¹. Їх належне застосування виступає засобом забезпечення права кожного на справедливий суд.

Рівність як один із фундаментальних принципів права включений до переліку основних прав у міжнародних актах із прав людини (Загальної декларації прав людини, Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод тощо). У Конституції України він закріплений у ст. 24. Загалом під принципом рівності, як правило, розуміють установлення рівної міри та застосування єдиних правових засобів та правил у вирішенні питань про права, свободи, обов'язки та відповідальність для всіх учасників суспільних відносин незалежно від національної, статевої, релігійної належності, походження, місця проживання, посадового стану та інших обставин з одночасним передбаченням системи винятків із загального режиму правового регулювання для окремих категорій учасників цих відносин². Закріплений у статтях 21, 24 Конституції України принцип рівності означає однакову міру прав, свобод, обов'язків та відповідальності всіх суб'єктів права, але це зовсім не означає фактичну рівність громадян та рівність їхнього соціального статусу, які взагалі є недосяжними в силу природних та об'єктивних законів людського існування³. І така ситуація є цілком виправданою оскільки

¹ Рішення Конституційного Суду України № 9-рп/2012 від 12 квітня 2012 р. у справі за конституційним зверненням громадянина Трояна Антона Павловича щодо офіційного тлумачення положень статті 24 Конституції України (справа про рівність сторін судового процесу). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-12>

² Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України О. В. Петришина. Харків: Право, 2011. С. 201.

³ Сунегін С. О. Основоположні принципи права: загальна характеристика та деякі аспекти реалізації. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 276.

право виступає засобом регулювання суспільних відносин. Реалізація цього принципу у провадженні у справах про адміністративні правопорушення при об'єктивній необхідності визнання формальної рівності ставить за мету забезпечення фактичної рівності. Тому орган (посадова особа), яка розглядає справу про адміністративне правопорушення, має одночасно забезпечити рівність як формальну, так і фактичну.

Як відзначають фахівці, вимога формальної рівності можливостей реалізується у праві через принцип рівності перед законом, принцип рівності перед судом, принцип рівності прав і свобод людини та громадянина і принцип рівності обов'язків людини і громадянина. Своєю чергою ідея фактичної (реальної) рівності можливостей реалізується у праві за допомогою принципу диференціації правового регулювання і принципу позитивної дискримінації⁴. Враховуючи загальнообов'язковий характер принципу рівності перед законом, його прояв має знаходити своє відображення при притягненні до адміністративної відповідальності, його процедури та при визначенні правового статусу її учасників, а отже – при реалізації завдань провадження в справах про адміністративні правопорушення: своєчасне, всебічне, повне й об'єктивне з'ясування обставин кожної справи, вирішення її в точній відповідності до закону, забезпечення виконання винесеної постанови, а також виявлення причин та умов, що сприяють вчиненню адміністративних правопорушень, запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі додержання законів, зміцнення законності (ст. 245 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП)). Згадуючи КУпАП, слід констатувати, що принципам адміністративної відповідальності та відповідного провадження у ньому не приділено належної уваги. Найбільш розкритим у ньому є принцип законності, який означає, що ніхто не може бути підданий заходу впливу у зв'язку з адміністративним правопорушенням інакше як на підставах і в порядку, встановлених законом (ст. 7).

Звісно, незазначення принципів в КУпАП (на відміну від інших процесуальних законів) не означає того, що вони не діють при притягненні до відповідної відповідальності. Зупинимось більш детально на дії принципу рівності перед законом, який відповідно до Конституції України означає, що не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками (ст. 24).

Цей принцип в адміністративній відповідальності у широкому розумінні проголошує насамперед заборону дискримінації та забезпечення додаткових гарантій для окремих категорій осіб, які не можуть через вік, стан здоров'я, статеві особливості відповідати на рівних за вчинений проступок.

Розглянемо дію цього принципу в окремих ситуаціях притягнення до адміністративної відповідальності. Так, відповідно до положень ст. 32 КУпАП таке адміністративне стягнення, як адміністративний арешт, «не може застосовуватись до вагітних жінок, жінок, що мають дітей віком до дванадцяти років, до осіб, які не досягли вісімнадцяти років, до осіб з інвалідністю першої і другої груп». Як бачимо, ця норма містить дис-

⁴ Верховенство права: Доповідь CDL-AD(2011)003rev, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року). *Право України*. 2011. № 10. С. 168–184.

кримінаційні положення стосовно окремих категорій осіб щодо застосування цього покарання, частина з яких є цілком виправдана, відповідає принципам права в цій сфері (вагітні жінки, неповнолітні, особи з інвалідністю), інша — є спірною з урахуванням сучасного праворозуміння. Зокрема, це стосується неможливості застосування адміністративного арешту до жінок, які мають дітей віком до дванадцяти років. Очевидно, що не повинні вважатися порушенням рівності положення про адміністративну відповідальність, які визначають її щодо жінок у зв'язку з вагітністю, пологами та грудним вигодовуванням дитини, певним терміном виховання тощо, адже тут доцільно застосувати диференційований підхід до об'єктивно різних ситуацій. Як зазначено у ст. 24 Конституції України рівність прав жінки і чоловіка забезпечується, зокрема, створенням умов, які дають жінкам можливість поєднувати працю з материнством; правовим захистом, матеріальною і моральною підтримкою материнства і дитинства, включаючи надання оплачуваних відпусток та інших пільг вагітним жінкам і матерям.

Розглянемо як подібне положення прописано в кримінальному законодавстві. Так, таке покарання як арешт (полягає в триманні засудженого військовослужбовця в умовах ізоляції на гауптвахті і встановлюється на строк від одного до шести місяців) не застосовується до жінок, які мають дітей віком до семи років. Покарання у виді обмеження волі (встановлюється на строк від одного до п'яти років) не застосовується до жінок, що мають дітей віком до чотирнадцяти років. Як бачимо, в КУпАП, де адміністративний арешт може бути призначений максимум на 15 діб, вік дитини жінки, до якої він може бути застосований, обмежується дванадцятьма роками, а при кримінальному покаранні (від одного місяця до п'яти років) сім та чотирнадцять років відповідно. Це свідчить про те, що принцип рівності перед законом у цих кодексах не враховує, по-перше, співрозмірність тяжкості вчиненого протиправного діяння, по-друге, можливість встановлення таких обмежень і щодо чоловіків, які мають неповнолітніх дітей і можуть їх виховувати самостійно, бути батьками-одинаками.

Статтю 15 КУпАП також можна розцінювати як положення, що порушує принцип рівності перед законом і де закріплені особливості відповідальності військовослужбовців, військовозобов'язаних і резервістів під час проходження зборів, а також осіб начальницького складу Національного антикорупційного бюро України, Бюро економічної безпеки України, рядового і начальницького складу Державної кримінально-виконавчої служби України, служби цивільного захисту, Державного бюро розслідувань, поліцейських за адміністративні правопорушення. Вони несуть відповідальність за дисциплінарними статутами, крім деяких адміністративних правопорушень, зокрема, за вчинення правопорушень, пов'язаних з корупцією. Аналіз відповідних законів, що регулюють порядок проходження служби в цих органах, свідчить про те, що за вчинення таких правопорушень та притягнення до адміністративної відповідальності за їх вчинення, як правило, вперше звільненню з посади підлягають лише поліцейські, а для осіб начальницького складу Національного антикорупційного бюро України (які як і поліція є спеціально уповноваженими суб'єктами у сфері протидії корупції), Державного бюро розслідувань, Бюро економічної безпеки України не є підставою для припинення служби. Навряд чи така дискримінація є виправданою та відповідає задекларованим принципам. Подібні випадки можна простежити й щодо інших адміністративних правопорушень.

Таким чином, можна констатувати, що незважаючи на задекларований в Основному Законі принцип рівності перед законом, у законодавстві про адміністративні правопорушення містяться норми, що не завжди йому відповідають, і, як наслідок, потребують редагування з боку законодавця, щоб стандарти рівності перед законом і судом під час розгляду справ про адміністративні правопорушення встановлювали та гарантували його реалізацію.

Смокович Михайло Іванович
доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
Голова Касаційного адміністративного
суду у складі Верховного Суду

Вплив євроінтеграційних процесів на сучасний розвиток адміністративної юрисдикції в аспекті утвердження верховенства права

The influence of European integration processes on the modern development of administrative jurisdiction in the aspect of ensuring of the rule of law

Європеїзація української судової системи є складовою євроінтеграційної політики України. Поширення європейських демократичних цінностей, створення спільного правового, економічного, освітнього, політичного простору передбачає розуміння верховенства права як основоположної складової демократичного суспільства.

Євроінтеграційний вектор України зумовлює гармонізацію та адаптацію національного законодавства до законодавства Європейського Союзу (далі – ЄС), що є визначальним фактором у пришвидшенні інтеграції України до європейської спільноти задля посилення співробітництва у сфері юстиції, свободи та безпеки з метою забезпечення верховенства права.

Демократія, повага до прав людини і основоположних свобод та верховенство права є ключовими елементами Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони¹.

ЄС засновано на спільних для держав-членів цінностях, і повага до цих цінностей є необхідною умовою для вступу до ЄС. Стаття 19 Договору про ЄС² відображає цінність верховенства права, викладеного в ст. 2 цього договору, і передбачає, що саме державам-членам належить створити систему засобів правового захисту та процедур, що забезпечують дотримання фізичними особами їх права на ефективний

¹ Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України від 16 вересня 2014 р. № 1678-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

² Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union 2012. С 326/01. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/teu_2012/oj

судовий захист у сферах, що їх охоплює законодавство ЄС в аспекті поваги до таких цінностей та принципів, як верховенство права, ефективний судовий захист та незалежність судової влади³.

Як зазначає О. Радишевська, процес європеїзації сучасного суспільства – це модерні динамічні процеси, в яких задіяні як внутрішні інституції, так й інституції Європейського Союзу, що проявляються у змінах в політиці, пріоритетах і спрямованості⁴.

Верховенство права – це не тільки стандарт європеїзації національної системи права, а й еталон національних взаємовідносин держави й особистості. Принцип верховенства права – це основа системи адміністративного судочинства України.

Світоглядне, доктринальне та методологічне значення принципу верховенства права надзвичайно важливе для успішного функціонування правової системи Української держави.

Верховенство права визнано Українською державою на міжнародному рівні через приєднання до Статуту Ради Європи й ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція). Крім того, принцип верховенства права закріплений у розділі I «Загальні засади» Конституції України (в Україні визнається і діє принцип верховенства права (ч. 1 ст. 8 Основного Закону України); суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права (ч. 1 ст. 129 Конституції України).

Унормування верховенства права як засадничого принципу права у законах України є пріоритетним у діяльності всіх органів державної влади, зокрема й судової. Наприклад, Закон України «Про судоустрій і статус суддів» визначає організацію судової влади та здійснення правосуддя в Україні, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і забезпечує право кожного на справедливий суд (преамбула закону).

Верховенство права є однією з основних засад (принципом) адміністративного судочинства (п. 1 ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України)).

КАС України виокремлює ст. 6 «Верховенство права»: суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого, зокрема, людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави; суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ); звернення до адміністративного суду для захисту прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується; забороняється відмова в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Відповідно до ч. 1

³ Суд справедливості Європейського Союзу. Справа «Commission v. Pologne» («Незалежність та приватне життя суддів»), С-204/21. Рішення (Велика Палата) від 5 червня 2023 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/VSS01199>

⁴ Радишевська О. Генезис поняття «європеїзація»: загально-гуманітарний та правовий дискурс. *Науковий вісник публічного і приватного права*. 2019. Вип. 5. Т. 2. С. 171.

ст. 242 КАС України рішення суду повинно ґрунтуватися на засадах верховенства права, бути законним і обґрунтованим⁵.

Щодо імперативу дієвості принципу верховенства права, забезпечення його практичної значущості вбачається через «сукупність національних інституцій, механізмів і процедур», із правом кожної особи на повагу до її гідності та ефективного захисту від свавільних дій держави, її органів і посадових осіб. Як зазначено в рішенні Конституційного Суду України (далі – КСУ) (Другий сенат) від 18 червня 2020 р. № 5-р(II)/2020, особливу роль у системі інституційного забезпечення «верховенства права» (правовладдя) відведено судовій владі загалом, а зокрема – конституційному й адміністративному видам судочинства. Саме ці два види судочинства покликані забезпечувати узгоджений характер усієї юридичної системи в умовах співіснування суперечливих норм, завдяки чому досягається дієвість верховенства права (правовладдя), тобто його ефективність (пп. 2.1 п. 2 мотивувальної частини)⁶.

У пункті 37 Доповіді Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеційської Комісії) «Про верховенство права» (*Venice Commission: the Rule of Law*) вказано, що верховенство права включає: доступність закону (у тому значенні, що закон має бути зрозумілим, чітким та передбачуваним); питання юридичних прав мають бути вирішені нормами права, а не на основі дискреції; рівність перед законом; влада має здійснюватися у правомірний, справедливий та розумний спосіб; права людини мають бути захищені; мають бути забезпечені засоби для розв'язання спорів без надмірних матеріальних витрат чи надмірної тривалості; суд має бути справедливим; дотримання державою як її міжнародно-правових обов'язків, так і тих, що обумовлені національним правом⁷.

Як слушно зауважує Ж. Мельник-Томенко, принцип верховенства права не вичерпується лише названими вимогами та характеристиками, оскільки ЄСПЛ під час вирішення конкретних справ (зокрема і тих, стороною яких є Україна) систематично збагачує його значення новими перманентними рисами та умовами дотримання⁸.

ЄСПЛ у справі «Христов проти України» (*Khrystov v. Ukraine*) від 19 лютого 2009 р. (заява № 24465/04) зазначив, що право на справедливий судовий розгляд, гарантоване п. 1 ст. 6 Конвенції, слід тлумачити в контексті преамбули Конвенції, яка, зокрема, проголошує верховенство права як складову частину спільної спадщини Договірних держав. Одним з основоположних аспектів верховенства права є принцип юридичної визначеності, згідно з яким у разі остаточного вирішення спору судами їхнє рішення,

⁵ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>

⁶ Конституційний Суд України. Справа за конституційною скаргою громадянки України Левченко Ольги Миколаївни щодо відповідності Конституції України (конституційності) припису пункту 5 розділу III «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» від 2 березня 2015 року № 213-VIII. Рішення (Другий сенат) від 18 червня 2020 року № 5-р(II)/2020. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5_p2_2020.pdf

⁷ Європейська Комісія «За демократію через право» (Венеційська Комісія). Доповідь «Про верховенство права» (*Venice Commission: the Rule of Law*), прийнята на 86-му пленарному засіданні 25–26 березня 2011 року, № 512/2009. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/CDL_AD_2011_003_rev_2011_04_04.pdf

⁸ Мельник-Томенко Ж. Принцип верховенства права як універсальна засада адміністративного судочинства. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. № 6. С. 88.

що набрало законної сили, не може ставитися під сумнів (див. справу «Брумареску проти Румунії» (*Brumarescu v. Romania*) [GC], № 28342/95, п. 61, ECHR 1999-VII) (§ 33)⁹.

Сутнісне наповнення правової визначеності як елемента принципу верховенства права розкрито через необхідність дотримання встановлених Конвенцією стандартів нормативно-правових норм, які передбачають точність, ясність формулювання нормативно-правової норми й передбачуваність наслідків її правозастосування.

Принцип юридичної визначеності є істотно важливим у питаннях довіри до судової системи загалом та дієвості верховенства права (правовладдя) (друге речення пп. 2.1.1 п. 2 мотивувальної частини рішення КСУ від 18 червня 2020 р. № 5-р(II)/2020)¹⁰.

Принцип верховенства права як універсальна засада адміністративного судочинства — це вихідна, фундаментальна основа адміністративного процесу, відповідно до якої адміністративний суд під час вирішення справи виходить із того, що право «вище» за закон, а адміністративно процесуальні відносини загалом будуються за формулою: людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю¹¹.

Вплив євроінтеграційних процесів на адміністративне судочинство в Україні полягає, зокрема, в застосуванні адміністративними судами практики ЄСПЛ, а також практики Суду справедливості ЄС.

Розуміння принципу верховенства права, закріпленому у Кодексі адміністративного судочинства України, розкриває євроінтеграційну спрямованість адміністративного судочинства, є певним орієнтиром для адмініюрисдикції щодо критеріїв правомірності діяльності суб'єктів владних повноважень.

Адміністративне судочинство в Україні не тільки є частиною (елементом) глобалізації адміністративного судочинства в Європі, світі, а ще й через адміністративне судочинство України за його допомоги відбувається глобалізація в Україні застосування міжнародних стандартів та міжнародного права щодо захисту прав та свобод людини¹².

Варто зазначити, що Касаційним адміністративним судом у складі Верховного Суду вирішено чимало публічно-правових спорів та ухвалено ряд важливих правових позицій з врахуванням принципу верховенства права, зокрема, щодо соціальної підтримки військовослужбовців і членів їхніх сімей; щодо строку звернення до суду у справах щодо видачі довідки про розмір грошового забезпечення для перерахунку пенсії на підставі Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб»; щодо обсягу повноважень обласних рад після

⁹ Європейський суд з прав людини. Справа «Христов проти України» (*Khristov v. Ukraine*) (заява № 24465/04). Рішення від 19 лютого 2009 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_443#Text

¹⁰ Конституційний Суд України. Справа за конституційною скаргою громадянки України Левченко Ольги Миколаївни щодо відповідності Конституції України (конституційності) припису пункту 5 розділу III «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» від 2 березня 2015 року № 213-VIII. Рішення (Другий сенат) від 18 червня 2020 року № 5-р(II)/2020. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5_p2_2020.pdf

¹¹ Мельник-Томенко Ж. Принцип верховенства права як універсальна засада адміністративного судочинства. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. № 6. С. 88.

¹² Смокович М. І. Адміністративне судочинство як фактор глобалізації захисту прав людини. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2012. № 2. С. 66.

введення в Україні воєнного стану та утворення військових адміністрацій; щодо звільнення від обов'язку сплати митних платежів на період дії воєнного стану; щодо необхідності дотримання Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, процедури прийняття регуляторного акта в період дії правового режиму воєнного стану та ін., що матимуть вагомий вплив на подальшу національну судову практику та прийняття майбутніх нормативно-правових актів України¹³.

Принцип верховенства права як засада національного конституційного ладу та правосуддя є ціннісним орієнтиром в адміністративному судочинстві. Варто пам'ятати, що ігнорування принципу верховенства права призводить до порушення права на судовий захист і, як наслідок, до чималих перешкод у справедливому, неупередженому та своєчасному вирішенні судом спорів у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних осіб, прав та законних інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду, зважаючи на практику Суду справедливості ЄС, бере до уваги, що, враховуючи європейський напрямок розвитку України, а також початок дії Угоди про асоціацію, правові позиції, сформульовані у рішеннях Європейського суду справедливості, можуть враховуватися адміністративними судами як аргументація, міркування стосовно гармонійного тлумачення національного законодавства України згідно з усталеними стандартами правової системи ЄС (п. 51)¹⁴. Велика Палата Верховного Суду, застосувавши вказане судове рішення Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду, зазначила, що рішення Суду ЄС належить розцінювати як таке, що дозволяє встановити зміст положень актів законодавства ЄС, зазначених у ст. 2 Закону про Раду Європи. Подібно до практики застосування рішень ЄСПЛ, врахуванню підлягають принципи, що випливають із його рішень щодо подібних питань, навіть якщо вони стосуються інших держав» (пп. 9.3 п. 9)¹⁵.

Усебічне врахування євроінтеграційних правових аспектів принципу верховенства права відповідатиме завданням реалізації євроінтеграційної політики, демократичним вимогам європеїзації правової системи країни. Потреба в концептуальному перегляді фундаментальних засад правового регулювання публічно-правових відносин є не лише нагальною вимогою сучасного демократичного суспільства, а й запорукою успішної європейської інтеграції та повноцінного членства Української держави в ЄС.

Підбиваючи підсумки, варто зазначити. Сучасні глобалізаційні та інтеграційні процеси зумовлюють необхідність дослідження складових принципу верховенства права крізь призму сучасних викликів реальних загроз національній та міжнародній безпеці, існуванню Української державності. Поглиблене осмислення та ґрунтовне

¹³ Огляд судової практики Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду (актуальна практика). URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/oglyady/Oglyad_KAS_2023.pdf

¹⁴ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 8 вересня 2021 р. у справі № 640/3041/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99459132>

¹⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 3 серпня 2022 р. у справі № 910/9627/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105852859>

вивчення основних напрямів розвитку універсального, цивілізаційного та національного компонентів верховенства права в контексті глобалізаційних й інтеграційних трансформацій в аспекті захисту прав людини і громадянина та забезпечення єдності судової практики є надзвичайно актуальним через безпрецедентне порушення прав людини внаслідок вторгнення російського агресора.

Адміністративне судочинство в Україні – це вагома частина світових глобалізаційних та євроінтеграційних процесів, які шляхом уніфікації та вдосконалення міжнародних правових стандартів та міжнародного права покликані гарантувати та забезпечувати належний та ефективний захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

Концептуалізація верховенства права та його структурних елементів вимагає системного різновекторного аналізу та подальших досліджень особливостей та світових тенденцій розвитку верховенства права з урахуванням сучасних змін у світі та в Україні через виявлення проблемних питань й пошуку шляхів їх розв'язання. Необхідні обґрунтовані та науково виважені підходи, а також врахування національного й міжнародного досвіду впливу євроінтеграційних процесів на сучасний розвиток адмініюрисдикції в аспекті утвердження верховенства права.

Толкованов В'ячеслав Вікторович
доктор публічного права (Франція),
доктор наук з державного управління (Україна), професор,
ключовий експерт проекту Європейського Союзу «Pravo Justice» III
з питань європейської інтеграції

Розвиток концепції доброго врядування як загальноєвропейської цінності: визначення, основні принципи та особливості формування в адміністративному і правовому просторі Європейського Союзу

Development of the concept of good governance as a pan-European value: definition, basic principles and peculiarities of formation in the administrative and legal space of the European Union

Становлення України як суверенної, незалежної, демократичної та соціальної держави, обраний нею курс на європейську інтеграцію зумовлюють необхідність суттєво підвищити дієвість системи публічного управління, запровадження принципів доброго врядування (*good governance*), насамперед у контексті визначених європейських стандартів у цій галузі.

Добре врядування може бути визначено як процес реалізації публічної влади, що базується на підходах до формування відкритого, демократичного і справедливого суспільства, має ознаки результативного управління, ґрунтується на відповідній системі принципів і спрямований на забезпечення ефективних партнерських взаємовідносин між органами публічної влади, інституціями громадянського суспільства і суб'єктами приватного права щодо управління суспільним розвитком.

«Врядування» як нове поняття (термін) у науці почали активно використовувати у другій половині ХХ ст. Саме тоді активно виникали такі питання: чи ефективно вирішують проблеми сучасні політичні системи; наскільки демократичними є чинні процедури ухвалення рішень; наскільки демократичними і представницькими вони мають бути. Ось чому в науковій літературі розпочато активне застосування підходів для оцінювання спроможності різних рівнів управління (місцевого, регіонального, національного, європейського, міжнародного тощо) саме з позицій доброго (ефективного і демократичного) врядування.

Термін «врядування», який є досить багатограним, виник у результаті пошуку сучасною наукою всеосяжного поняття, здатного вмістити у себе різноманітні значення, що не входили до традиційного поняття «уряд» («*Government*»). Стосовно

здійснення повноважень загалом, термін «врядування», і в корпоративному, і в державно-управлінському контекстах, охоплює діяльність виконавчих, представницьких (національних парламентів) та судових органів. Як зазначають деякі міжнародні науковці, врядування — це правила, процеси та норми поведінки, що впливають на спосіб здійснення владних повноважень інститутами Європейського Союзу (далі — ЄС), особливо стосовно забезпечення їхньої відкритості, участі громадськості, підзвітності, ефективності й узгодженості.

У межах діяльності таких міжнародних організацій, як Організація Об'єднаних Націй та ЄС, добре врядування розглядається як необхідний елемент для забезпечення сталого гармонійного та збалансованого розвитку відповідних держав, регіонів і громад. Програми, що здійснюються у межах спільної політики ЄС, спрямовані на зміцнення інституційної спроможності національних, регіональних і місцевих органів влади ефективно управляти суспільними ресурсами, надавати послуги, які відповідають потребам громадян. Положення щодо доброго врядування — разом із вимогами захисту прав людини, розвитку демократії та дотримання принципу верховенства права — є невід'ємною частиною угод з ЄС про партнерство та співробітництво.

Європейська Комісія запровадила власну концепцію врядування в Білій книзі з європейського врядування, яка була ухвалена у липні 2001 р. Вона містить низку рекомендацій та пропозицій щодо зміцнення демократії в Європі та підвищення легітимності інститутів ЄС за допомогою удосконалення процесу участі громадян в ухваленні рішень на усіх рівнях.

У статті 15 Лісабонської угоди, підписаної 13 грудня 2007 р. на саміті ЄС в Лісабоні, зазначається, що «з метою сприяння розвитку доброго врядування та забезпечення участі громадянського суспільства, інститути, органи, установи та агентства Європейського Союзу здійснюють свої функції якомога більш відкритими засобами».

Результати, яких досягнув ЄС, є невід'ємними від демократичного ладу, демократичних цінностей та принципів. В основі концепції доброго врядування лежать п'ять запропонованих Європейською Комісією принципів, а саме: відкритість, участь, відповідальність, ефективність та узгодженість (кожен із цих принципів є важливим для встановлення демократичного врядування). Вони є базовими для демократії та верховенства права в державах-членах, але одночасно застосовані на всіх рівнях урядування: міжнародному (європейському), національному, регіональному та місцевому.

У зв'язку з цим розглянемо більш детально ці принципи, а саме:

- *Відкритість.* Інститути ЄС мають працювати відкрито. Разом із державами-членами їм слід активно обговорювати питання діяльності ЄС та рішення, які ухвалюються на європейському рівні. Це особливо важливо з огляду на необхідність зміцнення довіри до інститутів ЄС.

- *Участь.* Якість, відповідність та ефективність політики ЄС залежить від забезпечення участі усіх зацікавлених сторін упродовж усього процесу вироблення політики. Більш активна участь підвищує рівень довіри до кінцевого результату політичного процесу та до інститутів, які беруть у ньому участь. Участь значною мірою залежить від того, які підходи застосовують національні уряди під час розроблення та імплементації політик ЄС.

- *Відповідальність.* Кожен з інститутів публічної влади повинен чітко розуміти свою місію та основні завдання діяльності, зокрема у законодавчій та виконавчій сферах.
- *Ефективність.* Напрями політики повинні бути більш зрозумілими, а також відповідати реальним потребам на основі чітких цілей, оцінювання майбутнього впливу та, якщо можливо, минулого досвіду. Ефективність також залежить від належної імплементації політики ЄС та ухвалення рішень на відповідному рівні.
- *Узгодженість.* Напрями політики та відповідні дії мають бути узгодженими між собою та зрозумілими. Потреба в узгодженості політики ЄС невпинно зростає, адже збільшується кількість завдань, які мають бути вирішені на загальноєвропейському рівні. Узгодженість вимагає політичного лідерства, політичної волі в реалізації єдиної політики ЄС.

Кожен із зазначених вище принципів є важливим, але жоден із них не може бути реалізований через здійснення окремих заходів чи дій. Політика більше не може бути ефективною, якщо вона виробляється та втілюється у життя без залучення широкого кола зацікавлених суб'єктів.

Застосування принципів доброго врядування підсилює та доповнює такі принципи права ЄС, як пропорційність і субсидіарність. ЄС постійно змінюється. Його повноваження поступово розширюються, а кількість держав-членів збільшується. Отже, сьогодні легітимність його дій залежить від рівня залучення та участі зацікавлених дійових осіб.

Зважаючи на зазначене, пропозиції Європейської Комісії, викладені у Білій книзі, були спрямовані на досягнення таких завдань: структурування відносин інституцій ЄС з громадянським суспільством; більше використання практичного досвіду та потенціалу регіональних і місцевих влад, зокрема з питань забезпечення доброго врядування; зміцнення довіри громадськості до методів та інструментів розроблення та впровадження політик; сприяння більш чіткому визначенню завдань політики ЄС та підвищення її ефективності; перегляд статусу й основних завдань діяльності інституцій ЄС, що обумовлює участь громадян у цьому процесі.

Однією з найважливіших рис ЄС є його здатність гнучко реагувати на виклики та потреби, що постійно виникають у процесі європейської інтеграції. Коли ЄС перебуває на етапі «активної» інтеграції, виникає потреба в гармонізації законодавства або в нових формах зближення між державами-членами, ліквідації внутрішніх бар'єрів в ЄС.

Останніми десятиліттями (одночасно з поглибленням європейської інтеграції в рамках ЄС) відбувається процес передачі влади й повноважень, а також зміцнення регіональної та місцевої демократії як у державах-членах, так і в державах-кандидатах. У зв'язку з цим процеси розвитку доброго врядування тісно пов'язані з процесами децентралізації та розвитку місцевого і регіонального самоврядування.

В ЄС під час визначення основних принципів «доброго врядування» враховувались єдині для всіх держав-членів принципи Європейського адміністративного простору. За своїм змістом більшість цих принципів збігаються. Ідеться насамперед про такі принципи: надійність, передбачуваність, відкритість, прозорість, підзвітність, ефективність і результативність. Зміст цих базових принципів «доброго врядування» уточнюють такі

принципи: належне законодавство, законність, участь громадян, прозорість процесу ухвалення рішень, доступ до інформації, компетентний персонал, належний фінансовий і бюджетний менеджмент, ефективність, відповідальність і нагляд (контроль).

Необхідно зазначити, що важливим чинником розвитку національного законодавства України, його наближення до європейських стандартів і реалізації політики європейської інтеграції України є участь нашої держави у діяльності Ради Європи. Слід зазначити, що багато країн Східної Європи ефективно використали свою діяльність у Раді Європи для набуття членства в ЄС, що є гарним прикладом і для України.

Продовжуючи роботу з розширення та удосконалення загальноєвропейського правового поля, впровадження ефективних систем управління на місцевому і регіональному рівнях, Рада Європи ставить за мету побудову спільної Європи на принципах доброго врядування (на всіх рівнях публічної влади, але з особливим акцентом на місцевий і регіональний рівні).

«Добре місцеве і регіональне врядування» є суспільною цінністю, яку всі країни — члени Ради Європи бажають досягти задля забезпечення добробуту своїх громадян. У широкому розумінні цей термін означає демократичне, відповідальне, ефективне, прозоре та підзвітне управління на місцевому і регіональному рівнях. Концепція доброго врядування була втілена в Європейській Стратегії інновацій та належного врядування на місцевому рівні, що була ухвалена на 15-й Європейській конференції міністрів, відповідальних за місцеве та регіональне управління (м. Валенсія, 15–16 жовтня 2007 р.) та була затверджена Комітетом міністрів Ради Європи у 2008 р.

Принципами доброго демократичного врядування на місцевому рівні (у розумінні зазначеної Концепції Ради Європи) визначено такі:

- чесне проведення виборів, представництво та участь для забезпечення реальних можливостей для усіх громадян у вирішенні питань місцевого значення;
- чутливість для забезпечення належного реагування органів місцевого самоврядування на законні очікування та потреби громадян;
- ефективність і результативність для забезпечення досягнення цілей і водночас найбільш раціонального використання ресурсів;
- відкритість і прозорість для забезпечення публічного доступу до інформації та полегшення розуміння того, як ведуться суспільні справи; верховенство права для забезпечення справедливості і передбачуваності у вирішенні суспільних справ;
- етична поведінка для забезпечення переваги суспільних інтересів над приватними;
- компетентність і спроможність для забезпечення здатності представників та посадових осіб органів місцевого самоврядування ефективно виконувати свої обов'язки;
- інновації та відкритість до змін для забезпечення максимальної користі від нових рішень і кращих практик;
- сталий розвиток та орієнтація на довгострокові результати для врахування інтересів майбутніх поколінь;
- надійний фінансовий менеджмент для забезпечення ощадливого та продуктивного використання публічних коштів;

- права людини, культурне різноманіття та соціальне згуртування для забезпечення захищеності і поваги до усіх громадян, недопущення проявів дискримінації;
- підзвітність для забезпечення більшої відповідальності з боку представників і посадових осіб органів місцевого самоврядування.

Безперечно, упровадження принципів доброго врядування потребує більш активного залучення до цієї діяльності органів місцевого самоврядування як «природного посередника» між європейськими інституціями, національними урядами та громадянами (з урахуванням принципу субсидіарності).

Слід також зазначити, що Управління Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй з прав людини нерозривно пов'язує «добре врядування» і правову концепцію щодо забезпечення фундаментальних прав людини, оскільки забезпечення дотримання прав людини є одними із важливих елементів діяльності органів публічної влади. Управління вважає, що, формуючи принципи дотримання прав людини, несвідомо створюється підґрунтя для доброго врядування, а саме: вдосконалення нормотворчої (законодавчої) бази, підвищення соціальних стандартів, підтримання бюджетного сектору та інші заходи, що сприяють формуванню цінностей у суспільстві та дотриманню прав людини.

У зв'язку з цим взаємозв'язок між «добрим врядуванням» і «правами людини» може бути забезпечений у таких напрямках:

- функціонування демократичних інституцій (впровадження принципів доброго врядування під час реформування цих інституцій дає можливість суспільству чи окремим суспільним групам брати більш активну участь у прийнятті рішень);
- забезпечення надання більш якісних державних послуг (добре врядування допомагає посилити спроможність органів державної влади й органів місцевого самоврядування у наданні якісних послуг населенню, захисті прав людини і громадянина тощо);
- верховенство права (добре врядування слугує стимулюючим компонентом під час створення правової основи для посилення інструментів дотримання прав людини);
- боротьба з корупцією (добре врядування сприяє впровадженню таких принципів, як підзвітність, прозорість органів публічної влади та участь громадян, зокрема й у реалізації антикорупційних заходів).

Водночас, на нашу думку, існують певні складнощі під час впровадження принципів «доброго врядування», які потрібно враховувати при проведенні як реформи публічного управління, так і інших реформ в Україні, а саме: корупція; уповільнення розвитку інститутів ринкової економіки; зниження соціальних стандартів, недостатній соціальний захист, зокрема найбільш незахищених верст населення; недостатній рівень надання адміністративних послуг громадянам; ослаблення принципу верховенства права; зниження рівня політичної активності громадян тощо.

Водночас доцільно визначити такі рекомендації щодо впровадження концепції доброго врядування та її принципів: ухвалення національної стратегії щодо забезпечення доброго врядування; розвиток партисипативної демократії (здійснення

врядування через участь громадян у процесі ухвалення рішень); удосконалення національного законодавства (з урахуванням європейських принципів доброго врядування); навчальні заходи та просвітницька робота; створення нових інформаційних служб і комплексної інформаційної системи з питань доброго врядування; використання нових індикаторів у впровадженні системи якості та забезпеченні взаємодії між владою і громадою тощо.

ПРИВАТНЕ ПРАВО

*Дзера Ірина Олександрівна
кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри приватного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

Принципи права для фраздаторних правочинів: панacea чи проблема

Principles of law for fraudulent transactions: panacea or problem¹

Загальні засади недійсності правочинів передбачені главою 16 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), якою врегульовано підстави та наслідки недійсності правочинів, а також особливості окремих видів недійсних правочинів.

Так, відповідно до п. 1 ст. 215 ЦК України «Підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами першою–третьою, п'ятою та шостою статті 203 цього Кодексу»². З цієї норми можна дійти висновку, що правочин може бути визнаний недійсним лише з *підстав, визначених законом*. Тобто у цьому випадку можна говорити про вузьке розуміння підстав недійсності, якими можуть бути виключно підстави, передбачені законом. Однак у сучасній судовій практиці досить активно почав застосовуватися широкий підхід до переліку підстав недійсності правочинів, який передбачає можливість визнання недійсними правочинів не лише на підставі порушення умов дійсності, передбачених ст. 203, а й на підставі порушення принципів цивільного права, таких як добросовісність і неприпустимість зловживання правом.

Незважаючи на відсутність у законодавстві поняття фраздаторного правочину, цей термін активно застосовуються у судовій практиці. Спочатку він був використаний у справі № 379/1256/15-ц про визнання договору дарування фіктивним, в якій суддя В. Крат в Окремій думці визначив фраздаторними «правочини, що вчинені боржником на шкоду кредиторам»³, а пізніше цей термін почав активно використовуватися в судовій практиці, причому вже у більш широкому значенні, не обмежуючись відносинами між кредитором і боржником і завданням шкоди саме кредитору боржника.

¹ Публікацію підготовлено в рамках НДР «Справедливий перехід: Право на працю після війни. Гідна праця та повоєнна економіка України» (реєстраційний номер 0124U003120 від 24 травня 2024 р.), яка виконується за фінансування Міністерства освіти і науки України в рамках міжнародного науково-технологічного білатерального співробітництва відповідно до Протоколу Чотирнадцятого засідання німецько-української робочої групи з науково-технологічного співробітництва між Міністерством освіти і науки України та Федеральним міністерством освіти та наукових досліджень Німеччини від 9 листопада 2023 р. і додатку до нього від 1 лютого 2024 р.

² Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. (з наступними змінами та доповненнями станом на 4 лютого 2022 р.). URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

³ Окрема думка судді Верховного Суду у складі Касаційного цивільного суду Крата В. І. від 14 лютого 2018 р., судова справа № 379/1256/15-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72348706>

Відповідно до сучасної судової практики фrawdаторний правочин може кваліфікуватись як:

- такий, що вчинений всупереч принципу добросовісності (п. 6 ст. 3 ЦК України) та недопустимості зловживання правом (ч. 3 ст. 13 ЦК України);
- фіктивний (ст. 234 ЦК України);
- такий, що порушує публічний порядок (ст. 228 ЦК України).

Фrawdаторні правочини в українському законодавстві хоча й передбачені в окремих нормативно-правових актах, але в них не застосовується термін «фrawdаторний». Однак зі змісту відповідних норм можна зробити висновок, що йдеться саме про фrawdаторні правочини, тобто такі, які боржник вчиняє з метою завдати шкоду кредитору. Так, недійсність таких правочинів передбачена ст. 42 Кодексу України з процедур банкрутства⁴; ст. 38 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» у разі визнання банків неплатоспроможними⁵; у виконавчому провадженні — ч. 4 ст. 9 Закону України «Про виконавче провадження»⁶.

Проте суди при розгляді справ про визнання правочинів недійсними у випадках, коли наявні певні ознаки фrawdаторності, але вони не підпадають під підстави, визначені безпосередньо ЦК України або зазначеними вище законами, почали визнавати їх недійсними з підстав порушення загальних засад цивільного законодавства.

Так, у справі 369/11268/16-ц Велика Палата Верховного Суду зазначила, що позивач має право звернутися до суду із позовом про визнання договору недійсним як такого, що направлений на уникнення звернення стягнення на майно боржника, на підставі загальних засад цивільного законодавства (п. 6 ст. 3 ЦК України) та недопустимості зловживання правом (ч. 3 ст. 13 ЦК України), *та послатися на спеціальну норму, що передбачає підставу визнання правочину недійсним*, наприклад, ст. 234 ЦК України, ст. 228 ЦК України⁷. При цьому варто звернути увагу, що в цій справі суд наголошує на одночасному застосуванні кількох норм: ст. 3 і ст. 234 («Правові наслідки фіктивного правочину») або інших статей ЦК України, якими має бути передбачена відповідна підстава для недійсності. Однак, аналізуючи справи щодо фrawdаторних правочинів, слід відзначити, що в подальшому суди намагаються застосувати інший підхід, прибравши з наведеної вище правової позиції найголовнішу частину — «та послатися на спеціальну норму, що передбачає підставу визнання правочину недійсним», залишивши тільки принципи права.

Інший аспект, на який звертають увагу суди при визначенні підстав для недійсності таких правочинів, — це недобросовісність поведінки боржника. Так, у справі № 922/1903/18 зазначається: «Поведінка боржника повинна відповідати критеріям розумності <...>, тому усі боржники мають добросовісно виконати усі свої зобов'язання, а в разі неможливості такого виконання — надати справедливе та своєчасне задоволення прав

⁴ Кодекс України з процедур банкрутства від 8 жовтня 2018 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#n617>

⁵ Про систему гарантування вкладів фізичних осіб: Закон України від 23 лютого 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4452-17#n437>

⁶ Про виконавче провадження: Закон України від 2 червня 2016 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text>

⁷ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 3 липня 2019 р. у справі № 369/11268/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83482786>

та правомірних інтересів кредитора. Особа, яка є боржником перед своїми контрагентами повинна утримуватись від дій, які безпідставно або сумнівно зменшують розмір її активів»⁸.

На перший погляд обґрунтування Верховного Суду є дійсно правильним, але не слід забувати, що незважаючи на існування принципів добросовісності, розумності та неприпустимості зловживання правом, має бути чітка підстава для недійсності правочину, вчиненого боржником, адже суд не може ухвалювати рішення, ґрунтуючись на здогадках, що можливо боржник мав такий намір. Адже суд не завжди може достеменно встановити наміри боржника.

Крім того, навіть у наведеному вище судовому рішенні було застосовано відповідну правову норму, якою визначаються підстави для недійсності укладених боржником договорів, а саме ч. 1 ст. 20 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Тому варто відзначити, що **підставою недійсності фродакторних правочинів є не ст. 3 ЦК України, а відповідна норма ЦК України або іншого закону, в якій чітко визначається недійсність правочину на підставі порушення боржником зазначених принципів.**

Спершу визнання правочину недійсним на підставі порушення принципу добросовісності не викликає жодних зауважень. Однак насправді це не так. Одна справа, якщо йдеться саме про визнання недійсним договору, укладеного боржником з метою уникнення звернення стягнення на його майно, що безпосередньо передбачено Законом України «Про виконавче провадження», і у цьому випадку боржник зловживає своїм правом та має на меті не просто уникнути звернення стягнення, а саме *завдати шкоду кредитору*, який не зможе задовольнити вимоги завдяки такому майну. Інша справа, коли такий інструментарій використовується у правовідносинах, коли боржник ще не набув майно у власність, і відмовляється його набути у зв'язку з майбутнім зверненням зі стягненням на це майно. Причому судова правотворчість пішла шляхом розширення сфери правовідносин, в яких можна визнати правочин фродакторним, зокрема, додавши до них спадкові правовідносини.

Так, у справі № 205/2053/22 про визнання відмови від прийняття спадщини недійсною, Верховний Суд зазначив, що «відповідач, відмовляючись від спадщини на користь близького родича в період примусового виконання судових рішень про стягнення з нього на користь позивачів заборгованості у розмірі 545 557,13 грн, діяв очевидно недобросовісно, зловживаючи правами кредиторів»⁹. Слід відзначити, що крім не притаманної для фродакторних правочинів сфери спадкового права, в якій спадкодавець не був ні боржником ні кредитором, судом було застосовано неоднозначний термін «очевидно», який може бути розтлумачений по-різному ще більше ускладнює розуміння аргументації суду.

Надалі Верховний Суд констатував, що відмова відповідача від прийняття спадщини на користь дочки, з урахуванням встановлених обставин, є правочином, який вчинений

⁸ Постанова Верховного Суду від 20 травня 2020 р., у справі № 922/1903/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89539141>

⁹ Постанова Верховного Суду від 11 жовтня 2023 р. у справі № 205/2053/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114757409#>

всупереч принципу добросовісності та недопустимості зловживання правом (статті 3, 13 ЦК України), підлягає визнанню недійсним з підстав, визначених ч. 1 ст. 215 ЦК України, тому не регулюється положеннями ч. 5 ст. 1274 ЦК України, оскільки з позовом до суду звернувся не сам відповідач, а заінтересовані особи, права яких порушені оспорюваним правочином¹⁰. Тобто Верховний Суд фактично визнав той факт, що зазначена відмова від прийняття спадщини не може бути визнана недійсною зі спеціальних підстав, які визначені Книгою шостою ЦК України у ст. 1274, а застосував лише норму ст. 215 ЦК України, без посилання на відповідну норму, якою б визначалася підстава для її недійсності. Адже у постанові пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. «Про судову практику у справах про спадкування» чітко визначено, що «відмова від прийняття спадщини може бути визнана судом недійсною з підстав, передбачених статтями 225, 229–231, 233 ЦК»¹¹.

Найголовнішою проблемою у цій справі, на нашу думку, є неврахування судом тих фактів, що прийняття спадщини є **правом, а не обов'язком особи**, а також того факту, що відповідач **не набув майно у власність**, а відмовляючись прийняти спадщину на користь дочки, не будучи власником спадкового майна, відмовився від його набуття. Тобто у цьому випадку боржник **не розпоряджався своїм майном, адже не був його власником**. Якщо ж застосовувати обґрунтування фразаторності, викладене у багатьох судових рішеннях, то воно у цьому випадку не може бути застосоване як підстава недійсності такого правочину з наступних міркувань. По-перше, у цивільному праві діє принцип свободи договорів та інших правочинів, відтак не можна примусити особу прийняти спадщину. По-друге, особа, яка відмовляється від спадщини, не є власником такого майна, не володіє ним та не може ним розпоряджатися. А для фразаторних правочинів основною ознакою є зловживання наявним правом особи, зокрема, правом власності. Якщо ж застосовувати тлумачення Верховного Суду у досліджуваній справі, то можна дійти висновку, що фразаторним може бути визнано будь-яку відмову від будь-якого права, зокрема й від права укласти правочин, набути майно за договором дарування або купівлі-продажу тощо. Відтак, за логікою Верховного Суду, не існує принципу свободи договору (інших правочинів), а відтак можна змусити в судовому порядку особу прийняти спадщину або дарунок, або укласти договір купівлі-продажу для набуття майна у власність, на яке кредитором може бути звернено стягнення за зобов'язаннями кредитора. Таким чином, тлумачення Верховним Судом принципу неприпустимості зловживання правом тим самим заперечує існування інших принципів цивільного права – свободи договору (правочину), вільного волевиявлення на вступ в цивільні відносини. Тоді наступним кроком Верховного Суду, на нашу думку, слід очікувати визнання фразаторною відмову від реєстрації шлюбу, за яким чоловік (дружина) могли б отримати майно у спільну сумісну власність у майбутньому, або відмову від отримання грошової премії чи виграшу, відмову від коштовного дарунка тощо.

Тому, не заперечуючи загалом проти запровадження фразаторних правочинів у законодавстві України, слід визначити, що законодавче закріплення потребує ґрунтовних

¹⁰ Постанова Верховного Суду від 11 жовтня 2023 р. у справі № 205/2053/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114757409#>

¹¹ Постанова Пленуму Верховного Суду від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08#Text>

досліджень і чіткого визначення підстав їх недійсності, а не наведення лише можливих ознак чи критеріїв їхньої недійсності. Не можна забувати і про принцип правової визначеності, який також має бути застосований і у цивільному законодавстві, яке має чітко визначати підстави недійсності правочинів і не спричиняти розширене тлумачення норм права, яким врегульовано принципи добросовісності і неприпустимості зловживання правом. Здійснюючи таке тлумачення, суд також повинен дотримуватися певних меж і принципів. Як зазначає М. Козюбра, вихід судового тлумачення за межі з'ясування і роз'яснення волі конституцієдавця чи законодавця зовсім не означає, що судове тлумачення – правотворення чи судова «добудова» і «розвиток» права не мають меж і визначаються виключно судовим розсудом, адже таке тлумачення не може порушувати єдності правової системи і таке тлумачення-правотворення не повинно йти далі, ніж це потрібно для забезпечення стабільності права. І найважливіша, на нашу думку, теза М. Козюбри з цього приводу, що має значення для цього питання: «Будь-яке тлумачення має підпорядковуватися утвердженню принципу правової певності, тобто впевненості людей у тому, що їхнє правове становище не буде погіршене»¹².

Як і у будь-якого суб'єктивного права особи є межі, так і у суду при тлумаченні відповідних норм повинні бути межі тлумачення, за які вони не повинні виходити. Протилежний же підхід може призвести до підміни судами волі законодавця, і тим самим призвести до порушення прав потенційного боржника.

¹² Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. С. 262. URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/8/f/283756.pdf>

Кройтор Володимир Андрійович
професор, доктор юридичних наук,
професор кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

Значення принципів цивільного судочинства та основні підходи до їхнього системного застосування в нормотворчій діяльності та практиці правозастосування

Significance of principles of civil legal proceedings and main approaches to their systematic application in law-making activity and legal enforcement practice

Проблема значення принципів цивільного судочинства та основні підходи до їхнього системного застосування в нормотворчій діяльності та практиці правозастосування набуває особливої актуальності з огляду на поточні процеси вдосконалення цивільного судочинства в Україні, вироблення нових шляхів підвищення його якісного рівня, винайдення ефективних механізмів реалізації принципів у практику цивільного судочинства.

На підставі аналізу доктринального розуміння принципів права та принципів судочинства в дослідженнях учених-теоретиків і вчених-процесуалістів можемо говорити про те, що сьогодні в юридичній науці склався досить традиційний підхід до розуміння значення принципів цивільного судочинства (який підтримується у цьому дослідженні) за допомогою визначення їхнього функціонального призначення¹. Таке розуміння значення принципів права більшою мірою підходить і до розуміння функціонального призначення принципів цивільного судочинства, яке виявляється в правотворчій і в правозастосовній діяльності.

У правотворчій діяльності принципи цивільного судочинства впливають на зміст норм, що регулюють цивільне судочинство, сприяють систематизації цивільного процесуального законодавства, виявленню та виключенню з нього норм, що дисонують із системою цивільного процесуального права. Принципи цивільного процесуального права є орієнтиром у правотворчій діяльності, що дає змогу удосконалювати цивільне процесуальне законодавство, оскільки вся система права й окремі його норми мають відповідати визначеним принципам. Законодавець має чітко уявляти центральне місце принципів цивільного судочинства в системі права, первинність норм, які

¹ Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс: підруч. для студентів юрид. спец. вищ. навч. закл. Київ: Ін Юре, 2005. 624 с.; Тертишніков В. І. Поняття та значення принципів цивільного процесуального права. *Цивільне процесуальне право України*: підруч. для юрид. вузів і фак. / В. В. Комаров, В. І. Тертишніков, Є. Г. Пушкар та ін.; за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 1999. 592 с.

закріплюють принципи цивільного судочинства, системоутворювальний характер принципів, які надалі системно впливають на функціонування цивільного судочинства, закріплюють конкретні вимоги до цивільного судочинства, які можуть стосуватися його форми, змісту, діяльності суб'єктів цивільного судочинства тощо.

Принципи цивільного процесуального права здійснюють контроль над цивільним процесуальним законодавством, унеможливають регулювання ним цивільних процесуальних відносин, коли це суперечить основним цінностям, що становлять зміст принципів. Норми цивільного процесуального законодавства не мають суперечити принципам цивільного судочинства.

Законодавчий орган країни має суворо дотримуватися такого підходу у правотворчій діяльності під час внесення відповідних змін і доповнень у процесуальне законодавство з метою його вдосконалення. Принципи цивільного судочинства є орієнтиром у правотворчій діяльності, дозволяючи вдосконалювати законодавство, оскільки вся система права та окремі його норми мають відповідати певним принципам. Значення принципів цивільного судочинства пов'язується з їхнім статусом загальнообов'язковості та з їхнім поширенням, зокрема на законотворчість. Внесені в цивільно-процесуальний закон зміни та доповнення не мають суперечити вимогам принципів цивільного судочинства.

Основні проблеми застосування принципів цивільного судочинства – у сфері правозастосування. Практичний аспект реалізації принципів цивільного судочинства має важливий аспект і потребує свого окремого наукового дослідження.

Принципи права відіграють важливу роль для заповнення прогалів у праві, зокрема під час застосування аналогії права. Доведено, що це є актуальним і для галузі цивільного судочинства, яка тісно пов'язана із соціальним і економічним розвитком суспільства та є досить динамічною. Іноді законодавець, так би мовити, не встигає за розвитком суспільних відносин. Незважаючи на відсутність законодавчого втілення процесуальної аналогії в чинний Цивільний процесуальний кодекс України, у судовій практиці трапляються непоодинокі випадки її безпосереднього застосування під час розгляду справ у судах. Вважаю за можливе застосування аналогії в цивільному процесуальному законі. Застосування процесуальної аналогії слугує забезпеченням принципу верховенства права.

Принципи цивільного судочинства (як найбільш загальні норми) регулюють усі цивільно-процесуальні відносини – як прямо передбачені в законодавстві, так і не передбачені в ньому, але які виводяться зі змісту низки інших норм. Аналогія права як реалізація правозастосовного потенціалу принципів цивільного процесуального права має бути нормативно закріплена в сучасному цивільному процесуальному законодавстві. Нехтування судами та іншими правозастосовними органами методичними рекомендаціями застосування аналогії права, виробленими наукою, призводить до ухвалення необґрунтованих рішень, чим ігнорується правозастосовний потенціал принципів права. А самі принципи втрачають можливість їхнього прямого застосування, оскільки судова та інші юридичні практики покликані збагачувати емпіричним матеріалом галузь права, ставати джерелом нових законодавчих норм або причиною зміни чинних.

Слід констатувати, що панівним у цивільно-процесуальній доктрині залишається сформоване ще в радянській правовій науці уявлення про принципи цивільного судочинства, згідно з яким вони лише допомагають правильніше розуміти сенс галузевого правового регулювання та тлумачити конкретні правові норми, але їхня регулятивна функція обмежувалася тільки випадками прогалін у законодавстві². Такий підхід перешкоджає широкому практичному застосуванню принципів цивільного судочинства, не дає можливості реалізувати закладений у них потенціал. У зв'язку з цим актуальним завданням, що стоїть перед сучасною цивільно-процесуальною наукою, є пошук шляхів підвищення ефективності правового регулювання за допомогою принципів цивільного судочинства.

Формалізація правових принципів, втілення їх у нову юридичну конструкцію особливих правових норм (норм-принципів) спричинили зміну їхнього правозастосовного значення. Якщо раніше принципи цивільного процесуального права мали значення передусім для правотворчого процесу, а в правозастосовну діяльність проникали опосередковано, через дію конкретних правових норм, то сьогодні, ставши самостійними правовими нормами, вони набули здатності до прямої регулятивної дії. З огляду на викладене доводиться можливість прямої дії (норм-принципів) цивільного судочинства.

Якщо принципи цивільного судочинства отримують офіційне визнання як самостійне джерело права, це, своєю чергою, справить позитивний вплив на практику здійснення цивільного судочинства. Хоча слід констатувати, що суперечливість чинного цивільного процесуального законодавства, чималий масив прогалін у цивільному процесуальному праві дедалі частіше пошквляють науковий інтерес до цієї проблеми.

Одним із важливих напрямів удосконалення судочинства в Україні є забезпечення єдності судової практики. Єдність судової практики – це реалізація принципу правової визначеності та одна з основних цінностей правової системи. Тому для України забезпечення єдності судової практики – завдання дуже важливе з погляду додержання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Однак, стабільна судова практика гарантує стабільність правопорядку загалом, відповідає принципу рівності всіх перед законом і судом, позитивно впливає на поведінку учасників правовідносин, сприяє формуванню довіри суспільства до суддів і судової влади, мінімізує прояви корупційної складової в судовій системі. Забезпечення єдності судової практики – завдання найвищої судової установи кожної держави. Про це свідчить позитивний європейський досвід, і це підтверджує стала практика Європейського суду з прав людини.

Через законодавче закріплення принципи цивільного судочинства можуть стати дійсно високоефективним регулятором суспільних відносин. Для цього необхідно розробити комплекс заходів, спрямованих на реалізацію принципів цивільного судочинства у правотворчості та правозастосуванні, розробити теоретико-прикладну модель механізму їхньої реалізації, яка охоплює три структурні рівні: законодавче

² Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс: підруч. для студентів юрид. спец. вищ. навч. закл. Київ: Ін Юре, 2005. 624 с.; Тertiшніков В. І. Поняття та значення принципів цивільного процесуального права. *Цивільне процесуальне право України*: підруч. для юрид. вузів і фак. / В. В. Комаров, В. І. Тertiшніков, Є. Г. Пушкар та ін.; за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 1999. 592 с.; Калашник О. М. Прогалини в цивільному процесуальному праві та їх усунення: монографія. Київ: Фоліант, 2017. 248 с.

закріплення принципів цивільного судочинства, реалізацію принципів у процесі цивільного судочинства нормотворчої діяльності, реалізацію принципів цивільного судочинства у правозастосовній діяльності. Виділення цих рівнів дасть змогу більш чітко окреслити коло проблем і шляхів їхнього вирішення, пов'язаних із реалізацією принципів цивільного судочинства.

Логуш Любов Володимирівна
кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри приватного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Правове регулювання та застосування принципів міжнародних комерційних договорів

Legal regulation and application of the principles of international commercial contracts

Правове регулювання міжнародних комерційних відносин має свої особливості, а саме: має місце поєднання норм національного та міжнародного права; взаємодія різногалузевих норм національного права та наддержавне регулювання певних видів відносин за допомогою загальних принципів, які забезпечують стабільність та однаковість тлумачення, та формулювання норм. Саме принципи міжнародних комерційних договорів встановлюють загальні правила для комерційних контрактів, чим забезпечують базові цінності та гарантії договірної права на міжнародному рівні, визначають правову природу таких угод, слугують важливим джерелом інтерпретації міжнародних комерційних договорів.

Основними ознаками принципів міжнародних комерційних договорів є:

По-перше, принципи не є обов'язковими, та не забезпечуються державними примусом. Сторони самостійно вирішують чи регулювати свої відносини Принципами УНІДРУА / Європейського договірної права, посилаючись у договорі на конкретну збірку принципів чи на національне право.

По-друге, мають загальний характер, тобто можуть застосовуватись за відсутності права, обраного для договору.

По-третє, принципи мають суто декларативний і рекомендаційний характер.

По-четверте, майже всі принципи, які увійшли до кодифікацій, колись були звичаями торгового права і фактично вони є результатом довголітнього розвитку та перетворення звичаєвих норм.

По-п'яте, принципи є відображенням фундаментальних концепцій міжнародних відносин та часто застосовуються в арбітражній практиці;

По-шосте, всі принципи є гнучкими та такими, що можуть бути застосовані для будь-якого виду договору.

По-сьоме, принципи також стали результатом поєднання всіх найкращих надбань різноманітних правових систем без тісної прив'язки до окремої правової сім'ї.

Система принципів міжнародних комерційних договорів включає в себе *Lex mercatoria*, Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, Принципи Європейського договірної права і різноманітні конвенції.

Зміст та значення концепції *Lex mercatoria* для системи принципів міжнародних комерційних договорів полягає в тому, що сама ідея *Lex mercatoria* набула свого поширення разом із масштабним розвитком міжнародної торгівлі. Спеціальних правових механізмів для регулювання міжнародних комерційних відносин не існувало, а регулювати договори було необхідно. Національне право було занадто різноманітним для того щоб його застосовувати, натомість сторонами почали створюватись та закріплюватись певні звичаї торгівлі, які були набагато зручнішими та загальними для всіх. Явище створення таких звичаїв та регулювання ними торговельних відносин отримало назву *Lex mercatoria*. У 1956 р. Ф. Джессап назвав цю доктрину «транснаціональним правом, яке регулює дії та події, які перетинають національні кордони, однаково включають в себе публічне та приватне право, а також інші правила, які не повністю підпадають від типові критерії»¹. Вже у 1964 р. інший науковець – французький юрист Б. Гольдман визначив дефініцію цього явища, як «зводу загальних принципів і звичаїв, які спонтанно виникли у рамках міжнародної торгівлі, без посилань на окрему національну систему права»². Згодом британський правник К. Шмітгофф назвав правом міжнародної торгівлі усі норми, які регулюють її безвідносно до їхнього державного чи міжнародного походження³.

Концепція *Lex mercatoria* є системою, що базується не тільки на інституціях і локальних звичаях окремої країни, а й на справедливості, котра складається з певних принципів і торговельних звичаїв, встановлених для загальної зручності та обумовлених поняттям справедливості, для регулювання міжнародної комерційної діяльності. «*Lex mercatoria*» – є більше наднаціональною правовою системою, яка зазвичай використовується, коли сторони належать до різних правових систем. Найкраще визначення цієї системи надане французьким юристом Б. Гольдманом, який визначає *Lex mercatoria*, як «автономну систему права міжнародної спільноти комерсантів, спонтанно створювану учасниками міжнародних торговельних відносин незалежно від національних правових систем»⁴. Однак деякі науковці вважають, що *Lex mercatoria* не є самостійною правовою системою, а радше сукупністю усіх джерел міжнародного комерційного права, заснованою на принципах, конвенціях, прецедентах та інших правових системах. *Lex mercatoria* є правом комерсантів, створеним саме для них, його норми втілюють стереотипи належної поведінки членів спільноти та виникають безпосередньо у повсякденній практиці міжнародної торгівлі. Найчастіше норми *Lex mercatoria* можуть знайти своє відображення у типових проформах договорів; рішеннях арбітражних судів, судовій практиці загалом; у наукових роботах, приватних галузевих кодифікаціях, або ж зводах звичаєвих правил; *Lex mercatoria* є продуктом винахідливої творчості комерсантів, воно містить лише норми, що співпадають з реальними міжнародної торгівлі. Це «живе право» (*living law*), яке здатне усунути «сліпий механізм» національного законодавства⁵.

¹ Jessup P. C. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956. 113 p.

² Goldman B. *Frontieres du droit et lex mercatoria*. Archives de philosophie du droit. 1964. Vol. 9. P. 177–192.

³ Шмітгофф Клайв М. *Экспорт: право и практика международной торговли* / пер. с англ. Москва: Юрид. лит., 1993. 512 с.

⁴ Мережко А. А. *Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права: монография*. Киев: Таксон, 1999. С. 14.

⁵ Baron Gesa. Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria? *Arbitration International*. 1999. P. 122.

Ця система існує саме для того щоб регулювати «відносини, які виходять за рамки національних правових систем і виникають між учасниками світової торгівлі»⁶. Однак багато науковців доктрину *Lex mercatoria* вважають доволі хиткою та теоретичною, її не часто застосовують суди й арбітражі при розгляді справ і взагалі є доволі фрагментарною. Таке судження почало змінюватися, коли доктрина знайшла свій вияв у писаних нормах права – Принципах міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (далі – Принципи УНІДРУА) та Принципах Європейського договірного права (далі – Принципи ЄДП). Науковці вважають, що Принципи УНІДРУА та Принципи ЄДП впорядкували цю концепцію, втілили її у своїх положеннях, чітко відтворили її у письмовій формі.

Зокрема, Касседжіан та Локвін зазначають, що Принципи УНІДРУА та Принципи ЄДП можна визначити як кодифікацію *Lex mercatoria*⁷.

Принципи УНІДРУА хоча й не є обов'язковим законом, але розроблені таким чином, щоб відображати загальні принципи різних правових систем і забезпечувати нейтральну основу для вирішення спорів, які можуть виникнути під час міжнародних комерційних операцій.

Однією з ключових ознак Принципів УНІДРУА є їхня гнучкість і динамічність. Вони не призначені для заміни національних законів, але можуть використовуватися в поєднанні з ними для створення єдиної основи для міжнародних комерційних операцій. Вони також адаптуються до різних типів контрактів і можуть використовуватися як у юрисдикціях цивільного, так і загального права.

Загалом Принципи УНІДРУА є важливим інструментом для сприяння гармонізації міжнародного комерційного права та забезпечення спільної основи для сторін, які укладають міжнародні контракти.

Принципи ЄДП стоять на одному рівні разом із Конвенцією Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (1980 р.)⁸ та Принципами УНІДРУА. Ці Принципи, як і Принципи УНІДРУА, є нормами м'якого права, не є імперативними; застосування цих принципів є власним бажанням контрагентів, про яке вони можуть зазначити в договорі.

У 1980 р. особиста ініціатива данського професора О. Ландо призвела до створення Європейського зводу договірного права. Був створений неофіційний орган – Комісія з Європейського договірного права, або як її інакше називали – Комісія Ландо. У своїй діяльності Комісія Ландо досліджувала загальні положення договірного права країн Європейського Союзу (далі – ЄС), враховуючи факт про те, що майже всі правові системи країн ЄС належать до романо-германської правової сім'ї. Науковці у своїй діяльності намагались не базувати свою роботу на жодній окремій правовій сім'ї, а за допомогою порівняльного методу визначити ядро договірного права всіх держав ЄС⁹.

⁶ Мережко А. А. Транснациональное торговое право (lex mercatoria). Київ: Таксон, 2002. 464 с.

⁷ Loquin E. Les règles matérielles internationales. Recueil des cours, tome 322. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. P. 213.

⁸ Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/995_003

⁹ Principles of European Contract Law (PECL) by Reinhard Zimmermann. URL: [https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Principles_of_European_Contract_Law_\(PECL\)](https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Principles_of_European_Contract_Law_(PECL))

А. Омельченко наводить думку професора О. Ландо про те, що Принципи ЄДП є сучасним викладом *Lex mercatoria* створеним для того, щоб сторони міжнародних договорів, які хочуть підпорядкувати свою угоду міжнародно прийнятими принципами, чи які не можуть обрати на яку національну правову систему посилатись у договорі, мають можливість скористатись цими Принципами для регулювання свого контракту¹⁰. Тобто ця наукова праця стала теоретичним та практичним підґрунтям для регулювання договірних відносин. Слід зазначити, що оскільки створення Принципів ЄДП було особистою ініціативою професора О. Ландо, цей документ є актом «м'якого права» («*soft law*»), який не відноситься ні до норм національного, ні до норм наднаціонального (транснаціонального) законодавства. Застосування принципів не є імперативною вказівкою, таке застосування нічим не забезпечено, а фактично просто є «ціллю, яка повинна бути досягнена» для забезпечення ефективного регулювання правовідносин при укладанні міжнародних комерційних договорів¹¹.

Однак Принципи ЄДП мають і свої недоліки. Варто зазначити, що з огляду на те, що робота над уніфікацією велась у три етапи, не вдалось повністю уникнути колізій. Наприклад, усі три частини містять норми, що стосуються розірвання контрактів; статті: 5.114 (розірвання договору), 9.305 (наслідки розірвання загалом), 15.104 (реституція)¹².

Також до недоліків можна віднести майже повне ігнорування *acquis Communautaire* — нормативних документів ЄС. Зокрема, Комісія Ландо не розглядала питання про те, яким чином інтегрувати норми захисту прав споживачів до принципів загального договірного права. Крім того, недоліком також можна назвати незастосування прецедентного права, заснованого на уніфікації судової практики.

На міжнародному рівні Принципи ЄДП конкурують із Принципами УНІДРУА. Обидва документи часто порівнюють з огляду на те, що вони були створені подібним способом, мають схожі цілі та майже однаковий виклад інформації, ба більше, деякі частини є майже ідентичними за змістом. Крім того, обидві збірки принципів були сформовані майже в один і той самий час. Принципи ЄДП є більш глобальними та охоплюють загалом сферу договірного права, тоді як Принципами УНІДРУА спрямовані саме на регулювання сфери міжнародних комерційних договорів і забезпечують створення єдиної системи регулювання права міжнародних комерційних договорів, а Принципи ЄДП забезпечують гармонізацію європейської правової системи.

¹⁰ Омельченко А. Застосування принципів європейського договірного права в комерційній практиці в Україні. *Юридична Україна*. 2013. № 7. С. 36–37.

¹¹ Акіменко Ю. Принципи Європейського контрактного права, новий напрям реформування цивільного права України. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2014. № 6-1. С. 120.

¹² Principles of European Contract Law – PECL. URL: https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_2

*Музика Леся Анатоліївна
докторка юридичних наук, доцентка,
професорка кафедри приватного права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»*

Верховенство права: принцип чи метод?

The rule of law: principle or method?

Верховенство права — це багатоаспектна категорія. Традиційно його розглядають як принцип права¹, як складову поняття «правова держава»², як доктрину, як філософську або як політичну категорію³.

Останніми роками достатньо визріла актуалізація «нового життя» досліджуваного мегапринципу, що зумовлено таким першочерговим завданням правової доктрини, як адаптування існуючих механізмів реалізації та оцінювання верховенства права на практиці. З методологічного погляду надзвичайно важливим є узгодження вітчизняного приватноправового інструментарію з міжнародно-правовими актами у сфері приватного права; до них, з-поміж іншого, належать Цілі Сталого Розвитку, адаптовані для України (2015–2030 роки)⁴, Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони⁵.

В аспекті методологічної проблематики доцільно акцентувати, що методологія наукових методів і методики не є сталим явищем. У правових дослідженнях зазначають необхідність оновлення методології сучасної науки, зокрема й цивільно-правової. А це можливо здійснити завдяки використанню нетрадиційного методологічного інструментарію.

У процесі дослідження проблематики цивільно-правової політики ми накопичили відповідні факти і докази стосовно унікальної цінності і практичного потенціалу феномену верховенства права⁶. Відтак виникла наукова ідея про те, що певні явища у державі і суспільстві можна пояснити через усвідомлення і застосування верховенства права. Це стало поштовхом до висунення наукової гіпотези.

З урахуванням зазначеного, вважаємо доречним розглянути у вигляді наукової гіпотези необхідність і можливість використання всесвітнього феномену **верховенства**

¹ Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. 358 с.

² Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: монографія: у 2 кн. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка; відп. ред. Н. М. Оніщенко. Київ, 2008. Кн. 1. Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії. С. 6.

³ Шевчук С. Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза і співвідношення. *Право України*. 2010. № 3. С. 53.

⁴ Цілі Сталого Розвитку: Україна. Національна доповідь 2017. Київ: Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, 2017. 176 с. URL: <https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/natsionalna-dopovid-csr-Ukrainy.pdf>

⁵ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

⁶ Музика Л. А. Концепція цивільно-правової політики України: монографія. Київ: ПАЛИВОДА А. В., 2020. С. 79–100.

права як наукового методу дослідження у правознавстві. Очікуємо, що це дасть змогу значно розширити горизонти пізнання предмета правової науки загалом і цивільного права та цивільно-правової політики зокрема. Запровадження цього методу має вивести наукове розуміння досліджуваних явищ, процесів і різновидів людської та державної діяльності на якісно новий рівень.

Тож пропонуємо таке формулювання наукової гіпотези про існування **методу верховенства права** (по-іншому, **юридичний метод пізнання**):

«Якщо верховенство права – планетарна соціальна цінність, в основі якої лежать інтереси, права та свободи людини, то цей феномен-ідеал може слугувати (як метод) у науковому пізнанні функціонування інститутів права і держави у конкретній країні».

Практична реалізація верховенства права як наукового методу цілком реальна через методику його застосування – «*Rule of Law Checklist*»⁷. Зосередимось на вихідних положеннях проблеми.

У сучасній науці розроблена система перевірки наукового знання на достовірність (вірогідність), що отримала назву верифікації та фальсифікації.

Ми усвідомлюємо, наскільки непростим є шлях встановлення достовірності висунутої гіпотези. Для її верифікації (підтвердження) необхідно апробувати дію запропонованого наукового методу дослідження через застосування *еталонних тестів*, передбачених «*Rule of law Checklist*», в аспекті оцінювання *стрижневих елементів* верховенства права – законність, юридична визначеність, запобігання зловживанню повноваженнями, рівність перед законом і недискримінація, доступ до правосуддя. Також доцільним є використання «прикладів конкретних викликів правовладдю» та застосування *вибраних стандартів*, що стосуються еталонних тестів⁸.

Вважаємо, що дотримання чи недотримання верховенства права, факт його встановлення як істини у тій чи іншій сфері людської діяльності (публічній чи приватній), у тому чи іншому рішенні (акті) – законодавчому, судовому, управлінському чи політичному, а також загалом у державі, має підтверджуватися можливістю багаторазового відтворювання, тобто перевірятися практикою. Для такої мети і розроблено «Мірило правовладдя», що розкриває зміст і функціонування верховенства права як наукового методу. У сукупності з традиційним методологічним надбанням застосування цього методу може і має слугувати пізнанню, зокрема, цивільно-правової реальності.

Важливо знати, що для підтвердження істинності пропонованої нами гіпотези ефективність еталонних тестів може бути посилена застосуванням додаткового інструментарію, зокрема «трискладового тесту» – методу випробування (перевірки)

⁷ Rule of law Checklist. Adopted by the Venice Commission at its 106-th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016). Strasbourg, 18 March 2016. 52 p. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e)

⁸ Rule of law Checklist. Adopted by the Venice Commission at its 106-th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016). Strasbourg, 18 March 2016. P. 53. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e); Мірило правовладдя. Коментар. Глосарій. Ухвалено Венеційською Комісією на 106-му пленарному засіданні (Венеція, 11–12 березня 2016 р.) / переклад з англійської Сергія Головатого. USAID, червень 2017. 163 с. URL: <https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule%20of%20Law%20checklist%20UKR.pdf>

діянь службових осіб на предмет дотримання ними умов, яким повинне відповідати будь-яке обмеження доступу до інформації згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації»⁹.

Таким чином, сучасна і майбутня практична юриспруденція може збагатитися новим методологічним інструментарієм. Застосування юридичного методу дасть змогу розширити межі пізнання держави і права. На нашу думку, верховенство права заслуговує і потребує визнання як самостійний напрям дослідження в аспекті розроблення методу наукового пізнання. А функцію методики його практичного застосування можна сміливо покласти на «*Rule of Law Checklist*». Все викладене, звісно, поширюється і на цивільно-правову політику як складову правової системи України і як предмет нашого дослідження.

Пропонована наукова гіпотеза відповідає таким основним вимогам, як: можливість її перевірки; певна прогнозованість; логічна несуперечливість¹⁰.

Наша наукова гіпотеза цілковито витримує перевірку у процесі застосування такого інструментарію, як «*Rule of Law Checklist*».

Прогнозованість гіпотези визначають ті позитивні чи негативні факти, тенденції, ризики, що встановлюються під час її перевірки. Прогнозованість пояснюється саме змістом гіпотези, що перевіряється. Зокрема, використовуючи методику «*Rule of Law Checklist*», на основі аналізу чинного нормативно-правового акта чи його проєкту, управлінського чи судового рішення можна передбачити особливості формування і розвитку відповідних правовідносин у суспільстві через дотримання / недотримання принципу верховенства права.

Нарешті, несуперечливість гіпотези полягає в тому, що вона не конфліктує, не вступає у протиріччя з наявними знаннями про методологію загалом та про інші методи дослідження зокрема, доповнює і розвиває систему наукових знань.

На користь наших міркувань також доречно використати судження К. Поппера. У першому виданні «Логіки наукового відкриття» (1935 р.) автор зробив таке принципове застереження: «Річ у тім, що я не вимагаю, аби кожне наукове висловлювання було *насправді перевірене*, перш ніж воно буде прийняте. Я вимагає лише, аби кожне таке висловлення *допускало* перевірку, або, інакше кажучи, я відмовляюся прийняти точку зору, згідно з якою в науці існують висловлювання, які нам слід покійрно прийняти як істинні тільки тому, що перевірити їх неможливо з логічних підстав»¹¹.

Таким чином, верховенство права вже «виросло» з традиційних форм правового принципу і заслуговує на нове трактування і реалізацію у вигляді методу наукового пізнання. Прикладний характер цього методу дає можливість запровадити його в ужиток як у процесуальних, так і в матеріальних галузях права. Функцію методики

⁹ Головенко Р. Б., Котляр Д. М., Слизьконіс Д. М. Доступ до публічної інформації: посібник із застосування «трискладового тесту» / за заг. ред. Д. М. Котляра. Київ: ЦПСА, 2014. 152 с.

¹⁰ Основи методології та організації наукових досліджень: навч. посіб. для студентів, курсантів, аспірантів і ад'юнтів / за ред. А. Є. Конверського. Київ: Центр учбової літератури, 2010. С. 46.

¹¹ Popper K. The Logic of Scientific Discovery. London and New York, 2005. P. 26.

(своєрідного «провідника») у застосуванні нового методу, як зазначено вище, забезпечуватиме «*Rule of Law Checklist*».

У підсумку зазначимо, що наукове припущення про існування юридичного методу дослідження висунуте нами для: а) пояснення можливості пізнання тих процесів, що відбуваються у сфері державотворення, законодавства та юридичної практики, крізь призму оцінки дотримання верховенства права; б) розуміння тих причин, які зумовлюють настання негативних наслідків у відповідних правовідносинах через нехтування верховенством права.

*Спасибо-Фатєєва Інна Валентинівна
докторка юридичних наук, професорка,
виконувачка обов'язків завідувача кафедри цивільного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
член-кореспондентка Національної академії правових наук України,
заслужена діячка науки і техніки*

Щодо проблематики рівності учасників цивільних майнових правовідносин

Regarding the issue of equality of participants in civil property legal relations

Залишаючи за межами цієї доповіді відомі постулати про юридичну рівність та її відмінність від фактичної рівності, про правоздатність та рівні можливості здійснення і захисту майнових прав всіх учасників цивільних правовідносин як ключової норми конституційного та цивільно-правового регулювання, зосередимося на деяких аспектах того, що лежить у підґрунті цієї рівності і що є її проявом в правовій площині.

Якщо ми ведемо мову про майнові права, то вони в принципі не можуть бути рівними для всіх учасників цивільних майнових правовідносин. Адже майнові права мають економічну природу, і майновий спектр прав кожного суб'єкта різний; при чому не лише в площині економіки, а й площині права. Прикладом можуть слугувати корпоративні правовідносини, в яких впливовість на прийняття рішень органами корпорації напряму залежить від обсягу майнових прав — розміру частки в статутному капіталі чи пакету акцій. В умовах ринкової економіки відносини складаються на засадах еквівалентності: від більшості вкладень особа набуває більших можливостей — і в управлінні, і в отриманні доходів (дивідендів).

Утім, цивільне право пропонує такі гнучкі підходи, які максимально дають змогу досягти рівності учасників цивільних правовідносин. Це є так і для абсолютних, і для відносних цивільних правовідносин. Яким би не був могутнім власник — чи то забезпечена приватна особа, чи то велика корпорація, чи то держава — вони не мають більшого обсягу можливостей, що їм надає право ані в здійсненні, ані в захисті свого права на майно, що їм належить.

Засади рівності учасників у цивільному праві не суперечать принципу пропорційності в праві і принципу еквівалентності в економіці.

Якщо ж в силу специфіки тих чи інших правовідносин виявляється закономірним те, що у когось з учасників є більше правових можливостей, ніж у інших, це дає змогу врешті-решт досягти такого балансу між ними, який прагне до рівності суб'єктів. При цьому такі правові підходи запроваджуються через принцип справедливості.

Для ілюстрації можна навести приклад із *секундарним правом*. Це право не має економічного підґрунтя (як право власності або право оренди тощо), але його уведення правом диктується намаганням законодавця вирівняти справжнє правове становище

учасників цивільних правовідносин. На перший погляд складається парадоксальна ситуація: законодавець уводить секундарне право, що надає переваги одному з учасників цивільних правовідносин, тим самим начебто породжуючи нерівність між ним та іншими учасниками, та ще й у відсутність економічних засад для цього. Натомість завдяки переважним правам досягається економічна рівність учасників правовідносин без шкоди, приниження або іншого негативного впливу на інших учасників цих правовідносин. Прикладом є переважне право співвласників на придбання відчужуваної частки (ст. 362 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)), переважні права наймача (ст. 777 ЦК України) та ін. Також до прав, через встановлення яких цивільними нормами досягається реальна рівність учасників цивільних правовідносин, відносяться права «слабкої сторони договору», захист їхніх прав (наприклад, споживачів) і відповідні обмеження прав другої сторони цих правовідносин – підприємця.

Мета таких цивільно-правових механізмів визначається передусім інтересами носія секундарного права, а також потребами публічного правопорядку.

Отже, цивільне право засноване на формальній рівності можливостей, наданих учасникам цивільних правовідносин. Однак забезпечення справжності такої рівності вимагає надання певним учасникам додаткових прав через встановлення відповідних правових механізмів.

Подібні підходи видаються виправданими, але не завжди однозначними. Це вимагає розгляду проблеми дискримінаційності, яка в цивільно-правовій площині не привертає достатньої уваги. Як тільки ці питання потрапляють у площину цивільного права, вони сприймаються неоднозначно (на відміну від публічного законодавства з його підходами до обмежень недобросовісної конкуренції, недопустимості зловживання монопольним становищем тощо).

У спорах про дискримінацію при здійсненні та захисті цивільних прав, в основному, робиться акцент на відмінності у ставленні суду за аналогічної ситуації при розгляді спорів. Саме на це зважає Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) при розгляді справ про дискримінацію. При цьому він не відвертає таку відмінність, а вказує на те, що вона повинна мати об'єктивне й розумне обґрунтування, тобто переслідувати легітимну мету. Переважно це може обумовлюватися публічним інтересом, що ЄСПЛ якраз і враховує.

Натомість проблема дискримінації бачиться ширшою. Якщо «слабку сторону договору» держава справедливо захищає, упереджуючи порушення її прав, то чи можна вести мову про допустимість аналогічного підходу до захисту прав держави? При цьому держави як учасника цивільних правовідносин – власника або акціонера (власника акцій), сторони договору.

Наведемо три приклади, що ілюструють цю проблему з участю держави у відносинах власності, оренди і корпоративних правовідносинах.

Держава є власником і як власник має використовувати своє майно в публічних інтересах, виконуючи соціальну функцію. Зокрема, це стосується й здійснення нею прав на майно, що за Конституцією України належить Українському народу – земля, надра, водоймища тощо.

Задля надійності виконання цих функцій на здійснення своїх прав як власника встановлено правові механізми саме для держави як власника. По-перше, вона може відчужувати своє майно в порядку, визначеному законодавством про приватизацію. По-друге, для більшості договорів, які укладаються з державним майном (зокрема, що належать державним підприємствам), передбачені конкурсні засади (аукціони, конкурси, тендери) задля імпліцитно притаманних цим механізмам збільшення надходжень до бюджету. По-третє, значущим для держави як власника є не володіння, користування та розпоряджання, а *управління* державним майном, яке здійснюється в порядку, передбаченому не ЦК України, а Законом України «Про управління об'єктами державної власності».

Тож держава діє як власник, причому рівний з усіма приватними власниками, але метою її дій є публічний інтерес, через що держава прагне зберегти своє майно від потрапляння приватним особам (особливо того, що не може перебувати в обороті). Якщо ж майно держави використовується чи обертається – це має бути найбільш економічно вигідним для неї, а отже, і для всіх.

Натомість на практиці постало чимало питань, які неоднозначно вирішуються судами. Це стосується: а) допустимості вилучення майна, що належало державі, у приватної особи поза межами позовної давності (наприклад, земельні ділянки водного фонду); б) поширення на орендаря державного майна ст. 777 ЦК України, завдяки чому орендар набуває такого ж права, як і орендарі приватного майна і на нього не поширюється законодавство про приватизацію (рішення Конституційного Суду України (далі – КСУ) № 31-рп/2009 у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «Автосервіс» щодо офіційного тлумачення положень статей 177, 760, частини другої статті 777 Цивільного кодексу України (справа про переважне право наймача на придбання військового майна); в) наявності чи відсутності в держави права отримати надходження до бюджету, якщо вищий орган акціонерного товариства, акції якого належать державі, не приймає рішення про виплату дивідендів (Постанова Верховного Суду від 4 вересня 2019 р. у справі № 910/10585/18, рішення КСУ від 22 липня 2020 р. № 8-р(І)/2020). В останньому випадку звернення до КСУ якраз ґрунтувалося на дискримінаційності норми закону (абз. 8 ч. 6 ст. 11 Закону України «Про управління об'єктами державної власності»), яку КСУ визнав такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною).

Наведені вище приклади переконливо свідчать про те, що держава формально є рівним з іншими учасниками цивільних правовідносин. Однак право власності держави ЦК України не регулюється; у ньому воно лише позначається як таке (ст. 326) або через деякі підстави набуття права державної власності. Всі інші правові нюанси відносин державної власності перебувають поза сферою регулювання ЦК України. Всі ж норми із захисту права власності, як і регулювання права власності, стосуються лише приватної власності. Тому логічно було б передбачити й особливості захисту права державної власності окремо. Інакше ми маємо неминучий конфлікт приватноправового інструментарію захисту права власності до публічних відносин державної власності.

Не регулюється в ЦК України належним чином і володіння, яке визначається у розділі II книги 3 і як факт, і як право. Через це майно, що його має особа і яка є його володільцем, може належати їй на праві власності, а може й не належати їй на цьому праві,

тоді особа не буде титульним володільцем. Водночас Протоколом № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод захищається право на *мирне володіння майном*. Це вимагає: а) переосмислення володіння; б) встановлення правових механізмів, завдяки яким забезпечується українським правом мирне володіння майном; в) встановлення принципових положень щодо того, кому і в якому порядку надавати захист – добросовісному володільцю чи власнику в разі конфлікту інтересів; г) забезпечення права держави на мирне володіння майном в інтересах народу України, що вилучено з обороту, но опинилося у володінні приватної особи, яка формально значиться його власником (запис в реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень). При цьому два останніх положення мають бути розроблені на засадах, що відповідають рівності учасників цивільних відносин і недискримінаційності.

Федосєєва Тетяна Романівна
кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри приватного права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»

Принцип рівності у батьківських відносинах¹

Principles of equality in parenthood relationships

Принцип рівності, як один із складників принципу верховенства права, відіграє особливу роль у сімейних відносинах. Закріплений у ст. 24 Конституції України, він знайшов відображення і у сімейному законодавстві. Так, неможливість учасника сімейних відносин мати привілеї чи обмеження впливає зі змісту ч. 5 ст. 7 Сімейного кодексу України (далі – СК України). Жінка та чоловік мають рівні права й обов'язки у сімейних відносинах, шлюбі та сім'ї (ч. 6 ст. 7 СК України). У частині врегулювання особистих немайнових відносин СК України закріплено рівність прав та обов'язків матері, батька щодо дитини, незалежно від того, чи перебували вони у шлюбі між собою (ч. 1 ст. 141 СК України). Аналогічним чином закріплено рівність прав та обов'язків дітей щодо батьків (ч. 1 ст. 142 СК України)². Рівність прав та обов'язків батька та матері щодо своїх дітей впливає і зі ст. 11 Закону України «Про охорону дитинства»³.

Принцип рівності досліджували багато як зарубіжних, так і українських вчених. Не маючи на меті здійснення комплексного його аналізу, все ж варто торкнутись окремих аспектів загального характеру. Принцип рівності забороняє неоднакове ставлення до ситуацій, що є однаковими, або однакове ставлення до неоднакових ситуацій⁴. На думку М. Флорчак-Вонтор, рівність не означає, що до всіх слід ставитися однаково, але означає те, що однакове ставлення повинно надаватися суб'єктам, які належать до однієї категорії подібних суб'єктів. Авторка зазначає, що іноді різне ставлення до різних суб'єктів є навіть необхідним, коли подібне ставлення до суб'єктів, які перебувають у суттєво відмінній ситуації або характеризуються суттєво відмінними характеристиками, було б вкрай несправедливим. Аналізуючи таку диференціацію, закріплену законом, авторка вказує на неможливість такого поділу на основі критеріїв, які вважаються по суті дискримінаційними (як, наприклад, раси,

¹ Публікацію підготовлено в рамках НДР «Справедливий перехід: Право на працю після війни. Гідна праця та повоєнна економіка України» (реєстраційний номер 0124U003120 від 24 травня 2024 р.), яка виконується за фінансування Міністерства освіти і науки України в рамках міжнародного науково-технологічного білатерального співробітництва відповідно до Протоколу Чотирнадцятого засідання німецько-української робочої групи з науково-технологічного співробітництва між Міністерством освіти і науки України та Федеральним міністерством освіти та наукових досліджень Німеччини від 9 листопада 2023 р. і додатку до нього від 1 лютого 2024 р.

² Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>

³ Про охорону дитинства: Закон України від 26 квітня 2001 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text>

⁴ Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України (Rule of law Checklist at national level: case of Ukraine) / за заг. ред. М. Козюбри, упорядники та автори коментарів: В. Венгер, А. Заєць, Є. Зверев, М. Козюбра, Ю. Матвєєва, О. Цельєв; Центр дослідження проблем верховенства права та його втілення в національну практику України Національного університету «Києво-Могилянська академія». Київ, 2020. С. 62. URL: <https://rm.coe.int/rule-of-law-checklist-at-national-level-case-of-ukraine/1680a07dd0%22%20>

статі, кольору шкіри чи етнічного походження)⁵. М. Менджул зауважує, що принцип рівності не можна розглядати як абсолютну заборону обмежень чи недопустимість привілей. Для певних осіб (наприклад, дітей, непрацездатного одного з подружжя і т. п.) може допускатися відмінне ставлення з метою вирівнювання їхнього становища (позитивна практика). При цьому критерієм непорушення принципу рівності будуть принципи пропорційності та справедливості⁶. Рівність не передбачає тотожність, певні відмінності ставленні до осіб є допустимими, якщо вони не є дискримінаційними і ґрунтуються на об'єктивних відмінностях в обставинах.

У контексті забезпечення однакового підходу обговорюється і доцільність застосування термінів, наприклад, у законодавстві України, коли йдеться і про матір, і про батька використовується узагальнюючий термін – батьки. За загальним правилом, при народженні дитини до Державного реєстру актів цивільного стану вносяться відомості про батька та матір (з урахуванням окремих правил, до прикладу, коли батьківство, материнство не встановлене). При цьому зміст норм⁷ вказує на те, що не передбачено реєстрацію батьками осіб однієї статі, і що фактично може бути зареєстровано батьками не більше двох осіб (однак до прикладу, при народженні дитини жінкою, якій в організм було перенесено ембріон людини, зачатий подружжям у результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, у графі «Для відміток» актового запису про народження робиться також запис про неї як матір дитини. При цьому батьками записується подружжя⁸. Враховуючи гендерне різноманіття та забезпечення недискримінації питання можливості осіб одного гендеру бути батьками і питання офіційного визнання їх батьками вже доволі давно є предметом наукових дискусій та законодавчих ініціатив у світі загалом. А от питання кількісного складу осіб, які можуть бути батьками, лише створює підґрунтя для обговорення. Так, у своїй науковій статті М. Р. Челборн аналізує судові рішення суддів Р. Фаулера (Ньюфаундленд і Лабрадор, Канада) та С. Вілкінсон (Британська Колумбія, Канада). У першій справі троє дорослих, які перебували у поліаморних стосунках, звернулися до суду для зазначення їх усіх як батьків їхньої доньки у свідоцтві про народження. У цій справі суддя ухвалив рішення на користь сім'ї, встановивши, що юридичне визнання всіх трьох дорослих як батьків було в «найкращих інтересах дитини» і тим самим заповнив прогалину в законодавстві провінції щодо батьківства (яка унеможлилювала для дитини мати більше ніж двох батьків) за допомогою такого інструменту, як *parens patriae*. Суддя Вілкінсон у подібній справі також постановила, що всі три позивачі є законними батьками. Такі рішення є вирішенням для конкретних справ, тож інші сім'ї, які бажають мати трьох (або більше) законних батьків для своєї дитини, також повинні шукати засоби правового захисту через суд. Ці справи спричинили обговорення питання юридичних і соціальних змін щодо концепцій сім'ї та батьківства в Канаді. Авторка констатує наявність ризику юридичного визнання без

⁵ Florczak-Wątor M. Equality Rights. *Writing Constitutions Volume 2: Fundamental Rights* / Editors Wolfgang Babeck, Albrecht Weber. P. 248. URL: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-39622-9#toc>

⁶ Менджул М. Принципи сімейного права (сутність та проблеми застосування): монографія. Ужгород: Видавництво Олександри Гаркуші, 2019. С. 213. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspxui/handle/lib/32231>

⁷ Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>; Про державну реєстрацію актів цивільного стану: Закон України від 1 липня 2010 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2398-17#Text>;

⁸ Правила державної реєстрації актів цивільного стану в Україні, затверджені Наказом Міністерства юстиції України від 18 жовтня 2000 р. № 52/5 (із змінами). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0719-00#Text>

суттєвих соціальних змін, що потягне за собою нестабільність для таких сімей. Серед іншого, це стосується аліментів, спадкування тощо⁹.

Це дійсно цікавий приклад, оскільки у ситуації збільшення кількості учасників батьківських відносин пропорційно збільшується кількість питань, які потребують спільного вирішення. І це можуть бути питання як немайнового так і майнового характеру, наприклад, про обов'язок батьків утримувати дитину і, відповідно, обов'язок дитини утримувати батьків, коли вони стануть непрацездатними. У таких випадках домовленості мають виходити на перше місце, оскільки вирішення спорів, до прикладу, щодо виховання, спілкування, місця проживання дитини, одноособової чи спільної опіки над дитиною у разі припинення відносин таких батьків виглядає справою вкрай непростю. У зв'язку з цим повернемося до національної судової практики, яка при вирішенні питань опіки над дитиною у разі припинення відносин між батьками, уже доволі послідовно відходить від надання переваги матері перед батьком (порівняно із позицією, яка довгий час переважала у національних судах та базувалась на принципі 6 Декларації прав дитини від 20 листопада 1959 р. про те, що малолітня дитина, крім випадків, коли є виняткові обставини, не має розлучатися зі своєю матір'ю). Сформована Великою Палатою Верховного Суду позиція мала позитивний вплив на дотримання судами позиції про гендерно рівний підхід при вирішенні спорів між батьками щодо дитини¹⁰.

Водночас новою і такою, що формується, є практика встановлення спільної опіки, відтак на ній і сфокусуємо увагу.

Під час повномасштабного вторгнення багато родин було розділено через переміщення закордон, перебування на тимчасово окупованій території, проходження військової служби тощо. У певних випадках це стало додатковим фактором виникнення спорів між батьками щодо дитини, зокрема, у випадках припинення між ними шлюбних відносин чи відносин проживання однією сім'єю. Особливу складність становлять справи, де обоє з батьків намагаються добросовісно виконувати свої обов'язки батька чи матері, не створюють ризиків для життя та здоров'я дитини, але між собою перебувають у конфлікті.

Законодавець фактично не передбачив реалізації так званої спільної опіки батьків, за якої не визначалось би місце проживання дитини з одним із батьків, а дитина проживала б рівну частину часу у кожного з них. Місце проживання дитини та інші питання, пов'язані з дитиною, батьки зазвичай визначають за домовленістю між собою. Дитина може проживати разом із батьками (якщо вони спільно проживають), з одним із батьків, окремо від них. Відтак коли батьки не домовилися про те, з ким із них дитина проживатиме (з урахуванням прав дитини щодо визначення місця проживання у разі досягнення віку, визначеного ст. 160 СК України), відповідне питання вирішується органом опіки та піклування або судом, а законодавець виділяє того із батьків, з ким проживає дитина, і того із батьків, хто проживає окремо від неї.

⁹ Margot R. Challborn. Polyamory and Legal Parentage: The Possibilities of *C.C. (Re) and BCSC 767* for Expanding Conceptions of Kinship in Canada *Feminist Legal Studies*. URL: <https://link-springer-com.ezproxy1.lib.gla.ac.uk/article/10.1007/s10691-023-09539-4>

¹⁰ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 17 жовтня 2018 р. у справі № 402/428/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77361954>

Критерій місця проживання дитини закріплено для низки випадків, зокрема, йдеться про стягнення аліментів, припинення права на аліменти на дитину у зв'язку з набуттям права власності на нерухоме майно, про правові наслідки протиправної поведінки одного з батьків або іншої особи при визначенні місця проживання малолітньої дитини, про вирішення батьками питань щодо виховання дитини, а також про вирішення судом або органом опіки та піклування спору щодо участі у вихованні дитини (статті 157, 158, 159, 162, ч. 3 ст. 181, ч. 5 ст. 183, ч. 3 ст. 184, ч. 1 ст. 190 СК України).

Однак аналіз судової практики свідчить про те, що органи опіки та піклування у своїх висновках рекомендують використання спільної опіки, і у відповідній судовій практиці поступово формується підхід на підтримання такої тенденції. Первинно Верховним Судом зверталась увага на альтернативність: визначення місця проживання дитини з одним із батьків із забезпеченням контакту дитини з іншим із батьків чи застосування спільної фізичної опіки з почерговим проживанням дитини у помешканні кожного з батьків за відповідним графіком. Такий підхід у судовій практиці сформувався для вирішення спору між розлученими батьками про визначення місця проживання дитини¹¹. Водночас аналіз судової практики за 2024 р. свідчить, що у разі наявності спору батьків, які проживають роздільно або шлюб яких розірвано, Верховний Суд більш чітко висловив своє бачення щодо спільної опіки батьків та визначив обставини, які мають враховуватись для визначення можливості встановлення спільної опіки¹².

У цій справі Верховний Суд дійшов висновку, що саме спільна фізична опіка батьків сприятиме співпраці батьків та забезпечить належне виховання та задоволення потреб дітей, а тому в інтересах дітей буде саме почергове проживання з кожним із батьків¹³. Водночас аналіз постанови свідчить про встановлення судами попередніх інстанцій факту існування між батьками особистого конфлікту та неприязних стосунків, що унеможливило вирішення питання про фізичну опіку щодо їхніх спільних дітей в позасудовому порядку. Це викликає цілком резонне питання: як забезпечити найкращі інтереси дитини у разі конфлікту між батьками, яким у моделі спільної опіки потрібно буде добросовісно співпрацювати.

Цікавим є досвід Швеції у цій сфері. Так, вказується, що до 2006 р. метою спорів про опіку в Швеції було досягнення саме спільної опіки. Ця система критикувалась і у новому законі було наголошено на оцінці ризиків і полегшено отримання батьками одноосібної опіки. Верховний Суд Швеції в одній зі справ ухвалив рішення на користь одноосібної опіки, незважаючи на те, що обидва батьки були здатними до опікунства. Серед основних мотивів було те, що тривалий конфлікт сам собою був шкідливим для дитини. Однак кількість спорів щодо опіки зросла після вказаних змін. Л. Нгаосунван припускає, що з погляду теорії постановки цілей, видиме зменшення труднощів призвело до збільшення кількості батьків, які борються за одноосібну опіку, а отже, до різкого збільшення спорів. Автор торкається системи оцінки опіки, яка включає оцінку ризиків (*RA*) і розслідування в інтересах дитини (*ICBI*), однак не зосереджується на їх обговоренні, а шукає спосіб більш вигідного вирішення спорів щодо

¹¹ Постанова Верховного Суду від 22 травня 2024 р. у справі № 754/3063/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/119419653>

¹² Там само.

¹³ Там само.

опіки. У фокусі його уваги ситуація, коли батьки, які борються за одноосібну опіку, однаково придатні для опіки, немає вирішальних факторів для надання переваги одному з них, спільна опіка виключається і батьківський конфлікт є єдиною загрозою для благополуччя дітей. Батьки можуть маніпулювати шансами на перемогу, звинувачуючи іншого з батьків у домашньому насильстві, жорстокому поводженні з дитиною чи іншій неправомірній поведінці, а суди та спеціалісти з питань опіки можуть використовувати все більш детальну інформацію для виявлення найменших розбіжностей між батьками для вирішення спору. Автор цілком слушно акцентує увагу на тому, що вирішення таких спорів є витратою державних ресурсів, конфлікт між батьками шкодить передусім дитині, а у спорах щодо опіки бажано зробити батьків менш мотивованими до судових справ і більш зосередженими на співпраці¹⁴.

У Резолюції «Рівність і спільна батьківська відповідальність: роль батьків» Парламентська Асамблея Ради Європи додатково закликала органи влади держав-членів поважати право батьків нести спільну відповідальність, забезпечивши, щоб сімейне право передбачало, а у разі роздільного проживання або розірвання шлюбу забезпечувало можливість спільної опіки над дітьми в їх найкращих інтересах на основі взаємної згоди між батьками. У Резолюції також акцентовано увагу на тому, щоб заохочувати та, де це доцільно, розвивати медіацію в рамках судових розглядів у сімейних справах за участю дітей, а також заохочуючи міждисциплінарну співпрацю на основі «моделі Кохема»¹⁵. У пояснювальній записці до проєкту вказаної резолюції Ф. Хетто-Гаш, серед іншого, підкреслює не тільки наявність взаємної згоди батьків, а й те, що це (спільна опіка) ніколи не повинна нав'язуватися¹⁶.

Таким чином встановлення спільної опіки це важлива тенденція, яка відповідає принципу рівності однак може і не вирішити наявні конфлікти і не завжди відповідає найкращим інтересам дитини. Будь-які універсальні варіанти не мають мати переваги, оскільки у кожному конкретному випадку має бути застосований індивідуальний підхід з урахуванням найкращих інтересів дитини та балансу інтересів батьків. При цьому важлива комплексна та злагоджена робота на результат самих батьків, органів та осіб, які можуть допомогти їм віднайти оптимальні рішення та створити ефективну взаємодію при здійсненні своїх прав та виконанні обов'язків щодо дитини без звернення до суду (як то медіація) або з використанням інструменту вирішення спору за участю судді.

¹⁴ Leonard S. Ngaosuvan. The Equality Principle: Splitting the Difference in Custody Disputes. URL: https://www.researchgate.net/publication/351091822_THE_EQUALITY_PRINCIPLE_SPLITTING_THE_DIFFERENCE_IN_CUSTODY_DISPUTES

¹⁵ Досвід Німеччини демонструє її високу ефективність у запобіганні батьківських конфліктів та пошуку рішення, виробленого батьками спільно, якого вони могли б дотримуватися. Вона покладена, до прикладу, в основу спеціальної сімейної процедури, запровадження якої було викликано усвідомленням того, що дітям потрібні стабільні та гармонійні стосунки з обома батьками і що якість цих стосунків не може бути нав'язана судом. Див.: Equality and shared parental responsibility: the role of fathers: Resolution 2079 (2015). URL: <https://pace.coe.int/en/files/22220/html>

¹⁶ Ms Francoise Hetto-Gaasch. Equality and shared parental responsibility: the role of fathers. URL: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22022&lang=en>

*Ханик-Посполітак Роксолана Юрїївна
кандидатка юридичних наук, доцентка,
завідувачка кафедри приватного права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»*

Принцип співробітництва при вирішенні трудових спорів

The principle of co-operation in resolving labor disputes¹

Відповідно до ч. 1 ст. 19 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) у порядку цивільного судочинства розглядаються справи, що виникають із трудових правовідносин. Трудові правовідносини, на думку В. Юровської, – це «специфічний вид правових відносин, які виникають між особою та роботодавцем з приводу надання ним певного виду робіт, вони обов’язково мають добровільний характер і регулюються нормами трудового права»².

Будь-який спір, який потрапляє до суду, зокрема і трудовий, передбачає наявність сторін з протилежними інтересами. При вирішенні такого спору суд має виконати завдання цивільного судочинства, а саме забезпечити справедливий, неупереджений і своєчасний розгляд справи з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Зараз під час війни двом учасникам трудового спору важливо максимально швидко отримати рішення за результатами такого спору. Однак дуже часто самі учасники справи не сприяють досягненню швидкого результату. Причому «несприяття» вирішенню спору стосується не тільки трудових справ, а й будь-яких інших.

Тому, на нашу думку, слід шукати механізми, інструменти, які б могли, якщо не унеможливити таку ситуацію, то хоча б її покращити або змінити. І тут варто погодитися з думкою Ч. Х. ван Рі про те, що «потрібен збалансований підхід до визначення ролі учасників судочинства на різних стадіях судового процесу, наголошуючи на співпраці між цими суб’єктами, коли це необхідно для досягнення цілей цивільного процесу»³.

¹ Публікацію підготовлено в рамках НДР «Справедливий перехід: Право на працю після війни. Гідна праця та повоєнна економіка України» (реєстраційний номер 0124U003120 від 24 травня 2024 р.), яка виконується за фінансування Міністерства освіти і науки України в рамках міжнародного науково-технологічного білатерального співробітництва відповідно до Протоколу Чотирнадцятого засідання німецько-української робочої групи з науково-технологічного співробітництва між Міністерством освіти і науки України та Федеральним міністерством освіти та наукових досліджень Німеччини від 9 листопада 2023 р. і додатку до нього від 1 лютого 2024 р.

² Юровська В. В. Поняття та ознаки трудових правовідносин. *Право та інновації*. 2016. № 1 (13) 20. С. 69.

³ С. Н. van Rhee. Case Management and Co-Operation in the Model European Rules of Civil Procedure. С. 4–5. URL: <https://www.jicl.org.uk/storage/journals/November2022/9PtIxAILLMkt4H49sOTU.pf>.

Такі варіанти зміни ситуації можна і варто шукати навіть у принципах, які застосовуються у цивільному процесі. Як зазначає В. Кройтор, «принципами цивільного судочинства визначаються вихідні, основоположні засади, які є об'єктивними та суб'єктивними за формою вираження, виражають найбільш загальний характер правових вимог, що ставляться до суду й учасників цивільного процесу, є універсальними...»⁴.

Одним із таких принципів міг би стати, на нашу думку, принцип співробітництва, який зараз отримує широкого розвитку в європейському цивільному процесі.

Модельні європейські правила цивільного процесу ELI/UNIDROIT (далі – Модельні правила) у ст. 2 секції 2 «Принципи» ч. 1 закріплюють загальне розуміння принципу співробітництва, а саме те, що «сторони, їхні адвокати та суд повинні співпрацювати щоби сприяти справедливому, ефективному та швидкому вирішенню спору»⁵. Тобто можна говорити про те, що фактично принцип співробітництва має сприяти виконанню тих завдань, які виникають перед цивільним судочинством.

Модельні правила закріплюють цілу низку інших принципів цивільного процесу, але саме принцип співробітництва розміщено першим серед низки інших принципів у цьому документі. Вважаємо, що це є певним символізом, що поведінка учасників процесу не повинна бути, як привило, деструктивною, а саме учасники процесу, як найбільш заінтересовані особи у справедливому вирішенні спору, повинні сприяти цьому. Ми погоджуємося з думкою І. Ізарової, яка зазначає, що принцип співробітництва є одним із основних у Модельних правилах⁶.

Українські вчені-правники також уже почали приділяти увагу принципу співробітництва в цивільному процесі. Так, О. Король у своєму дисертаційному дослідженні зазначає, що «змістом принципу співробітництва суду і сторін у цивільному судочинстві є такі права й обов'язки суду та сторін і їхніх представників під час розгляду й вирішення цивільних справ, які забезпечують баланс їх ролей у здійсненні правосуддя у справі, а також під час виконання судових рішень, що полягає у їхньому свідомому спрямуванні до взаємовигідних, заздалегідь узгоджених дій, спрямованих на розгляд і вирішення цивільної справи вчасно та з невеликими судовими витратами з метою ефективного захисту прав»⁷.

Фактично принцип співробітництва є певним відходом від традиційного підходу в цивільному процесі щодо змагальності. Про це й зазначається у коментарях до ст. 2 Модельних правил «акцент на співробітництві <...> є важливим відходом від традиційного поділу між змагальною та інквізиційною концепціями цивільного процесу»⁸.

⁴ Кройтор В. А. Принципи цивільного судочинства та їх система: проблеми сучасної теорії і практики: монографія. Харків: Право, 2020. С. 140.

⁵ ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. URL: <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf>

⁶ Ізарова І. Модельні європейські правила цивільного процесу ELI-Unidroit. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2021. № 2(117). С. 24.

⁷ Король О. Д. Принцип співробітництва суду і сторін в цивільному судочинстві: дис. ... д-ра філософії. 2021. С. 34–35.

⁸ ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. URL: <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf>

Саме принцип співробітництва покладає на учасників справи діяти добросовісно, що означає їхній обов'язок представити свою справу з усіма відповідними фактичними, доказовими та юридичні елементи якомога раніше та повніше. На жаль, дуже часто в українській практиці учасники процесу намагаються притримувати ті чи інші докази з метою затягування цивільного процесу. Зокрема, в трудових спорах учасники справи часто зловживають своїми правами, на що вказує судова практика. Саме на негативну судову практику, а точніше зловживаннями правами в трудових спорах звертає увагу М. Шумило⁹.

Отже, вважаємо, що принцип співробітництва, який зараз інтенсивно досліджують науковці та отримує своє законодавче закріплення в європейських актах, міг би сприяти справедливому, неупередженому та швидкому вирішенню спорів, що виникають із трудових правовідносин.

⁹ Шумило М. Недобросовісний працівник та зловживання правом: практика Верховного Суду в трудових спорах (частина 1). *Юридична газета Online* від 13 червня 2023. URL: <https://jur-gazeta.com/dumka-eksperta/nedobrosovisniy-pracivnik-ta-zlovzhivannya-pravom-praktika-verhovnogo-sudu-v-trudovih-sporah.html>

Яцкевич Іван Іванович
кандидат юридичних наук, доцент кафедри приватного права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Принципи права та оновлення трудового законодавства України в сучасних умовах¹

Principles of law and adaptation of labour laws of Ukraine in the current situation

У юридичній літературі неодноразового наголошувалося на суперечливій природі принципів права. Досить системно та водночас лаконічно на цьому наголосив М. Козюбра, стверджуючи, що «принципи права, як і саме право — явище багатогранне, багаторівневе і багатовимірне. <...> Принципи права не можуть бути зведені до зовнішньо виражених знакових форм, що існують незалежно від суб'єкта — людини, як і саме право — до замкнутої, логічно несуперечливої системи норм, сформульованих у законах та інших державних нормативних актах»². Автор наводить кілька класифікацій принципів права, звертає увагу на їхні сильні та слабкі сторони. Одна з традиційних класифікацій передбачає поділ принципів права на загальні, міжгалузеві та галузеві принципи й інститути права³.

Однак у сучасній юридичній науці ще досі поширений підхід до ідеологічного розуміння принципів права, як загальних, так і міжгалузевих та галузевих, їхнього нерозривного зв'язку з державою. Так, наприклад, у Великій українській юридичній енциклопедії 2017 р. принципи права подано за монографією А. Колодія «Принципи права України» 1998 р. та розуміються вони як «такі відправні ідеї його буття, які виражають найважливіші закономірності і підвалини даного типу держави і права, є однопорядковими із сутністю права і утворюють його основні риси, відрізняються універсальністю, вищою імперативністю і загальнозначимістю, відповідають об'єктивній потребі побудови і зміцнення певного суспільного ладу»⁴. Автори статті «Принципи трудового права» зазначеного академічного видання також наголошують на розумінні принципів трудового права як основоположних керівних ідей, які виражають сутність норм трудового права і головні напрями політики держави в галузі правового регулювання суспільних відносин, що пов'язані із застосуванням та

¹ Публікацію підготовлено в рамках НДР «Справедливий перехід: Право на працю після війни. Гідна праця та повоєнна економіка України» (реєстраційний номер 0124U003120 від 24 травня 2024 р.), яка виконується за фінансування Міністерства освіти і науки України в рамках міжнародного науково-технологічного білатерального співробітництва відповідно до Протоколу Чотирнадцятого засідання німецько-української робочої групи з науково-технологічного співробітництва між Міністерством освіти і науки України та Федеральним міністерством освіти та наукових досліджень Німеччини від 9 листопада 2023 р. і додатку до нього від 1 лютого 2024 р.

² Козюбра М. І. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 144.

³ Там само. С. 150.

⁴ Принципи права. *Велика українська юридична енциклопедія*: у 20 т. / редкол.: О. В. Петришин (голова) та ін. Харків, 2017. 633 с.

організацією праці людей⁵. Тут же автори наводять низку ознак принципів трудового права, зокрема такі як економіко-політична обумовленість, загальність змісту, цілісна предметна визначеність, нормативність, системність, цілеспрямованість, стабільність.

Залежно від рівня загальності ідеї для права чи окремих його складових, М. Іншин та В. Щербина принципи трудового права об'єднали у групи: загальноправові, міжгалузеві, галузеві, принципи окремих інститутів трудового права тощо⁶.

Проте у науковій і навчальній літературі з трудового права висвітлюються й інші підходи до розуміння принципів трудового права та їх класифікації. Зокрема, автори підручника «Теоретичні засади трудового права України» (2019 р.) вважають, що «принципи трудового права – це науково обґрунтована система керівних засад, положень спрямованих на регулювання відносин з питань праці, тенденцій розвитку з метою забезпечення єдності, цілісності, системності трудового права». Вони мають науково-теоретичне та практичне значення, «сприяють розвитку доктрини трудового права і водночас формуються під її впливом»⁷. Автори також наводять класифікацію принципів трудового права, а саме: загальноправові, конституційні, галузеві принципи трудового права.

Нам імпонує комплексний підхід до розуміння принципів трудового права як із наукового (хоча наукове раціональне пізнання принципів права не завжди можливе й ефективне, особливо у випадку ціннісної характеристики принципів права⁸), так і з практичного боку (особливо у судовій практиці). Водночас від ідеологічної зумовленості та спрямованості принципів права, зокрема принципів трудового права, слід відходити. Та й власне національно обумовлений підхід до розуміння принципів трудового права *України* не можна вважати виправданим у сучасних умовах. Очевидно, що особливості національних системи права, традиції та правосвідомості потрібно враховувати при формуванні, реформуванні трудового законодавства, його адаптації до права Європейського Союзу, розвитку трудового права в Україні, однак зовсім не варто займати ізоляціоністську позицію щодо трудового права як галузі національного права. Взаємне проникнення, глобалізація, транскордонні транзакції, міграційні процеси змушують законодавців, практиків, науковців розглядати принципи трудового права під широким кутом зору.

Дуже цікавим із наукового та практичного погляду є питання впливу законодавчого нормотворення на онтогенез принципів права взагалі й принципів трудового права зокрема. Чи змінюється сутність неписаних принципів трудового права, коли вони набувають законодавчого оформлення, закріплення у писаному державному праві?

Так, наприклад, чинний Кодекс законів про працю України (далі – КЗпП України) не містить формалізованих, закріплених, втілених у писану форму принципів трудового права. Проте це не означає, що він не містить принципів права, що норми трудового права, які знайшли своє відображення у його положеннях, існують поза впливом

⁵ Іншин М. І., Щербина В. І. Принципи трудового права. *Велика українська юридична енциклопедія*: у 20 т. / ред. С. М. Прилипка. Харків, 2018. Т. II: Трудове право. С. 535.

⁶ Там само. С. 536–537.

⁷ Теоретичні засади трудового права України / за заг. ред. В. Л. Костюка, М. І. Іншина. Київ, 2019. 49–50.

⁸ Козюбра М. І. Практична філософія права: монографія. Київ, 2024. 421–422.

принципів права. Принципи права резонують із духом права, а тому буква закону не є визначальною для їхньої життєздатності. Щодо цього слід погодитися з думкою М. Козюбри про еластичність принципів права, а також про те, що їх закріплення законодавством чи міжнародно-правовими актами не позбавляє принципи права цієї еластичності, адже їхнє застосування передбачає «активну, творчу участь суб'єкта застосування принципу»⁹. Водночас вирішальна роль у формулюванні принципів права належить не законодавцю, а судовій практиці¹⁰.

У зв'язку з наведеним вище постає питання щодо необхідності закріплення принципів трудового права у кодифікованому законі у сфері правового регулювання трудових відносин. Як зазначалося вище, КЗпП України не містить переліку принципів трудового права, хоча мав би містити основні засади, принципи правового регулювання трудових відносин. Натомість окремі нормативно-правові акти у сфері праці, такі як закони України «Про охорону праці», «Про соціальний діалог в Україні», «Про зайнятість населення», «Про професійні спілки, їх права та гарантії», «Про зовнішню трудову міграцію», які згідно зі ст. 4 цього Кодексу ухвалені відповідно до нього, містять основні засади та принципи окремих інститутів трудового права.

Вважаємо, що задля вдосконалення та полегшення застосування норм права, їх доступності та визначеності, варто у проєкті нового Трудового кодексу України такі принципи закріпити, що відповідатиме нашій правничій традиції, досі міцним позитивістським засадам у праві, особливо у трудовому праві. Причому таке закріплення жодним негативним чином не вплине на застосування принципів права при вирішенні складних питань застосування норм права, заповнення прогалин у праві, подолання колізій, яких у сфері трудового законодавства є чимало.

Повертаючись до тези про роль судової практики для формування та застосування принципів права до регулювання трудових правовідносин, наведемо *приклад судової нормотворчості у сфері вирішення трудових спорів через застосування принципів права*.

Так, у постанові від 26 червня 2019 р. у справі № 761/9584/15-ц Велика Палата Верховного Суду, вирішуючи питання про виплату середнього заробітку за час затримки розрахунку при звільненні, який відповідно до положень ст. 117 КЗпП України (чинній на момент розгляду справи) за строк більш ніж шість років становив майже 420 тис. грн, що більш ніж у сто разів більше за суму заборгованої роботодавцем працівникові компенсації за роботу у вихідні дні (майже 3,5 тис. грн), застосувала принцип пропорційності (співмірності) та зменшила суму середнього заробітку за час затримки розрахунку при звільненні до 11 тис. грн.

Велика Палата Верховного Суду в зазначеній постанові вказує: «94.6. З огляду на очевидну неспівмірність заявлених до стягнення сум середнього заробітку зі встановленим розміром заборгованості, характером цієї заборгованості, діями позивача та відповідача Велика Палата Верховного Суду вважає справедливим, пропорційним і таким, що відповідатиме обставинам цієї справи, які мають юридичне значення та наведеним вище критеріям, визначення розміру відповідальності відповідача за прострочення ним

⁹ Козюбра М. І. Практична філософія права: монографія. Київ, 2024. С. 420.

¹⁰ Там само. С. 423.

належних при звільненні позивача виплат у сумі 11 000,00 грн. Зазначена сума не відображає дійсного розміру майнових втрат позивача, пов'язаних із затримкою розрахунку при звільненні, а є лише орієнтовною оцінкою тих втрат, які розумно можна було би передбачити з урахуванням статистичних усереднених показників»¹¹.

Зменшивши розмір відшкодування, передбаченого ст. 117 КЗпП України, Велика Палата Верховного Суду зробила висновок, що таке зменшення має залежати від розміру недоплаченої суми. Крім того, Верховний Суд у постанові по цій справі на підставі принципів пропорційності, добросовісності та справедливості фактично створив нову норму права, яка виходить за межі правового регулювання ст. 117 КЗпП України.

Так, Велика Палата Верховного Суду вважає, що, зменшуючи розмір відшкодування, визначений враховуючи середній заробіток за час затримки роботодавцем розрахунку при звільненні відповідно до ст. 117 КЗпП України, необхідно враховувати: а) розмір простроченої заборгованості роботодавця щодо виплати працівнику при звільненні всіх належних сум; 2) період затримки розрахунку, а також її причини; 3) імовірний розмір пов'язаних із затримкою розрахунку при звільненні майнових втрат працівника; 4) інші обставини справи, встановлені судом, зокрема: дії працівника та роботодавця у спірних правовідносинах, співмірність ймовірного розміру пов'язаних із затримкою розрахунку при звільненні майнових втрат працівника та заявлених позивачем до стягнення сум середнього заробітку за несвоєчасний розрахунок при звільненні.

Суд також вказав, що «якщо відповідальність роботодавця перед колишнім працівником за неналежне виконання обов'язку щодо своєчасного розрахунку при звільненні не обмежена в часі та не залежить від простроченої заборгованості, то за певних обставин обсяг відповідальності може бути нерозумним з огляду на його непропорційність наслідкам правопорушення. Він може бути несправедливим щодо роботодавця, а також щодо третіх осіб, оскільки майновий тягар відповідних виплат може унеможливити виконання роботодавцем певних зобов'язань, зокрема з виплати заробітної плати іншим працівникам, тобто цей тягар може бути невиправдано обтяжливим чи навіть непосильним. У таких випадках невизнання за судом права на зменшення розміру відповідальності може призводити до явно нерозумних і несправедливих наслідків».

Отже, Велика Палата Верховного Суду, застосувавши принцип пропорційності, створила норму права, яка дозволяла з достатньою гнучкістю підходити до вирішення кожної конкретної справи щодо вирішення спору про стягнення заборгованої при звільненні заробітної плати, запобігати зловживанню правом з боку працівників.

Проте з метою оптимізації трудового законодавства (Закон України від 1 липня 2022 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо оптимізації трудових відносин») до КЗпП України було внесено зміни до ст. 117 Кодексу, згідно з якими розмір відшкодування за час затримки розрахунку обмежено строком шість місяців. На нашу думку, такі зміни до КЗпП України значно обмежили застосування

¹¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 26 червня 2019 р. у справі № 761/9584/15-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87952206>

принципу пропорційності при вирішенні трудових спорів цієї категорії. Тепер постає інше запитання: чи може суд, керуючись принципами права (співмірності, справедливості, добросовісності), вийти за межі «оптимізованої» норми права і визначити розмір відшкодування за більший ніж шість місяців строк, з урахуванням конкретних обставин, поведінки роботодавця та працівника, суми заборгованості. Очевидно, що такий сценарій ускладнений з огляду на телеологічне тлумачення норм права, яке спрямоване на створення умов для юридичної визначеності та передбачуваності закону.

Таким чином, наведена вище практика Великої Палати Верховного Суду яскраво демонструє, наскільки гнучким і дієвим може бути застосування принципів права при вирішенні трудових спорів. Натомість реконструкція норм права відповідно до судової практики застосування принципів права при вирішенні нехай і поширеної категорії трудових спорів може мати протилежний результат, тому до таких змін до законодавства треба підходити виважено.

Водночас законодавче закріплення принципів права, зокрема у новому Трудовому кодексі України¹², на нашу думку, не призведе до втрати принципами трудового права своєї правової природи, не ототожнить їх з писаними нормами права, адже застосування принципів трудового права незалежно від їхньої формалізації потребує і потребуватиме правничої творчості, гнучкості та оцінки кожної конкретної проблемної ситуації, що неодноразово підтверджувалося судовою практикою. В основі нового Трудового кодексу України мають бути міжнародно визнані принципи трудового права, які мають універсальне значення у світі праці, задля забезпечення гідної праці в Україні.

¹² Проект Трудового кодексу України, підписаний 12 січня 2024 р. № 4706-02/2838-02. URL: https://spo.fpsu.org.ua/wp-content/uploads/2024/01/1proekt_trudovogo_kodeksu_12.01.2024.pdf

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Абламський Сергій Євгенович
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу та
організації досудового слідства факультету № 1
Харківського національного університету внутрішніх справ

Абламська Вікторія Вікторівна
наукова співробітниця науково-дослідної лабораторії з проблем
наукового забезпечення правоохоронної діяльності та якості підготовки
кадрів Харківського національного університету внутрішніх справ

Гарантії забезпечення права на повагу до приватного життя під час проведення обшуку

Guarantees of ensuring the right to respect for private life during a search

Формування громадянського суспільства, орієнтованого на запровадження європейських цінностей, забезпечення конвенційних прав і свобод людини тощо. Досягнути означеного неможливо без приведення чинного законодавства України до стандартів Європейського Союзу (далі – ЄС) та застосування у судовій практиці рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Останні є наріжним каменем під час судового розгляду кримінальних проваджень, де суди мають виходити з пріоритету забезпечення кожному учаснику кримінального процесу прав, свобод і законних інтересів. У цьому контексті важливого значення набувають гарантії забезпечення права на повагу до приватного життя, зокрема й під час проведення обшуку, адже нормами ст. 32 Конституції України закріплено, що «ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України». При цьому під час виконання завдань кримінального провадження вказане право може бути обмежено, але отримана інформація не може бути використана іншим чином, аніж в інтересах досудового розслідування. Саме тому у Законі України «Про інформацію» встановлено, що «забороняється не лише збирання, а й зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її попередньої згоди, крім випадків, що визначені законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту, прав та свобод людини».

Забезпечення права на повагу до приватного життя відноситься до юридичних гарантій, які забезпечені як на рівні Основного Закону, так і відповідними нормами кримінального процесуального законодавства. Дотримання вказаного права має важливе значення під час проведення обшуку, який є однією із тих слідчих (розшукових) дій, що суттєво обмежує права і свободи людини. У зв'язку з цим на законодавчому рівні

дотримання права на повагу до приватного життя під час обшуку реалізується через особливу процесуальну процедуру його проведення.

По-перше, згідно з ч. 2 ст. 234 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) обшук «проводиться виключно на підставі ухвали слідчого судді місцевого загального суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, а у кримінальних провадженнях щодо злочинів, віднесених до підсудності Вищого антикорупційного суду, на підставі ухвали слідчого судді Вищого антикорупційного суду». Це повністю корелюється з вимогами ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), в якій передбачено, що «органи державної влади не можуть втручатись у здійснення права на повагу до свого приватного і сімейного життя, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб». Так, у рішенні ЄСПЛ у справі «Ейрі проти Ірландії» Суд ухвалив, що «хоч переважно метою статті 8 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини є захист окремої особи від довільного втручання з боку органів державної влади, ця стаття зобов'язує державу не лише утримуватися від такого втручання: до такого негативного зобов'язання додається також і позитивне, яке є необхідним для забезпечення дійсної поваги до приватного і сімейного життя». Загалом аналіз практики ЄСПЛ у цьому аспекті свідчить, що Суд завжди виходить із того, чи було втручання виправданим за п. 2 ст. 8 Конвенції, і, насамперед, чи проводився обшук «згідно із законом» для мети цього пункту. Вираз «згідно із законом» по суті посилається на національне законодавство та встановлює зобов'язання забезпечувати дотримання його матеріальних і процесуальних норм (більш детально див. рішення ЄСПЛ у справі «Пантелеєнко проти України», «Володимир Поліщук та Світлана Поліщук проти України»). Відтак обшук має проводитися згідно із чинним національним законом, зокрема, серед іншого, мати національне правове підґрунтя, а законодавчі норми мають бути доступними, передбачуваними і сумісними з верховенством права та законності.

Як було зазначено, за чинним КПК України обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді, яка також має бути постановлена відповідно до вимог закону, адже в іншому разі можна буде констатувати невиконання конвенційних приписів втручання у право на повагу до приватного і сімейного життя «згідно із законом». На це також звертає увагу ЄСПЛ. Наприклад, у рішенні у справі «Дубович проти України» Суд дійшов висновку, що обшук, проведений згідно з ухваленою на підставі підроблених документів постановою, був проведений не «згідно із законом».

У контексті викладеного варто навести й вимоги п. 5 ч. 5 ст. 234 КПК України, в якому передбачено, що «слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про обшук, якщо прокурор, слідчий не доведе наявності достатніх підстав вважати, що за встановлених обставин обшук є <...> заходом, пропорційним втручанням в особисте і сімейне життя особи».

По-друге, слідчий, прокурор не має права робити зйомку, фотографування, графічні зображення предметів, вилучати речі та документи особистого характеру, що не мають

значення для кримінального провадження. Така заборона узгоджується з усталеною практикою ЄСПЛ. Наприклад, у рішеннях у справі «Ментес та інші проти Туреччини» та «Кіпр проти Туреччини» зазначено, що немає розділення між сферою прав особистості, які захищаються ст. 8 Конвенції. Сімейне життя, приватне життя та житло, а також їх навмисне пошкодження спецслужбами, торкається всієї сфери прав особистості.

Під час обшуку також забороняється тимчасове вилучення електронних носіїв інформації та їх частин, чи мобільних систем зв'язку разом з інформацією, що на них міститься. У цьому аспекті варто навести рішення ЄСПЛ у справі «Класа та інших проти Німеччини», де Суд дійшов висновку, що перехоплення комунікації пошти та телефонних розмов є потенційним втручанням у сімейне та приватне життя, кореспонденцію та житло.

По-третє, відповідно до ч. 7 ст. 223 КПК України обшук проводиться з обов'язковою участю двох понять незалежно від застосування технічних засобів під час проведення такої процесуальної дії. Аналізуючи зміст цієї норми, слід зазначити, що законодавцем чітко не визначено права та обов'язки понять під час проведення зазначеної процесуальної дії. Лише з аналізу змісту ч. 8 ст. 223 КПК України вбачається, що поняті мають право робити заяви під час проведення обшуку.

Важливе значення має заборона розголошення понятим відомостей щодо проведення процесуальної дії (ч. 3 ст. 66, ст. 222 КПК України). Зокрема, законодавець передбачив, що «особа, яку залучають до проведення процесуальних дій під час досудового розслідування як понятого або яка стала очевидцем таких дій, зобов'язана на вимогу слідчого, прокурора не розголошувати відомості щодо проведеної процесуальної дії». На нашу думку, обов'язок щодо нерозголошення відомостей, які стали відомі особі у зв'язку із залученням її до проведення процесуальної дії, має бути закріплений незалежно від того, чи *вимагав* цього слідчий, прокурор.

Резюмуючи викладене, підкреслимо, що під час вирішення питання, чи дійсно було забезпечено право на повагу до приватного життя під час проведення обшуку, необхідно враховувати такі взаємопов'язані умови:

1) наявність розпочатого досудового розслідування – відповідно до вимог КПК України всі слідчі (розшукові) дії, за виключенням огляду місця події, можуть проводитися виключно під час проведення досудового розслідування;

2) наявність загальної підстави (фактичної) для проведення обшуку, передбачених КПК України, тобто наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення мети конкретної процесуальної дії (ч. 2 ст. 223 КПК України);

3) наявність спеціальної підстави (юридичної), тобто ухвали слідчого судді, суду (ч. 2 ст. 234 КПК України);

4) наявність належного суб'єкта, уповноваженого на виконання ухвали слідчого судді, суду.

Багіров Сергій Рамізович
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального та кримінального процесуального права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Принципи індивідуальної і солідарної відповідальності у багатосуб'єктних кримінальних правопорушеннях: чи можливе співіснування?

Principles of individual and solidary liability in multisubject crimes: is it possible to coexistence?

Учасники злочину, які спільно виконують об'єктивну сторону його складу, визнаються співвиконавцями. Відповідно до усталених положень теорії кримінального права дії суб'єкта злочину з матеріальним складом повинні перебувати у причинно-му зв'язку з наслідком, що настав. Це означає, що між діями кожного співвиконавця і результатом має бути встановлений причинний зв'язок, або, інакше кажучи, саме дії певного суб'єкта повинні бути причиною настання злочинного наслідку. Проте чи завжди є можливість достовірно це установити? Практика свідчить, що не завжди.

Наприклад, у справах про групові побиття, внаслідок яких настає смерть потерпілого, практика рухається таким чином. Смерть потерпілого ставиться в вину всім, хто його бив, на підставі доведення того факту, що конкретний учасник виконував об'єктивну сторону заподіяння тілесних ушкоджень. Встановити, хто саме завдав смертельного удару, не завжди можливо, тому наслідок ставлять у вину всім учасникам спільного побиття.

Дослідники інституту співучасті у злочині уже звертали увагу на це. Водночас за такої конструкції – відповідальність за спільний результат, а не за індивідуально вчинене – неодмінно постає питання про її відповідність принципу особистої (індивідуальної) відповідальності за вчинене.

Наведене ілюструє дуже давню і відому у теорії кримінального права проблему – як узгодити спільне заподіяння злочинного наслідку кількома особами з вимогою індивідуалізації відповідальності конкретного суб'єкта?

Спроби відповіді на це запитання наука кримінального права тривалий час розглядала в межах дискусії про солідарний чи індивідуальний характер відповідальності співучасників злочину. Наприклад, український криміналіст Л. Білогриць-Котляревський ще у 1896 р. обстоював підхід щодо солідарної відповідальності співучасників. Науковець зазначав: «Щоправда, солідарна відповідальність, на перший погляд, ніби суперечить провідному принципу кримінального права, що кожен відповідає лише за себе і за свої дії; але ця суперечність лише уявна, оскільки і тут кожен з учасників

відповідає лише за те, що він вчинив або безпосередньо, або через інших, з ким погодився діяти; вклавши свою волю у спільну волю, він у такий спосіб передбачений злочинний результат поставив у причинні відносини до свого “я”»¹.

У радянському кримінальному праві часто висловлювали критику щодо колективних форм відповідальності за співучасть і твердження про індивідуальний характер відповідальності співучасників. Водночас у подальших уточненнях позиції спостерігаються паростки концепції солідарної відповідальності. Наприклад, А. Зелінський зазначав: «Радянське кримінальне право заперечує колективну відповідальність за діяння, у вчиненні якого особа персонально невинувата. У цьому сенсі і за співучасті вина і відповідальність індивідуальні. Але кожен співучасник відповідає за всю спільно заподіяну шкоду, а не за її частину, оскільки його діяльність становила складову і необхідну частину злочину, що завдав цю шкоду. Загальний результат співучасті ставиться в вину кожному співучаснику як наслідок його дій»².

Дещо критично підходить до ідеї індивідуалізації відповідальності кожного співучасника американський знавець кримінального права Дж. Флетчер. Учений висловлює таку думку: «Прагнення диференційовано підходити до покарання кожного співучасника з урахуванням його ролі у вчиненні злочину одразу ж наштовхується на проблеми. Співучасть сама собою не є складом злочину. Нікого не можна притягти до відповідальності за абстрактну співучасть. Співучасник завжди бере участь у діях іншої особи або принаймні у злочині, який вчиняє група осіб. У цьому розумінні відповідальність за співучасть є похідною»³.

За співучасті спричинення загального для всіх наслідку виводиться з того, що діяння всіх співучасників складаються у таку собі загальну причину, яка і породжує спільний наслідок.

У зв'язку з аналізованим питанням заслуговує на увагу позиція вітчизняної дослідниці О. Кваші. З одного боку, вчена схиляється до теорії індивідуальної відповідальності співучасника, зазначаючи, що акцесорна теорія співучасті приводить до кваліфікації діяння одного співучасника залежно від діяння іншого, що не відповідає принципам кримінального права України. Як аргумент використовується посилання на кримінально-правовий принцип особистої відповідальності, який є відображенням конституційного принципу, відповідно до якого «юридична відповідальність особи має індивідуальний характер» (ч. 2 ст. 61 Конституції України)⁴. З другого боку, О. Кваша визнає, що і в Кримінальному кодексі України (далі – КК України) є положення щодо солідарної відповідальності, адже за ч. 1 ст. 30 організатор організованої групи чи злочинної організації підлягає кримінальній відповідальності за всі злочини, вчинені організованою групою чи злочинною організацією, якщо вони охоплювались його умислом⁵. Тобто доходимо висновку, що елементи концепції солідарної відповідальності містяться у

¹ Белогриц-Котляревский Л. С. Очерки курса русского уголовного права. Общая и Особенная часть. Лекции. Киев; Харьков: Южно-русское книгоиздательство Ф. А. Иогансона, 1896. С. 175.

² Зелинский А. Ф. Соучастие в преступлении. Лекция. Волгоград: Высшая следственная школа МВД СССР, 1971. С. 30.

³ Флетчер Дж., Наумов А. В. Основные концепции современного уголовного права. Москва: Юристъ, 1998. С. 460.

⁴ Кваша О. О. Співучасть у злочині: структура та відповідальність: монографія. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2013. С. 151.

⁵ Та само.

кримінальному законі, отже, законодавець не виключає можливості її подальшого використання.

Зіставляючи теорії акцесорної та самостійної відповідальності співучасників злочину, О. Кваша не погоджується із прибічниками системного підходу в тому, що має бути солідарна відповідальність співучасників, дії яких лише в сукупності утворюють склад злочину⁶. Однак ми тут вбачаємо дещо спірний момент у позиції вченої. Річ у тім, що вчена загалом підтримала системний підхід до теорії співучасті у злочині, доповнивши його своїм баченням структури співучасті. На нашу думку, дотримання системної теорії співучасті у злочині внутрішньо пов'язано саме з позицією солідарної відповідальності співучасників злочину, яка логічно впливає з інтегративних властивостей співучасті у злочині. Як зазначалося вище, сама О. Кваша не відкидає повністю як таку можливість солідарної відповідальності співучасників, зазначаючи, що положення відносно солідарної відповідальності містяться у ч. 1 ст. 30 КК України.

У науці кримінального права провідних країн світу – Німеччини, США тощо – уже запропонований більш гнучкий підхід до розв'язання цієї проблеми. Так, Дж. Флетчер стверджує: «Ми уже не розглядаємо вчинення злочину кількома особами виключно у межах поведінки окремих індивідів. Ми оцінюємо його як вчинене групою осіб, які взаємодіють з метою отримання злочинного результату, за який вони повинні розділити відповідальність»⁷. Далі науковець робить важливе зауваження, що і в німецькому праві діє принцип індивідуальної відповідальності, але водночас щодо співучасті визнається доктрина похідної відповідальності. «Ми не вбачаємо суперечності в тому, що право, ґрунтуючись на принципі індивідуальної відповідальності у цілому, відповідальність співучасників робить похідною від дій виконавця»⁸.

Незважаючи на деякі критичні зауваження щодо концепції солідарної відповідальності за співучасті у злочині, видається, що за аналогією її слід екстраполювати на необережне співзаподіяння шкоди. Раціональним підґрунтям цієї позиції є обставини певних кримінальних справ, в яких встановлення причинного зв'язку між індивідуальною поведінкою учасника і спільним результатом було неможливим⁹. У подібних ситуаціях коректно «спрацювати» може лише концепція солідарної відповідальності всіх «співзаподійників» за спричинення єдиного злочинного наслідку.

⁶ Кваша О. О. Співучасть у злочині: структура та відповідальність: монографія. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2013. С. 150.

⁷ Флетчер Дж., Наумов А. В. Основные концепции современного уголовного права. Москва: Юристъ, 1998. С. 450.

⁸ Там само. С. 480.

⁹ Багіров С. Р. Феномен неможливості встановлення причинного зв'язку при необережному заподіянні наслідку кількома особами. *Кримінально-правове, кримінологічне та кримінально-виконавче забезпечення механізму реалізації прав та свобод людини і громадянина: матеріали круглого столу*, 10 березня 2016 р. / за ред. В. М. Огаренко, Т. А. Денисової. Запоріжжя: КПУ, 2016. С. 7–10.

Горох Олексій Петрович
доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального та кримінального процесуального права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Про принципи застосування кримінально-правових інститутів

On the principles of application of criminal law institutions

Принципи кримінального права досліджені у кримінально-правовій доктрині. У вітчизняній правовій доктрині принципами кримінального права вважають концептуальні ідеї, базові правоположення, що акумулюють у собі фундаментальні досягнення кримінального правотворення і правозастосування в їх узагальненому вигляді та є «квінтесенцією» знань у сфері науки і практики кримінального права. Їх поділяють на загальноправові принципи (верховенства права та законності, рівності всіх перед законом, справедливості, гуманізму, демократизму), зміст яких конкретизовано через предмет і метод кримінально-правового регулювання, та спеціальноправові принципи (кримінальна відповідальність особи лише за вчинення суспільно небезпечного діяння, що визначене законом як злочин; відповідальність тільки за наявності вини; особистий характер кримінальної відповідальності; обмеження меж кримінальної відповідальності; диференціація кримінальної відповідальності й індивідуалізація покарання)¹.

Водночас варто погодитися з ученими, які висловлюють думку про правомірність виокремлення не лише принципів кримінального права (галузевих принципів) загалом, а й принципів окремих інститутів кримінального права. В українській кримінально-правовій теорії цю ідею одним із перших у 1980 р. висловив М. Бажанов². У подальшому цю слушну ідею згодом підтримали й інші криміналісти, які обрали предметом свого дослідження проблематику принципів кримінального права.

Вважаю, що виокремлення інституціональних принципів не суперечить загальновищезгаданним теоретичним положенням про поділ принципів на загальноправові, міжгалузеві, галузеві, принципи правових інститутів. Варто погодитися з ученими, які підкреслюють, що принципи інститутів кримінального права здійснюють більш детальний і конкретний вплив на відносно самостійну сукупність суспільних відносин, що становлять предмет регулювання з боку правового інституту; це основні ідеї та вимоги, які лежать в основі його створення та застосування³. Водночас доводиться констатувати, що, незважаючи на відсутність особливих складнощів із виокремленням інституціональних принципів

¹ Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого; редкол.: В. Я. Тацій [та ін.]. Київ, 2017. Т. 17: Кримінальне право / голова редкол. В. Я. Тацій. С. 823–826.

² Бажанов М. И. Назначение наказания по советскому уголовному праву. Киев: Вища школа. Головное изд-во, 1980. С. 10–11.

³ Жук М. С. Институты российского уголовного права: история развития и современное понимание / под науч. ред. В. П. Конохина. Краснодар: Кубанский гос. ун-т; Просвещение-Юг, 2010. С. 99.

кримінального права, дотепер вони залишаються маловивченими у кримінально-правовій науці. Винятком можна вважати, поза сумнівом, ґрунтовне дослідження ученими принципів кримінально-правової кваліфікації та принципів призначення покарання. Доречно зазначити, що посилення на останні принципи можна знайти в постанові Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання», в якій згадано принципи законності, справедливості, обґрунтованості й індивідуалізації покарання (п. 1)⁴.

Поодинокі досліджені у кримінально-правовій доктрині принципи застосування й інших кримінально-правових інститутів. Зокрема, А. Музика, спираючись на думки М. Бажанова щодо виокремлення інституціональних принципів, сформулював у 1984 р. систему принципів примусового лікування засуджених-наркоманів⁵.

Підтримуючи позицію про виокремлення інституціональних принципів, у 2018 р. у системі принципів кримінального права я виокремив і дослідив *принципи звільнення від покарання*. На мою думку, система принципів звільнення від покарання складається з принципів кримінального права, що мають специфічний прояв у разі звільнення від покарання (зокрема верховенство права, законність, гуманізм, справедливості, індивідуалізація звільнення від покарання), а також власне *інституціональних принципів* звільнення від покарання (обґрунтованість і вмотивованість звільнення від покарання в судовому рішенні; урахування інтересів потерпілого від злочину у разі звільнення від покарання; невідворотність покарання у разі порушення умов звільнення від покарання)⁶.

Я глибоко переконаний, що ідея з виокремленням інституціональних принципів має отримати свій подальший розвиток при дослідженні та формулюванні українськими вченими принципів застосування й інших кримінально-правових інститутів: обмежувальних заходів, заходів пробації, примусових заходів медичного характеру, спеціальної конфіскації, заходів кримінально-правового характеру для юридичних осіб, примусових заходів виховного характеру для неповнолітніх тощо. У своїй сукупності ці принципи мають утворити єдину систему принципів застосування вітчизняних кримінально-правових інститутів.

⁴ Практика застосування Верховним Судом України положень Загальної частини Кримінального кодексу України / уклад. О. П. Горох; за заг. ред. А. А. Музики. Київ: Центр учбової літератури, 2017. С. 339.

⁵ Музика А. А. Принудительное лечение как уголовно-правовая мера борьбы с наркоманией: дис. ... канд. юрид. наук / Киевская высшая школа МВД СССР им. Ф. Э. Дзержинского. Киев, 1984. С. 71–72.

⁶ Горох О. П. Принципи та загальні засади звільнення від покарання як проблема соціального замовлення. *Правова доктрина — основа формування правової системи держави*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю Нац. акад. прав. наук України та обговор. п'яти том. монографії «Правова доктрина України» (20–21 листопада 2013 р. м. Харків). Харків: Право, 2013. С. 30–37.

Didkivska Galyna
doctor of Law, professor, head of the department
criminal law and procedure
State Tax University

Problems of criminal responsibility for criminal offenses in the field of operation-electronic computing equipment

Проблеми кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення у сфері експлуатації електронно-обчислювальної техніки

Studying the history of the development of crime, it is worth paying attention to one regularity, where new social relations develop, crime also appears there. According to the official statistics of the Office of the Prosecutor General of Ukraine, the number of detected criminal offenses in the field of electronic computing increased almost 7.5 times over the last year. This indicator does not take into account classic crimes involving the use of computer technology, as well as the level of latency of this type of criminal offense.

Criminal offenses in the field of exploitation of electronic computing equipment are defined as cybercrimes and are defined in the professional literature as “criminal offenses committed in cyberspace with the help of special devices (computers, smartphones, tablets, terminals and others), automated systems, computer networks or telecommunication networks, and related to illegal, unauthorized creation, storage, processing, forgery, blocking, destruction of information infrastructure objects”¹.

The latency of criminal offenses in the field of exploitation of electronic computing equipment (cybercrime) can be explained by the following features: the implementation of such a criminal offense requires a certain set of knowledge; cybercrimes, unlike other intellectual crimes, are accessible to people of low social and age capabilities; to commit cybercrimes, one does not need to occupy a high social position, it is enough to have access to the Internet and electronic computing equipment; anonymity and impersonality of cybercrimes – cyberspace identification mechanisms allow a person to use anonymously or impersonate another person, change biographical data or social status.

Considering the above, we can agree that nowadays a war in the information space can cause no less damage than a war on the battlefield. Understanding this, in the first month of the war, the parliament quickly optimized the criminal and criminal procedural legislation, improving the grounds and procedural mechanisms for bringing cybercriminals to criminal responsibility².

¹ Кривенко К. Кіберзлочинність: актуальна судова практика. URL: https://biz.ligazakon.net/analytics/209283_kberzlochinnst-aktualna-sudova-praktika

² Кримінальна відповідальність за кіберзлочини. URL: <https://wiki.legalaid.gov.ua/>

Currently, Ukraine is witnessing an increase in cyberattacks, therefore, in the conditions of war, there is a need to strengthen criminal liability.

The Criminal Code was not coordinated with the legislation in the field of cyber security and did not ensure the completeness and comprehensiveness of the investigation of cybercrimes, and the responsibility was disproportionate to the damage to the state and society.

That is why parliamentarians have optimized to counter cyber threats: 1. Art. 361 of the Criminal Code of Ukraine – cyber attack; 2. Art. 361-1 of the Criminal Code of Ukraine – creation, distribution and sale of malicious programs or techniques for cyber attacks. The Law of Ukraine “On Amendments to the Criminal Code of Ukraine on Increasing the Effectiveness of Combating Cybercrime in the Conditions of Martial Law”, entered into force on 04/03/2022 (Published in the Voice of Ukraine on 03/02/2022) according to which: Art. 361 and 361-1 of the Criminal Code of Ukraine are harmonized with the legislation in the field of cyber security; in Art. 361 of the Criminal Code of Ukraine demarcated the severity of the punishment for a cyberattack depending on the consequences and increased the punishment – from a fine to 15 years in prison; search and detection of vulnerabilities is not a cyber attack (Part 6 of Article 361 of the Criminal Code of Ukraine); increased punishment under Art. 361-1 of the Criminal Code of Ukraine – from a fine to 5 years in prison³.

Also, in accordance with the Law of Ukraine “On Electronic Communications” and the requirements of other legislation of Ukraine in the field of cyber security, the term “electronic computing machines (computers), automated systems, computer networks or telecommunication networks” was replaced by “information (automated), electronic communication, information and communication systems, electronic communication networks”. The current state of affairs requires every modern socially active person in Ukraine to use mobile devices and use the Internet, state bodies conduct electronic document management, “the stable operation of financial institutions, railways and air transport, large enterprises also depends on the stability of the cyberspace with which they are forced to work, and communication is provided using electronic means of communication”.

Currently, critical infrastructure facilities are also targeted. The Ukrainian provider Ukrtelecom suffered a powerful attack on March 28, 2022, during which hackers tried to analyze how the IT infrastructure is arranged, disable equipment and services, and gain control over the company’s network and equipment.

On March 23, the enemy tried to carry out a cyber attack on the state institutions of Ukraine using the Cobalt Strike Beacon malware, which infects a computer if it is opened.

These are examples of massive attacks only. Probably, smaller-scale attacks and isolated cases of personal hacking are simply not reported.

We can agree that the foundations of legislative mechanisms for effective cyber defense in martial law conditions have been laid. Everyone’s task is to start this mechanism

³ Посилено кримінальну відповідальність за кіберзлочини. URL: <https://capital-ukraine.com/posyleno-kryminalnu-vidpovidalnist-za-kiberzlochyny/>

as soon as possible when a cyber attack is detected, so that in the future similar attacks and losses from them become less and less⁴.

Taking into account the constant development of modern technologies, there is a need for constant updating of cyber protection in the sphere of cyberspace. The open invasion of the Russian Federation accelerated the improvement of current legislation and security guarantees in the modern information IT space. This, in turn, affected the issue of optimization of criminal responsibility in the field of operation of electronic computing equipment, which currently requires detailed analysis.

⁴ Боротьба з кіберзлочинністю в умовах дії воєнного стану: Закон 2149-ІХ. URL: https://jurliga.ligazakon.net/analytics/210562_borotba-z-kberzlochinnstyu-v-umovakh-d-vonnogo-stanu-zakon-2149-ix

Дроздов Олександр Михайлович
доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України, адвокат,
запрошений професор юридичного
факультету Університету Барселони
(Іспанія), заступник Голови ГЕР 08
«Право» НАЗЯВО, член Науково-консультативних рад
Конституційного Суду України та Верховного Суду

Басиста Ірина Володимирівна
докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри кримінального
процесу та криміналістики
Львівського державного університету
внутрішніх справ,
членкиня Науково-консультативної ради
при Верховному Суді

Аспекти поширення презумпції невинуватості на цивільні провадження

Aspects of the extension of the presumption of innocence to civil proceedings

Ідея цієї наукової розвідки бере свої витoki зі звернення голови Касаційного цивільного суду Верховного Суду (далі – КЦС ВС) до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді (далі – НКР при ВС) у справі № 688/2840/22 (провадження № 61-10433св23). У ньому для вирішення було сформульовано питання, які стосуються правозастосування та правотлумачення ст. 1224 Цивільного кодексу України, зокрема: 1) чи можна вважати особу такою, що не має права на спадкування, якщо вона була обвинувачена у заподіянні тяжких тілесних ушкоджень спадкодавцю, внаслідок яких останній помер, за відсутності вироку суду про винуватість у вчиненні відповідного злочину, однак за наявності ухвали суду про закриття кримінального провадження у зв'язку зі смертю обвинуваченого? та 2) чи буде порушенням презумпції невинуватості встановлення судом у цивільній справі обставини умисного позбавлення життя спадкодавця спадкоємцем, померлим на час розгляду спору, виходячи з обставин обвинувального акту та підстав закриття кримінального провадження (п. 5 ч. 1 ст. 284 Кримінального процесуального кодексу України)?¹

Не зайве підкреслити, що наукові висновки за зверненням голови КЦС ВС готували, як фахівці цивілісти, так і ті науковці, які є учасниками НКР при ВС за напрямом кримінальної процесуальної діяльності, і таке широке коло залучених фахівців логічно слідує із

¹ Звернення Голови КЦС ВС до членів НКР при Верховному Суді від 5 лютого 2024 р. за № 46/0/26-24 у справі № 688/2840/22 (провадження № 61-10433св23).

формулювання та охопності наявної проблематики. Адже КЦС ВС ставив перед членами НКР при ВС цитовані вище питання за ситуації, коли наявний спір про усунення спадкоємця від права на спадщину за наявної відповідної вимоги, що заявлена позивачем до спадкоємця, визнання не дійсним і скасування свідоцтва про право на спадщину за законом, скасування рішення державного реєстратора. Відповідач успадкувала спадщину у порядку спадкової трансмісії після смерті сина, який мав успадкувати спадщину за заповітом після смерті свого батька. Щодо сина, який помер, то він був обвинувачений у заподіянні тяжких тілесних ушкоджень батьку, внаслідок яких останній помер. Водночас кримінальне провадження за обвинуваченням сина було закрито у зв'язку зі смертю обвинуваченого².

Що ж стосується тих судових рішень, які є станом на сьогодні, то у першій інстанції ще 16 березня 2023 р. було відмовлено у задоволенні позову адвоката в інтересах громадянки А. до громадянки Б., третя особа – державний нотаріус, про усунення від права на спадщину, визнання недійсним і скасування свідоцтва про право на спадщину за законом, скасування рішення державного реєстратора³. 8 червня 2023 р. апеляційна інстанція частково задовільнила апеляційну скаргу громадянки А. та скасувала рішення суду першої інстанції від 16 березня 2023 р. у частині відмови у визнанні недійсним свідоцтва про право на спадщину за законом. У цій частині апеляційною інстанцією прийнято нове рішення, яким визнано недійсним свідоцтво про право на спадщину за законом, видане 14 вересня 2020 р. державним нотаріусом на громадянку Б. У решті рішення суду першої інстанції залишено без змін⁴. Це рішення було оскаржено громадянкою Б. до КЦС ВС та подано відповідне клопотання про зупинення виконання постанови апеляційного суду від 8 червня 2023 р. Заявник касаційної скарги, серед іншого, посилається на рішення Європейського суду з прав людини від 21 вересня 2006 р. у справі «Грабчук проти України»⁵ щодо презумпції невинуватості⁶.

Беручи до уваги обставини справи, норми матеріального права, які підлягають застосуванню до правовідносин, які виникли у цій справі, а також зважаючи на *протилежні наукові висновки* висококваліфікованих фахівців у сфері права, колегія суддів Першої судової палати КЦС ВС вважаючи, що у справі виникла виключна правова проблема щодо вирішення обох цитованих вище питань, 13 березня 2024 р. своєю ухвалою передала на розгляд Великої Палати ВС справу № 688/2840/22⁷. А вже 3 квітня 2024 р. Велика Палата ВС повернула на розгляд колегії суддів Першої судової палати КЦС ВС цю ж справу через те, «що мотиви, зазначені в ухвалі від 13 березня 2024 р., не свідчать

² Звернення Голови КЦС ВС до членів НКР при Верховному Суді від 5 лютого 2024 р. за № 46/0/26-24 у справі № 688/2840/22 (провадження № 61-10433св23); Рішення Шепетівського міськрайонного суду Хмельницької області від 16 березня 2023 р. у справі № 688/2840/22 (№ 2/688/85/23). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109694351>; Постанова Хмельницького апеляційного суду від 8 червня 2023 р. у справі № 686/2840/22 (провадження № 22-ц/4820/1079/23). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111529642>

³ Рішення Шепетівського міськрайонного суду Хмельницької області від 16 березня 2023 р. у справі № 688/2840/22 (№ 2/688/85/23). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109694351>

⁴ Постанова Хмельницького апеляційного суду від 8 червня 2023 р. у справі № 686/2840/22 (провадження № 22-ц/4820/1079/23). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111529642>

⁵ Там само.

⁶ Звернення Голови КЦС ВС до членів НКР при Верховному Суді від 5 лютого 2024 р. з № 46/0/26-24 у справі № 688/2840/22 (провадження № 61-10433св23).

⁷ Ухвала колегії суддів Першої судової палати КЦС ВС від 13 березня 2024 р. у справі № 688/2840/22 (провадження № 61-10433св23). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117788728>

про наявність виключної правової проблеми, а висновок про таку виключність є передчасним» (п. 62 ухвали)⁸. Отож, станом на зараз, доводиться констатувати, що жодного кінцевого рішення касаційної інстанції поки немає.

Що ж до наших переконань, то вони вже лягли в основу відповідного наукового висновку від 24 лютого 2024 р., де резюмовано, що не можна вважати особу такою, що не має права на спадкування, якщо вона була обвинувачена у заподіянні тяжких тілесних ушкоджень спадкодавцю, внаслідок яких останній помер, за відсутності обвинувального вироку суду, а лише при наявності ухвали суду про закриття кримінального провадження у зв'язку зі смертю обвинуваченого. Встановлення судом у цивільній справі обставин умисного позбавлення життя спадкодавця спадкоємцем, який вже помер на час розгляду цивільного спору, виходячи з обставин обвинувального акту та підстав закриття кримінального провадження (п. 5 ч. 1 ст. 284 Кримінального процесуального кодексу України), буде порушенням такої засади кримінального провадження, як презумпція невинуватості.

⁸ Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 3 квітня 2024 р. у справі № 688/2840/22 (провадження № 14-38цс24). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118465144>

Калужна Оксана Михайлівна
кандидатка юридичних наук,
доцентка кафедри кримінального процесу та криміналістики
Львівського національного університету імені Івана Франка

Чи закладена «формула» істини як запоруки справедливості кримінального провадження у Конституції України?

Is the “formula” of truth as a prerequisite of fairness in criminal proceedings enshrined in the Constitution of Ukraine?

Спонукою для фокусу уваги до зазначеного питання стала нещодавно захищена ґрунтовна концептуальна дисертація нашого колеги Ю. Піха «Концепти істини у кримінальному процесуальному праві та їх реалізація у кримінальному провадженні: український та зарубіжний досвід»¹, рецензентом якої я мала честь бути. З-поміж численних здобутків та висновків дослідник привернув увагу до цікавого факту: у Республіці Польща «формула» істини у кримінальному провадженні закріплена у Конституції Польщі, в Основному законі Федеративної Республіки Німеччини немає про неї буквальної згадки, проте «формула» істини виведена з Конституції Федеральним конституційним судом Німеччини (далі – ФКС Німеччини).

Тож ця компаративістична основа підштовхнула задатись запитанням – а чи закладена «формула» істини як запоруки справедливості кримінального провадження у Конституції України?

Ю. Піх залишив цей момент осторонь, проте він цікавий – не лише евристично з погляду взаємозв'язку й системності кримінального процесуального законодавства в унісон концептуальним конституційним положенням, а й практично – з перспективи потенційної можливості в майбутньому конституційної перевірки окремих положень і навіть цілих інститутів Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК).

До прикладу, як зазначає Ю. Піх, свого часу така ситуація постала в Італії після реформи італійського КПК (*Codice di procedura penale*) у 1989 р., яка заклала обвинувальний тип процесу зі значними консенсуальними елементами, однак Конституційний Суд Італії у своїх рішеннях намагався повернутися до «змішаної інквізиційної процедури». Проблема полягала в тому, що Конституційний Суд та італійський законодавець виходили з двох різних концептів істини у кримінальному процесі: Конституційний Суд – із «матеріальної» істини і вбачав мету кримінального провадження у відповідності між знанням і реальністю – і на цьому тлі піддавав критиці різні норми

¹ Піх Ю. Т. Концепти істини у кримінальному процесуальному праві та їх реалізація у кримінальному провадженні: український та зарубіжний досвід: дис. ... д-ра філософії / ЛНУ ім. І. Франка, Львів, 2023. 346 с. URL: https://lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2023/12/diss_Pikh.pdf

нового КПК Італії. Натомість італійський законодавець виходив із концепту «формальної» істини, під якою розумів «те, що розумна, чесна і компетентна третя сторона вважатиме істинним після змагального судового розгляду». Водночас базовою, відправною точкою є те, чи узагалі мав право Конституційний Суд Італії протиставляти свій «матеріальний» концепт істини «формальному» концепту істини італійського законодавця, якщо італійський основний закон не вимагав встановлення «матеріальної» істини, — тож італійський законодавець не посягнув на конституційні цінності².

Відповідь на зазначене питання потребує невеличкого засновку: нагадування про вид і концепти істини; приведення положень Конституції Польщі, рішення ФКС Німеччини³.

1. Вид і концепти істини у кримінальному судочинстві

Вид і концепти істини у кримінальному процесі взаємопов'язані, проте нетотожні поняття.

Поняття істини в праві є похідним від її загальнофілософського розуміння як інтелектуальної конструкції.

Історично першою гносеологічною моделлю пізнання є розуміння істини як реалістської (об'єктивної), що заснована на вченні древньогрецьких філософів Аристотеля і Платона (істина — це та міра, яка відповідає знанню людини справжній природі речей, це відповідність знання дійсності). Тож під *об'єктивною істиною* традиційно розумівся такий зміст людських знань, який правильно відображає об'єктивну дійсність і не залежить від суб'єкта, тобто не залежить ні від людини, ні від людства. У кримінальному судочинстві *об'єктивна (матеріальна) істина* втілюється як відповідність одержаного й сформованого на підставі зібраних доказів (ідеальних і матеріальних слідів — відображень) знання про факти й обставини вчиненого кримінального правопорушення самим цим фактам і обставинам⁴. Термін «*матеріальна*» в назві істини: а) є фігуральним, як протиставлення «формальній істині»; б) відображає спрямованість кримінального процесу на реалізацію норм матеріального кримінального права⁵; в) підкреслює специфіку істини в праві (особливий її предмет та засоби її встановлення); г) є умовним, оскільки у кримінальному процесуальному пізнанні висновки можуть ґрунтуватися лише на фактичних даних, одержуваних із наявних матеріалів провадження (тобто будуть *процесуальними*). Крім цього, істина, будучи *матеріальною* за змістом, все ж є *суб'єктивною* — пізнається людьми і виражається ними в суб'єктивних формах (поняттях, законах, рішеннях)⁶; г) у радянській доктрині відкидався через походження з «буржуазної юриспруденції»⁷; д) діагностує приналежність до європейської континентальної правової традиції та культури, свідчив би про влиття України в загальноєвропейську термінологію⁸.

² Піх Ю. Т. Концепти істини у кримінальному процесуальному праві та їх реалізація у кримінальному провадженні: український та зарубіжний досвід: дис. ... д-ра філософії / ЛНУ ім. І. Франка, Львів, 2023. С. 100. URL: https://lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2023/12/diss_Pikh.pdf

³ Засновки (вихідна теоретична основа) фактично є вижимками зі згаданої дисертації, подані в моєму укладенні.

⁴ Там само. С. 67, 257.

⁵ Там само. С. 191.

⁶ Там само. С. 79–81

⁷ Там само. С. 79.

⁸ Рецензія Калужної О. М. С. 13–15. URL: https://lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2023/12/recenziya_Kaluzhna_Pikh.pdf

Формальна (процесуальна) істина з'явилася у середньовіччі з його розшукною (інквізиційною) побудовою кримінального процесу та характерною для нього формальною оцінкою доказів: докази оцінював не суддя за своїм внутрішнім переконанням, а їхню силу визначав сам закон⁹. *Формальна (процесуальна, судова) істина* передбачає відповідність кримінального провадження (судового процесу) і його результату (висновків про належні до справи факти та обставини) конкретним, заздалегідь встановленим законом формальним умовам, незалежно від того, чи відповідають вони дійсності¹⁰.

Залежно від виду істини у конфігурації відповідної моделі (типу) кримінального процесу уклався той чи інший її концепт.

Концепт істини (формальної чи матеріальної), застосовуваний у певній державі, обумовлений: а) її приналежністю до відповідного типу кримінального процесу — змагального (англосаксонська система права) чи змішаного (континентальна система права), та б) виду кримінального провадження за диференціацією кримінально-процесуальної форми — для приватно-позовного типу судового розгляду характерна процесуальна (формальна) істина, а для публічно-позовного — матеріальна¹¹.

Концепт істини — це відносно автономна, взаємоузгоджена та взаємозумовлена система поглядів на поняття і характер істини як мети та результату пізнання у кримінальному провадженні, та реалізується як засаднича ідея у системі принципів та інститутів як доказового права зокрема, так і кримінального процесу загалом¹².

Концепт істини у кримінальному провадженні є одним із ключових факторів при формуванні основ кримінальної процесуальної політики будь-якої держави. З нього випливають визначення мети доказування, мети та завдань кримінального провадження загалом, а також його засад (принципів), кола та процесуального статусу суб'єктів доказування, функціонування низки інших процесуальних інститутів, що у своїй сукупності в подальшому безпосередньо впливає на структуру і форму кримінального провадження загалом¹³.

Концепт матеріальної істини у кримінальному провадженні реалізований у державах континентальної системи права і включає: а) метою доказування є встановлення істини завдяки всебічному, повному й об'єктивному з'ясуванню усіх визначених законом обставин кримінального провадження передбаченими ним процесуальними способами і засобами; б) вимога точної відповідності висновків органів досудового розслідування, а також суду про обставини кримінального провадження, до яких вони дійшли на підставі оцінки зібраних доказів, дійсним його обставинам; в) активна роль суду як щодо дослідження та оцінки представлених під час судового розгляду доказів, так і можливість їх самостійно збирати судом за власною ініціативою з метою прийняття справедливого процесуального рішення¹⁴.

⁹ Піх Ю. Т. Концепти істини у кримінальному процесуальному праві та їх реалізація у кримінальному провадженні: український та зарубіжний досвід: дис. ... д-ра філософії / ЛНУ ім. І. Франка, Львів, 2023. С. 257–258. URL: https://lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2023/12/diss_Pikh.pdf

¹⁰ Там само. С. 261.

¹¹ Там само. С. 259.

¹² Там само. С. 256.

¹³ Там само. С. 263.

¹⁴ Там само. С. 260–261.

Концепт формальної істини втілений у змагальній моделі кримінального судочинства, де встановлюється «істина переможця змагання сторін», «істина форми»; суд вирішує кримінально-правовий спір між стороною обвинувачення і стороною захисту відповідно до вимог закону, на підставі обставин справи, доказаних сторонами під час судового слідства, керуючись своїм переконанням і совістю. Суд встановлює істину «судову», ймовірне знання. Проявами концепту формальної істини є: а) особливий порядок ухвалення судового рішення у випадку визнання обвинуваченим пред'явленого йому обвинувачення; б) особливий порядок ухвалення судового рішення у випадку визнання сторонами окремих фактів та обставин кримінального провадження як таких, що ніким не оспорується; в) особливий порядок ухвалення судового рішення у разі укладення угод; г) особливий порядок ухвалення судового рішення у разі повної або часткової відмови прокурора (публічного обвинувача) від підтримання публічного (державного) обвинувачення; ґ) особливий порядок ухвалення судового рішення у разі повної або часткової відмови потерпілого (приватного обвинувача) від підтримання приватного обвинувачення; д) особливий порядок ухвалення судового рішення у кримінальних провадженнях щодо окремих категорій кримінальних правопорушень (як правило, у випадках диференціації кримінальної процесуальної форми у бік її спрощення, наприклад дізнання чи судовий розгляд і вирішення справи у спрощеній формі); е) особливий порядок ухвалення судового рішення у кримінальних провадженнях у разі встановлення підстав для звільнення від кримінальної відповідальності. За своїм змістом і наслідками вони здебільшого зводяться до звільнення суду від обов'язку встановлення усіх чи окремих фактів та обставин, які мають значення для кримінального провадження, а тому мінімізують або істотно звужують його пізнавальну діяльність, яка має місце при загальноновстановленому розгляді та вирішенні справи¹⁵.

2. Формула істини в Конституції Республіки Польща та в інтерпретації ФКС Німеччини

У Польщі реалізована змішана модель кримінального провадження, з поєднанням елементів розшукного й змагального процесу: доказової ініціативи сторін і доказової діяльності суду *ex officio*, оскільки загальноновизнано вважається, що засада змагальності обмежена через закріплення у Конституції Республіки Польща засади матеріальної правди. Зокрема, *засада матеріальної правди* виводиться зі ст. 2 (принцип демократичної правової держави: «Республіка Польща є демократичною правовою державою, що здійснює принципи соціальної справедливості»), ст. 42 (загальні умови кримінальної відповідальності: «Кримінальній відповідальності підлягає тільки той, хто вчинив діяння, заборонене під загрозою покарання законом, що діяв на час його вчинення. <...> Кожний вважається невинним, поки його вина не буде підтверджена вироком суду, який набув чинності) та ст. 45 (право на справедливий суд: «Кожен має право на справедливий і відкритий розгляд справи без необґрунтованого відкладення компетентним, незалежним і неупередженим судом»¹⁶).

На конституційне походження засади матеріальної правди у кримінальному провадженні вказував Конституційний трибунал Польщі (*Trybunał Konstytucyjny*

¹⁵ Піх Ю. Т. Концепти істини у кримінальному процесуальному праві та їх реалізація у кримінальному провадженні: український та зарубіжний досвід: дис. ... д-ра філософії / ЛНУ ім. І. Франка, Львів, 2023. С. 261–262. URL: https://lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2023/12/diss_Pikh.pdf

¹⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. z dnia 2 kwietnia 1997 r. URL: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polski/kon1.htm>

Rzeczypospolitej Polskiej): а) у постанові від 7 березня 2011 р.: складовим елементом права на справедливий суд і, зокрема, обов'язком суду, що впливає з такого права, є ухвалення процесуального рішення, що ґрунтується на матеріальній правді¹⁷; б) у вироку від 18 лютого 2009 р.: вимога швидкості провадження (вирішення справи протягом розумного строку) «не повинна негативно впливати на процесуальні гарантії прав осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, а також не повинна призводити до суперечності із встановленням правди...»¹⁸.

Найбільшою мірою «формула» істини (правди), а відтак і засада матеріальної правди виводиться з ч. 1 ст. 42 Конституції Польщі, у якій закріплена підстава притягнення до кримінальної відповідальності: «до кримінальної відповідальності притягується лише той, хто вчинив діяння, заборонене кримінальним законом, що діяв на час вчинення цього діяння».

Помітно, як в унісон і на розвиток Конституції Польщі у КПК Польщі (*Kodeksie postępowania karnego*) викладені завдання кримінального провадження:

Стаття 2 § 1. Положення цього Кодексу мають метою таке формування (побудову) кримінального провадження, щоб:

- 1) особа, яка вчинила злочин, була викрита і притягнена до кримінальної відповідальності, а особа невинувата не понесла цієї відповідальності;
- 2) через відповідне (влучне, коректне) застосування засобів, передбачених кримінальним законом, і виявлення обставин, що сприяли вчиненню злочину, були досягнуті завдання кримінального провадження не тільки щодо подолання злочинів, а й запобігання їм, зміцнення поваги до права і засад співжиття суспільства;
- 3) були враховані охоронювані законом інтереси потерпілого з одночасною повагою до його гідності;
- 4) справу було вирішено в розумний строк.

§ 2. Усі рішення повинні ґрунтуватися на правдивих фактичних даних (висновках)¹⁹.

Першим завданням кримінального провадження у п. 1 § 1 ст. 2 КПК Польщі закріплено, «щоб особа, яка вчинила злочин, була виявлена і притягнена до кримінальної відповідальності, а невинуватий не був притягнений». Отож кримінальне судочинство Польщі первинно заточене на реалізацію матеріально-правового принципу кримінальної відповідальності тільки за наявності вини (*nulla poena sine culpa*). Польське правосуддя має достеменно перевірити, чи особа, що притягається до кримінальної відповідальності, є тією самою, що вчинила цей злочин, тобто встановити цю відповідність (кореспонденцію). § 2 ст. 2 КПК в унісон і на виконання припису п. 1 § 2 ст. 2 КПК зобов'язує польське правосуддя встановлювати дійсні факти у справі як основу справедливих

¹⁷ Піх Ю. Т. Концепти істини у кримінальному процесуальному праві та їх реалізація у кримінальному провадженні: український та зарубіжний досвід: дис. ... д-ра філософії / ЛНУ ім. І. Франка, Львів, 2023. С. 214. URL: https://lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2023/12/diss_Pikh.pdf

¹⁸ Там само. С. 213-214.

¹⁹ *Kodeks postępowania karnego. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Dz. U. z 2024 r. poz. 37.* URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19970890555>

рішень, процесуальні органи зобов'язані докладати усіх зусиль для того, щоб їхні фактичні висновки, покладені в основу процесуальних рішень, були правдивими (істинними), відповідали дійсності. Без цього «формула» справедливості, закріплена у ч. 1 ст. 42 Конституції Польщі й продубльована у п. 1 § 2 ст. 2 КПК не може бути реалізована. «Врахування охоронюваних законом інтересів потерпілої особи з повагою до її гідності» закріплене як завдання 3. Як наслідок такої «формули» істини у Конституції Польщі, окреслених завдань кримінального судочинства у ст. 2 КПК, у кримінальному процесі Польщі немає інститутів угод і спрощеного провадження. Причому у першій редакції КПК Польщі 1997 р. був розділ 51 «Спрощене провадження» (статті 468–484) у справах про незначні злочини з передбаченим покаранням до 3 років позбавлення волі та за інші перелічені у ст. 469 злочини, який був відхилений²⁰. Таким чином, у Польщі реалізований концепт матеріальної істини у доволі строгому вигляді.

Прикметно й те, що за час парламентської коаліції «Громадської платформи» Д. Туска 27 вересня 2013 р. у Польщі було лібералізовано КПК змінами, що набрали чинності 1 липня 2015 р., які обмежували ініціативу суду у збиранні доказів *ex officio* до виняткових випадків і переклали відповідальність за результат провадження з суду на сторони, передусім з огляду на презумпцію невинуватості – на прокурора. Окремі з цих змін 2015 р. діяли трохи більше 9 місяців й були скасовані новим скликанням парламенту від 15 жовтня 2015 р., коли більшість отримала PiS. Оскільки після останніх парламентських виборів у Польщі знову сформована коаліція «Громадянською платформою» на чолі з прем'єром Д. Туском, тож імовірним є новий виток польського законодавця обмежити активність суду в доказуванні.

Конституція Німеччини не вживає терміна «істина», не визначає мету кримінального судочинства та загалом має обмежену кількість положень, які його безпосередньо стосуються. Утім, у німецькій доктрині та практиці традиційно вважається, що вимога встановлення матеріальної істини впливає з Основного Закону ФРН. Федеральний конституційний суд Німеччини (*Bundesverfassungsgericht*, далі – *BVerfGE*) виводить принцип «матеріальної істини» з принципу правової держави (*Rechtsstaatsprinzip*), закріпленому в ст. 20 III Основного Закону ФРН: з обмеження державної влади, її зв'язаності законом, передбачуваності дій держави, правової визначеності, принципу поділу влади, матеріальної справедливості, – оскільки правова держава – це держава, що презюмує стан справедливості²¹. З принципом правової держави пов'язаний і принцип відповідальності виключно за наявності вини (*Schuldprinzip*), досягнення якого неможливе без визначення дійсних фактів як необхідної основи справедливого судового рішення. З принципу правової держави виводиться і матеріальна справедливність, адже правова держава – це не просто держава, що ґрунтується на законності у формальному сенсі, але така, що презюмує стан справедливості. Таким чином, прецедентна практика *BVerfGE* виводить «формулу» істини матеріальної як засноване на Конституції ФРН обов'язкове підґрунтя кримінального процесу правової держави.

²⁰ Kodeks postępowania karnego. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Dz. U. z 2024 r. poz. 37. URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdul9970890555>

²¹ Піх Ю. Т. Концепти істини у кримінальному процесуальному праві та їх реалізація у кримінальному провадженні: український та зарубіжний досвід: дис. ... д-ра філософії / ЛНУ ім. І. Франка, Львів, 2023. С. 195. URL: https://lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2023/12/diss_Pikh.pdf; *Bundesverfassungsgericht*. URL: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/bvg24-046.html>

3. Чи є формула істини у кримінальному провадженні у Конституції України?

3.1. Згадка про істину в Конституції України

Термін «істина» вживається у Конституції України один єдиний раз у ст. 31: «Кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо»²².

Як бачимо, конституцієдавець у цій статті не визначив вид істини, що підлягає з'ясуванню у кримінальному провадженні. Тож, встановлення, яка «формула» (вид і концепт) істини закладена у Конституції України і чи закладена така взагалі, потребує телеологічного підходу у сукупності з історико-правовим, системно-структурним (статті 1, 62, 129 Конституції) для цілісного її аналізу.

3.2. Чи можна вивести «формулу» істини зі ст. 1 Конституції України (з принципу правової держави)?

Як і в Конституції Німеччини, у Конституції України так само є базова засада, що «Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава» (ст. 1). Тож на перший погляд (*prima facie*) може закрастись припущення, що й український конституційний суд міг би вивести з Конституції України «формулу» матеріальної істини з принципу правової держави і правової визначеності як його запоруки. Проте такий підхід був би помилковим, поспішним і навіть дещо гарячковим, уїдлигим, антагоністичним або й іронічним з погляду етики міжнародного співжиття. По-перше, якщо «формулу» матеріальної істини виводити з принципу правової держави, обернено пропорційно легко дійдемо до оксиморонного висновку, немов у державах концептах формальної істини є серйозні проблеми з дисфункцією справедливості, а самі ці держави англосаксонської системи права є неправовими (що, природньо, мало б відкидати їх у розвитку до групи малорозвинених країн). Безумовно, це не відповідає дійсності і є докорінно помилковим. Вочевидь, жоден із концептів істини у кримінальному провадженні у світовій практиці не є ані кращим, ані гіршим, довершеним (бездоганним, ідеальним) чи цілковито дефектним (дисфункційним). Адже різні держави, які мають тяглу кількасотлітню історію побудови власного кримінального судочинства на концепті чи то матеріальної, чи то формальної істини, забезпечують у своїх суспільствах достатній або ж і високий ступінь відчуття справедливості, довіри до правосуддя та органів правопорядку загалом, соціального добробуту населення, зростання економіки, інвестицій, внутрішнього валового продукту, міжнародної ваги власних держав (а кримінальна юстиція є одним із складників цих процесів). У дійсності ефективність і справедливість кримінального судочинства обумовлена не так беззастережним апологетизмом, захвалюванням, вірою в безгрішність певного концепту істини, як низкою інших правових, соціальних, культурних факторів — як от правовою культурою та кваліфікованістю професійних учасників кримінального провадження, етикою прокурорської, адвокатської та суддівської спільноти; справні-

²² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. Поточна редакція від 1 січня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

стю функціонування інституту дисциплінарної відповідальності; дієвістю механізмів запобігання процесуальним зловживанням учасників провадження; існуванням інституту професійної репутації; громадянською культурою та освіченістю населення; питомою вагою середнього класу; прозорістю та справедливістю правил ведення бізнесу; наявністю інституцій громадського контролю та впливу на державні рішення тощо. Сам собою окремо взятий концепт істини (у вакуумі) не є і не може бути самоціллю. Це засіб для забезпечення справедливості кримінального правосуддя, досягнення його завдань, на що впливають десятки інших факторів (правових, політичних, соціальних). Концепт істини має бути інкрустований у баланс багатозарового правого регулювання не лише кримінальних процесуальних, а й системи суміжних правовідносин²³. Як привертали увагу експерти Ради Європи у висновку на проєкт КПК України 2012 р.: «Ані Європейська конвенція, ані практика Європейського суду не вимагають ухвалення конкретної моделі кримінального процесу, однак їх дотримання робить конечними гарантії рівності сторін і ефективного захисту»²⁴. Як і Європейський суд з прав людини у своїй прецедентній практиці прямо не закріплює чіткого й універсального обов'язку встановлення об'єктивної (матеріальної) істини у кожному кримінальному провадженні.

По-друге, на відміну від Конституції Німеччини, яка не визначає побудову кримінального судочинства, тож ФКС Німеччини вивів «формулу» матеріальної істини з усталеної історичної ментальної традиції Німеччини матеріальної справедливості як запоруки правової держави, у Конституції України, окрім згаданих статей 1 та 31, є ще й статті 62, 129, які й спрямують і обмежують правову визначеність із цього питання її інтерпретатора та законодавця у правому регулюванні на рівні закону.

До слова, з цього приводу також був дуже обережний та коректний Конституційний Суд України (далі – КСУ), який у рішенні від 20 жовтня 2011 р. № 12-рд/2011 у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України відзначив, що тимчасове обмеження конституційних прав і свобод громадян під час здійснення оперативно-розшукової діяльності уповноваженим органом, посадовою особою можливе лише у випадках, передбачених Конституцією України, та в порядку, встановленому законами України, з метою з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи»²⁵. Тож за лаконічним формулюванням КСУ «з метою з'ясувати істину» стоїть інтерпретаційна коректність й глибина розуміння конституційних положень.

Безумовно, науковці в силу принципу академічної свободи не мусять бути в цьому аспекті стриманими інтерпретаторами, апріорі мають право бути симпатиками того чи іншого наукового підходу, його обстоювання, обґрунтування. Так, наприклад, М. Михеєнко, посилаючись на ст. 31 Конституції України, відважно виділяв засаду з'ясування *об'єктивної істини* та відносив її до конституційних засад кримі-

²³ Рецензія Калужної О. М. С. 10–11. URL: https://lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2023/12/recenziya_Kaluzhna_Pikh.pdf

²⁴ Експертний висновок Ради Європи щодо проєкту КПК. С. 25. URL: https://zib.com.ua/ua/7576-ekspertniy_visnovok_radi_evropi_schodo_proektu_kpk_tekst_ukr.html

²⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України від 20 жовтня 2011 р. № 12-рп/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11/conv#Text>

нального судочинства, наголошуючи, що вона розкривається через вимогу закону про всебічність, повноту і об'єктивність²⁶. В. Маляренко встановлення *об'єктивної істини* відносив до «інших», не «основних» (не передбачених Конституцією України) засад кримінального судочинства²⁷.

При цьому аналізуючи будь-які конституційної норми, потрібно виходити з історичних умов, адже текст будь-якої конституції будь-якої держави відображає правові цінності, доктринальні уявлення у правознавстві на відповідний історичний період. Конституційні норми – це історичний зріз розвитку праворозуміння, який до того ж є конвенцією (угодою) між конституцієдавцями (парламентарями-консерваторами, що намагалися зберегти історичні традиції чинних на той час підходів і законодавства, та представниками ліберальних течій, що намагалися включити в Основний закон прогресивніші тенденції). Тому вживання у Конституції України 1996 р. терміно-поняття «істина», як і виведення у науковій літературі на основі її статті 31 принципу власне «об'єктивної істини» не повинно нас дивувати, адже на той час цей термін широко вживався у чинному КПК 1960 р., у доктрині та практиці, був міцно вплетений у тогочасну правосвідомість.

Однак, дослідникам важливо не перебувати в полоні певної ідеї. Від цього страждатиме збалансованість дослідження, воно не виключатиме помилок і, що гірше, на цій основі строкатих підходів законодавця.

3.3. Чи можна вивести «формулу» істини зі статей 62 та 129 Конституції України?

Стаття 62 Конституції встановлює: «особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду». З одного боку, у положенні «доки її вину не буде доведено» закріплена кримінальна відповідальність за наявності вини (*nulla poena sine culpa*), що є формулою матеріальної істини. А з другого – у положенні «доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду» –присутня формула формальної (процесуальної, судової) істини.

До того ж як чітко визначено у цьому положенні, сам порядок доведення відданий на регулювання закону. Тож саме кримінальний процесуальний закон має визначати «формулу» (вид і концепт) істини у кримінальному провадженні чи їх дихотомію, враховуючи при цьому й положення ст. 129 Конституції.

Статті 31, 62 Конституції є концептуальними – містяться у розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина». Порівняно з цим ст. 129 Конституції України, що закріплює основні засади судочинства, є нормою спеціальною, проте і вона не сковує кримінальний процес України жорсткими рамками матеріальної істини. За частиною 2 ст. 129 основними засадами судочинства є:

²⁶ Михеєнко М. М. Конституційні принципи кримінального процесу. *Вісник Академії правових наук України*. 1997. № 2 (9). С. 102–103; Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Кримінальний процес України: підручник. 2-ге вид., перероб. і доп. Київ: Либідь, 1999. С. 43.

²⁷ Маляренко В. Т. Поняття, загальна характеристика та класифікація основних засад кримінального судочинства. *Вісник Верховного Суду України*. 1999. № 1. С. 43.

- 1) рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом;
- 2) забезпечення доведеності вини;
- 3) змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості;
- 4) підтримання публічного обвинувачення в суді прокурором;
- 5) забезпечення обвинуваченому права на захист... та ін.

При цьому в ієрархії конституційних засад судочинства «забезпечення доведеності вини» вміщена під номером 2, водночас, як вже згадувалося, «доведеність вини» має подвійну складову – і матеріальну, і процесуальну. Наступними засадами названі «змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів», «підтримання публічного обвинувачення прокурором», «забезпечення обвинуваченому права на захист» (розподіл процесуальних функцій – обвинувачення, захисту і правосуддя). Тож «доведення вини» не можна трактувати відособлено, це слід робити у тандемі із засадою змагальності і диспозитивності, що неодмінно позначається на співвідношенні цих засад не на користь матеріальній істині. Таким чином, цілком допустимим і очікуваним буде зміщення співвідношення цих засад в сторону посилення змагальності, зменшення активної ролі суду у з'ясуванні обставин справи (що ми зрештою й маємо у КПК України). *Ці конституційні положення допускають варіативність і принципово не заперечують у кримінальному судочинстві й концепта формальної істини.*

Варто пригадати, що у першій редакції Конституції України 1996 р. серед конституційних засад судочинства першою була названа *законність*²⁸. Із неї безумовно легше виводилася спрямованість кримінального судочинства на встановлення матеріальної істини. У цьому контексті слід зацентувати й на таку деталь, що, наприклад, «переважна більшість німецьких процесуалістів вважає, що у системі засад кримінального провадження поряд із засадою *законності* не може існувати засада *змагальності*, оскільки змагальність не сприяє установленню матеріальної (об'єктивної) істини у справі, а забезпечує лише встановлення істини формальної, призводить до затягування строків досудового розслідування та судового розгляду, перекручування сутності участі учасників кримінального процесу. При цьому у КПК Німеччини такої прямої норми узагалі не передбачено»²⁹.

3.4. Узгодженість зі статтями 1, 31, 62, 129 Конституції КПК України

За експертним висновком Ради Європи, «коло дотичних до кримінально-процесуального права питань, через які Європейський суд встановлював порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, є досить великим. Отож, безперечно, чіткою вимогою є те, щоб одним із важливих завдань при ухваленні проєкту Кодексу стало усунення положень, які або ж є вочевидь несумісними з вимогами Конвенції, або занадто легко інтерпретуються та застосовуються так, щоб ці вимоги порушити. Утім, в основі багатьох порушень лежить не закон, а практика. Вирішити цю проблему почасти можна, якщо чітко передбачити в законі неприпустимість такої практики, проте її вдасться викоринити або істотно зменшити, якщо здійсню-

²⁸ Конституція України від 28 червня 1996 р. Перша редакція. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/ed19960628#o554>

ється дієве навчання щодо нових норм, а також постійно докладаються зусилля для формування такого підходу до кримінального процесу, який відповідає Конвенції³⁰. Мета проєкту Кодексу полягає в переході до більш змагальної моделі кримінального правосуддя, відповідно до якої обвинувачений не вважається об'єктом чи джерелом доказів, а обидві сторони користуються аналогічними правами обстоювати свою позицію перед безстороннім судом³¹.

Загалом чинний КПК України 2012 р. безпосередньо не закріпив (у буквальному найменуванні) засаду встановлення будь-якої істини (матеріальної чи процесуальної). Водночас необхідність встановлення матеріальної істини опосередковано закладена у системі норм КПК: а) ст. 2 КПК – завданням кримінального провадження є, зокрема, «забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений»; б) ч. 2 ст. 9 КПК зобов'язує прокурора, керівника органу досудового розслідування та слідчого всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень; в) ст. 91 КПК «Обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні»; г) ч. 4 ст. ст. 217, 334 КПК (матеріали досудового розслідування не можуть бути виділені в окреме провадження, якщо це може негативно вплинути на повноту досудового розслідування та судового розгляду); г) ст. 370 КПК зобов'язує суд ухвалити судові рішення законне, обґрунтоване і вмотивоване; е) ст. 321 КПК зобов'язує головуючого в судовому засіданні (фактично – суд) спрямовувати судовий розгляд на забезпечення з'ясування всіх обставин кримінального провадження та ін.; д) ч. 1 ст. 351 КПК надає повноваження суду протягом всього допиту обвинуваченого ставити йому запитання для уточнення і доповнення його відповідей; е) ч. 13 ст. 352, ч. 2 ст. 353 КПК – повторно допитати в тому самому або наступному судовому засіданні свідка чи потерпілого, якщо під час судового розгляду з'ясувалося, що свідок (потерпілий) може надати показання стосовно обставин, щодо яких він не допитувався); є) ч. 13 ст. 352 КПК – ставити запитання свідкам під час дослідження інших доказів; ж) ч. 14 ст. 352 КПК – призначити одночасний допит двох чи більше вже допитаних учасників кримінального провадження (свідків, потерпілих, обвинувачених) для з'ясування причин розбіжності в їхніх показаннях; з) частини 1, 2 ст. 356 КПК – викликати експерта для допиту з метою роз'яснення висновку та ставити йому запитання; и) ч. 4 ст. 356 КПК – призначити одночасний допит двох чи більше експертів для з'ясування причин розбіжності в їхніх висновках, що стосуються одного й того самого предмета чи питання дослідження тощо.

²⁹ Піх Ю. Т. Концепти істини у кримінальному процесуальному праві та їх реалізація у кримінальному провадженні: український та зарубіжний досвід: дис. ... д-ра філософії за спеціальністю 081 «Право». ЛНУ ім. І. Франка. Львів, 2023. С. 136. URL: https://lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2023/12/diss_Pikh.pdf; Strafprozessordnung (StPO) Ausfertigungsdatum: 12.09.1950, zuletzt geändert durch Art. 16 G v. 6.5.2024 I Nr. 149. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/BJNR006290950.html>; Козаченко В. І. Засада законності у кримінальному процесі Федеративної Республіки Німеччини та України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / Академія адвокатури України. Київ, 2018. С. 10.

³⁰ Експертний висновок Ради Європи щодо проєкту КПК. С. 8. URL: https://zib.com.ua/ua/7576-ekspertniy_visnovok_radi_evropi_schodo_proektu_kpk_tekst_ukr.html

³¹ Там само. С. 24–25.

Водночас у диференційованих формах (спрощене провадження щодо проступків, провадження щодо угод про примирення та про визнання винуватості, а також про звільнення від кримінальної відповідальності) реалізується концепт формальної істини.

Відтак українському кримінальному процесуальному законодавству властиве органічне поєднання усіх концептів істини – залежно від процесуальної форми (загальна, диференційована), стадії провадження або ж окремих процесуальних дій – для максимального досягнення завдань судочинства³².

Стрункими відносно Конституції України є й завдання кримінального провадження у ст. 2 КПК: а) захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, б) охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також в) забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура.

Таким чином, в інститутах угод, спрощеному провадженні в справах про проступки, у провадженні про звільнення від кримінальної відповідальності якраз і реалізується перше й основне завдання кримінального провадження – захист (відновлення прав) особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень: потерпілі (держави) отримують відшкодування та вибачення, злочинець визнає вину та розкаюється у вчиненому (реалізується мета кримінального покарання – виправлення особи), суспільство і держава економить час і ресурси на кримінальній процедурі.

Підбиваючи підсумки, варто зазначити, що компаративістична основа дає змогу розширити світогляд – збільшити діапазон уявлення змісту, відтінків, співвідношень положень Конституції України, їх фундаментального впливу на архітектуру кримінального процесу України.

³² Тітко І. Єдність правової природи інституту угод у приватній та публічній підсистемах права України. *Вісник Національної академії правових наук*: зб. наук. пр. Харків: Право, 2014. № 3(78). С. 144–154; Вапнярчук В. В. Мета кримінального процесуального доказування. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки*. 2015. Вип. 1. Т. 4. С. 78–82.

*Кучинська Оксана Петрівна
докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри кримінального процесу та криміналістики
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Щодо гарантій забезпечення прав учасників кримінального провадження

Regarding guarantees of ensuring the rights of participants in criminal proceedings

Говорити про повний перелік умов, засобів і способів, що виступають процесуальними гарантіями забезпечення прав учасників кримінального провадження, детально характеризуючи кожен із елементів, було б досить складним завданням через те, що такий перелік був би досить великим. Тому вважаю за правильне назвати найбільш значущі види процесуальних гарантій забезпечення прав учасників кримінального провадження, визначивши перед цим критерії віднесення тих чи інших положень, умов і засобів до їхньої системи. Такими критеріями є, по-перше, те, що такі умови, способи та засоби передбачені кримінальним процесуальним законом (нормативність), по-друге, наявність у них реальної або потенційної можливості здійснювати позитивний вплив на ефективність забезпечення прав учасників кримінального провадження.

З огляду на зазначене вище, до числа загальних кримінальних процесуальних гарантій забезпечення прав учасників кримінального провадження слід віднести: 1) принципи кримінального провадження; 2) кримінальну процесуальну форму; 3) правовий статус учасників кримінального провадження (їхні права та обов'язки); 4) юридичну відповідальність; 5) відомчий контроль; 6) прокурорський нагляд; 7) судовий контроль; 8) необхідність обґрунтування процесуальних рішень та ускладнений порядок прийняття деяких із них (про проведення обшуку, про взяття під варту тощо).

Фактично всі принципи кримінального провадження, закріплені у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України), є гарантіями прав його учасників. Наприклад, будь-яке порушення права обвинуваченого на захист (ст. 20 КПК України) вважається істотним порушенням закону, що тягне за собою скасування ухвалених у справі рішень, адже йдеться про порушення принципу (засади) кримінального процесу.

Кримінальна процесуальна форма відіграє щодо прав учасників кримінального провадження забезпечувальну роль через установлення чіткого єдиного порядку діяльності як посадових осіб та органів, які ведуть кримінальне провадження, так і інших його учасників. Саме процесуальна форма зобов'язує дотримуватися порядку провадження у справі загалом та порядку провадження окремих процесуальних дій зокрема з тим, щоб при цьому були забезпечені та не порушувалися права будь-кого з учасників кримінального провадження.

Характеризуючи правовий статус (права та обов'язки) учасників кримінального провадження, слід наголосити на тому, що мовиться про те, що право одного учасника правовідносин завжди кореспондує обов'язок іншого й навпаки. Наприклад, гарантіями права слідчого ухвалювати рішення про проведення слідчих (розшукових) дій (п. 2 ч. 2 ст. 40 КПК України) є кореспондовані цьому праву обов'язки учасників процесу з'явитися за його викликом або заздалегідь повідомити про неможливість прибути (підозрюваний, обвинувачений – п. 1 ч. 7 ст. 42; захисник – ч. 2 ст. 47; потерпілий – п. 1 ст. 5; свідок – п. 1 ч. 2 ст. 66; експерт – п. 2 ч. 5 ст. 69 тощо). Праву підозрюваного знати, у вчиненні якого кримінального правопорушення його підозрюють (п. 1 ч. 3 ст. 42 КПК України) відповідає обов'язок слідчого, прокурора або іншої уповноваженої особи здійснити повідомлення про підозру та невідкладно повідомити підозрюваному про його права.

Юридична відповідальність як елемент системи передбачених законом гарантій забезпечення прав учасників кримінального провадження являє собою гарантію виконання учасниками процесу покладених на них обов'язків із тим, щоб унаслідок їх, наприклад, невиконання не порушувалися гарантовані законом права інших учасників.

Відомчий контроль є ефективною гарантією забезпечення прав учасників кримінального провадження, що обумовлюється передбаченими КПК України повноваженнями керівників органів досудового розслідування того чи іншого відомства щодо підлеглих.

Прокурор є гарантом забезпечення прав учасників кримінального провадження як під час досудового розслідування кримінальної справи, так і під час судового розгляду. Сутність повноважень прокурора як гаранта прав учасників кримінального провадження становлять не лише його обов'язки, а й права. Наприклад, прокурор має право скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих, має право відмовитися підтримувати обвинувачення в суді тощо.

Судовий контроль посідає важливе місце серед елементів системи гарантій прав учасників кримінального провадження. До виключної компетенції суду (слідчого судді) законодавець відніс обрання щодо підозрюваного чи обвинуваченого запобіжних заходів та деяких інших процесуальних заходів, пов'язаних із суттєвим обмеженням основних прав особи: відсторонення від посади, тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом, проведення обшуку тощо.

Обґрунтованість як обов'язкова вимога, що висувається до процесуальних рішень посадових осіб та органів, які ведуть кримінальний процес, також є одним із елементів системи гарантій забезпечення прав учасників кримінального провадження. Адже лише належним чином обґрунтоване процесуальне рішення може виконати своє функціональне призначення. Законом визначено, що рішення слідчого, прокурора, суду повинні бути законними, обґрунтованими, мотивованими (статті 110, 370 КПК України).

Слід зазначити, що всі види розглянутих процесуальних гарантій забезпечення прав учасників кримінального провадження можна зіставляти або порівнювати, але не можна ані протиставляти, ані ототожнювати.

Таким чином, процесуальні гарантії прав учасників кримінального провадження – це система встановлених нормами кримінального процесуального закону умов, засобів і способів, які у своїй сукупності забезпечують реалізацію, охорону та захист прав учасників кримінального провадження.

Тимофєєва Лілія Юрїївна
кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія», адвокатка

Прикладні аспекти реалізації принципу пропорційності у кримінальному праві

Applied aspects of implementation of the principle of proportionality in criminal law

Аналізуючи норми Кримінального кодексу України (далі – КК України), а також практики його застосування, можна прийти до висновку про наявність широких можливостей для судового угляду. Практика підтверджує низку випадків, коли особи отримують надмірно суворі вироки, надмірно м'які вироки, уникають відповідальності. Також низка випадків самосудів. Все це є прикладами непропорційності у практиці правозастосування та є загрозою для системи правосуддя загалом.

Окремі аспекти принципу пропорційності досліджені у наукових працях Ю. Євтощук, С. Погребняк, В. Туляков, М. Хавронюк та ін. Водночас стрімкий розвиток судової практики, а також прагнення України бути членом Європейського Союзу (далі – ЄС), а отже, необхідність приведення у відповідність національного законодавства з європейським, обумовлює актуальність подальших досліджень.

Дотримання принципу пропорційності є однією з основних вимог справедливості та правосуддя в усіх питаннях. Зокрема, визначення покарання та його мета полягають у відповідності розміру покарання із зазначенням розміру вини винного. Цей принцип є логічною основою покарання і фактором його легітимності. Як зазначає П. Робінсон, принцип пропорційності звинувачення вимагає не лише того, щоб правові норми відображали заслужені погіршення, а й не менш важливо, щоб вони відображали заслужені пом'якшення, і не як питання милосердя чи прощення, а як питання права. Існує велика різноманітність випадків, коли норми кримінального права про відповідальність і покарання призводять до результатів, які суперечать заслуженому пом'якшенню. Конфлікти відбуваються в обох напрямках: закон часто не забезпечує пом'якшення, яке є заслуженим, а іноді передбачає пом'якшення, яке не є заслуженим¹. Сучасна судова практика є тому підтвердженням. Зокрема, щодо незастосування заслуженого пом'якшення є широка практика кваліфікації дій, в яких є ознаки оборони як умисного вбивства.

Відповідно до Постанови Верховного Суду колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 19 вересня 2023 р., справа № 204/647/20, провадження № 51-3037км22². Вирок Красногвардійського районного суду міста Дніпропетровська

¹ Robinson P. H. Mitigations: The Forgotten Side of the Proportionality Principle. *Penn Law Legal Scholarship Repository*. 2020. P. 225–226. URL: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3056&context=faculty_scholarship

² Постанова Верховного Суду колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 19 вересня 2023 р., справа № 204/647/20, провадження № 51-3037км22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/113722437?fbclid=IwARIMieljOijkFodUk9drCQeLRvAXNbilmTkT0nQdnMyX4w2slMDCWVrurst>

від 12 серпня 2021 р. та ухвалу Дніпровського апеляційного суду від 27 червня 2022 р. щодо ОСОБА_5 змінено та перекваліфіковано її дії з ч. 1 ст.115 КК України на ст. 118 КК України і призначено їй покарання у виді позбавлення волі на строк 2 роки. ОСОБА_5 було засуджено за ч. 1 ст. 115 КК України до покарання у виді позбавлення волі на строк 9 років. З неї стягнуто на користь потерпілого ОСОБА_8 на відшкодування моральної шкоди 500 000 грн. Перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, під час конфлікту вона умисно двічі вдарила ножом у живіт ОСОБА_9, заподіявши тому смертельних тілесних ушкоджень. Суди не було спростовано її твердження, що потерпілий поводить себе агресивно, перешкоджав їй вийти з подвір'я, і завдав їй численних ударів гумовою палицею по різним частинам тіла, а згодом погрожував їй вбити ножом. У відповідь на реальну загрозу вона завдала потерпілому по голові два удари гумовою палицею і двічі вдарила потерпілого ножом у живіт. Ці обставини свідчать, що її дії були зумовлені захистом від посягання потерпілого, а посилання у вирок на те, що вона мала можливість покинути приміщення або звернутись за допомогою, є лише припущеннями. Засуджена зазначає, що з урахуванням обставин справи призначене їй покарання є несправедливо суворим, а розмір відшкодування потерпілому моральної шкоди – завищеним (пункти 4–6 постанови).

Тобто в цій справі суд порушив принцип точності та повноти кваліфікації, не врахував важливі обставини, зокрема у рамках суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, внаслідок чого було призначено непропорційно суворе покарання.

Судова практика непропорційного реагування на правопорушення є небезпечною, оскільки у суспільстві зменшується довіра до правосуддя, внаслідок чого люди все більше вдаються до самосудів. З постанови Верховного Суду незрозуміло, чи ця жінка зверталася до цього до правоохоронних органів щодо фактів побиття та насилля, чи застосовували вони які-небудь заходи щодо нападника. Практика домашнього насилля широка, як і широка практика незастосування відповідних заходів з боку правоохоронних органів у таких ситуаціях. Це не виправдовує спричинення смерті іншій людині, але ступінь вини особи, яка вчиняє умисне вбивство без пом'якшувальних обставин та з пом'якшувальними, обставинами різний. Отже, має враховуватись як при кваліфікації, так і при призначенні покарання.

Інший приклад стосується надмірно м'якого покарання. Справа *Vukovic V. Croatia* від 12 грудня 2023 р. стосувалася скарг заявниці за статтями 3 і 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод на те, що заміна тюремного ув'язнення громадськими роботами для її колеги, визнаного винним у сексуальному насильстві щодо неї, враховуючи тяжкість скоєних ним злочинів, призвела до непропорційно м'якого покарання. 18 червня 2015 р. заявниця, медсестра швидкої допомоги, подала заяву про вчинення щодо неї злочину колегою по роботі М. Р., водієм швидкої допомоги, звинувативши його у сексуальному насильстві під час чергувань.

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) встановив порушення процесуальних зобов'язань держав у низці випадків явної непропорційності між тяжкістю діяння і його наслідками на національному рівні, що сприяло виникненню відчуття, що акти жорстокого поводження ігноруються відповідними органами влади, а також відсутності ефективного захисту від актів жорстокого поводження (див. рішення у справі *Sabalić v. Croatia*, § 110; рішення у справі *Identoba and Others v. Georgia*,

№ 73235/12, § 75, від 12 травня 2015 р.). Такий підхід національних судів, на думку ЄСПЛ, може свідчити про певну м'якість покарання за насильство щодо жінок, замість того, щоб донести до суспільства чіткий сигнал про те, що насильство щодо жінок не буде терпимим. Така поблажливість може, своєю чергою, перешкоджати жертвам повідомляти про такі дії, тоді як згідно з наявними даними насильство щодо жінок є надзвичайно поширеним і залишається серйозно заниженим (див. звіт *FRA* згаданий у пункті 28 рішення, в якому зазначено, що кожна десята жінка в ЄС повідомила, що зазнала певної форми сексуального насильства у віці від 15 років, тоді як лише близько 14 % жертв такого насильства повідомляють про це). З урахуванням зазначеного ЄСПЛ встановив порушення ст. 3 (заборона катування та нелюдського поводження) та ст. 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції³.

Уявлення людей про справедливість не завжди збігається з уявленнями про справедливість держави. Тому цілком виправданим є використання алгоритмів врахування пом'якшуючих та обтяжуючих обставин при призначенні покарання. Такі алгоритми, зокрема, пропонують розробники нового КК України.

У попередніх редакціях проєкту КК України (зокрема станом на 29 березня 2021 р.) було передбачено алгоритм визначення ступеня тяжкості злочинів у Загальній частині (зокрема у ст. 2.1.12), а також деякі в Особливій частині. За редакцією станом на 25 лютого 2024 р., такі ознаки, які впливають на зниження чи підвищення ступеня кримінального правопорушення, передбачені в конкретних розділах Особливої частини⁴.

Зокрема, у розділі 4.1 «Злочини проти життя людини», у ст. 4.1.1 передбачено ознаки, що знижують тяжкість злочину на три ступеня, а саме, такими є вчинення злочину: 1) передбаченого ст. 4.1.5, з перевищенням меж правомірного захисту, меж використання захисного засобу, що вражає автономно, меж спричинення шкоди особі, яка вчинила протиправне посягання, при її затриманні, або меж крайньої необхідності; 2) передбаченого ст. 4.1.5, під впливом особливого психічного стану (ст. 2.3.5 цього Кодексу) та ін. Згідно зі ст. 4.1.3 ознаками, що підвищують на два ступеня тяжкість злочинів, передбачених цим розділом, є вчинення умисного злочину: 1) передбаченого статтями 4.1.5, 4.1.7, 4.1.9, 4.1.11–4.1.13 щодо особливо уразливої людини; 2) що спричинив смерть двох чи більше людей та ін.

У чинному КК України також передбачені пом'якшувальні та кваліфіковані склади кримінальних правопорушень (статті 116, 117, 118, ч. 2 ст. 115 КК України та ін.). Водночас видається, що формулювання узагальненого правила щодо всіх статей розділу сприяє уніфікації, чіткості, визначеності критеріїв, за якими підвищується чи знижується ступінь кримінального правопорушення, а відповідно і подальшій пропорційності реагування на таке правопорушення, передбачуваності такого реагування для особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, потерпілого, будь-якого члена

³ Непропорційно м'яке покарання для того, хто вчинив сексуальне насильство, з огляду на тяжкість скоєних злочинів, порушує конвенцію. URL: https://advokatpost.com/neproporsijno-m-iake-pokarannia-dlia-toho-khto-vchyniav-seksualne-nasyilstvo-z-ohlidu-na-tiazhkist-skoienykh-zlochyniv-porushuie-konventsiiu/?fbclid=IwARIRfavOf8-ZyV7d_QaGGjOK-2i7O9mD4mLwP78yKbju7taZseuKGp5HrIQ

⁴ Проєкт тексту нового Кримінального кодексу України станом на 25 лютого 2024 р. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2024/02/26/kontrolnyj-tekst-proyektu-kk-25-02-2024.pdf>

суспільства, можливості прорахувати призначене покарання та зрозуміти алгоритм такого розрахунку. Звичайно, багато моментів залишиться у рамках судового угляду, але не так багато як зараз.

Наявність алгоритмів під час кваліфікації та призначенні покарання (застосування засобів кримінально-правового впливу, іншої реакції на протиправне діяння) сприяють повній, точній та об'єктивній (враховуючи обставини справи) кваліфікації вчиненого діяння. Така кваліфікація, своєю чергою, сприяє індивідуалізації, диференціації кримінальної відповідальності, призначенню справедливого та пропорційного покарання (іншої реакції на протиправне діяння), з огляду на обставини справи.

*Удовенко Жанна Володимирівна
докторка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри кримінального
та кримінального процесуального права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

Невтручання в приватне життя як галузева засада кримінального провадження України

Non-interference in private life as a branching principle of criminal proceedings in Ukraine

Попри тривалий досвід становлення з епохи Античності й донині, питання створення оптимальної моделі відповідних процесуальних норм щодо забезпечення гарантій невтручання в особисте і сімейне життя особи залишається недостатньо вирішеним. У сучасній юридичній науці, законодавстві України й міжнародно-правових документах, у яких унормовані окремі питання кримінального провадження, не сформовано єдиного підходу до визначення понять «приватне життя», «особисте життя» і «сімейне життя». Повага до приватного життя переважно є морально-етичною категорією, тож кримінальне процесуальне законодавство України це поняття не визначає.

Компаративістське дослідження засвідчило, що в більшості конституцій країн Європейського Союзу (далі – ЄС) (Австрія, Німеччина, Данія, Ірландія, Італія, Люксембург, Фінляндія, Франція) немає спеціальних норм щодо невтручання в особисте і сімейне життя громадян, однак передбачено низку засобів захисту особистого життя, як-от: недоторканність житла і таємницю листування, телефонних розмов, телеграфних та інших повідомлень; зазначено підстави обмеження цих прав. Натомість у конституціях Бельгії, Греції, Іспанії, Португалії, Швеції, Швейцарії наявні спеціальні норми, присвячені захисту приватного життя, особистої і сімейної таємниці. Конституції усіх вказаних держав розглядають права людини насамперед як ті, що призначені для захисту особи від державної влади та гарантують кожному можливість діяти в певних межах і користуватися сферою особистого і сімейного життя, у яку не може втручатися держава.

У статті 15 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) використано терміни «приватне життя», «приватне (особисте і сімейне) життя», відповідно до яких особисте і сімейне життя є частиною приватного життя. Натомість вбачається, що принципової відмінності між поняттями «приватне життя» та «особисте життя» немає, оскільки обидва поняття трактують як належність особі і є синонімами. З огляду на зазначене, використовувати в КПК України термін «приватне життя» недоцільно з огляду на те, що в ч. 1 ст. 32 Конституції України зазначено про «особисте і сімейне життя». Водночас особисте і сімейне життя – поняття не тотожні, хоча вони тісно пов'язані між собою. Категоріальним означенням у цьому контексті є поняття «особа» та «сім'я».

Основна відмінність між ними полягає насамперед у тому, що особисте життя безпосередньо стосується інтересів конкретної особи, виражає її індивідуальні особливості, а сімейне життя – інтересів кількох осіб, які на добровільній основі створили сім'ю чи перебувають у фактичних сімейних відносинах або інших членів сім'ї, об'єднаних спільною відповідальністю.

Змістом особистого життя людини є можливість відмежовуватися від суспільства, бути на самоті, спілкуватися на власний розсуд з іншими людьми, листуватися, бути впевненим у таємності кореспонденції та розмов. Отже, невтручання в особисте життя можна визначити як стан переконаності, що обставини життя не буде розголошено, викрито. Натомість сімейне життя – це сфера життєдіяльності двох або більшої кількості осіб, які проживають в одній сім'ї з метою задоволення своїх спільних інтересів.

Отже, невтручання в особисте і сімейне життя як засада кримінального провадження України означає заборону державі, її органам і посадовим особам втручатися у ту сферу життя громадян, що визначає їхнє право на особисті і сімейні таємниці, наявність правових механізмів і гарантій захисту честі та гідності від незаконних посягань. У широкому значенні її зміст визначено з огляду на суміжні засади кримінального провадження та практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), а у вузькому – унормовано в ст. 15 КПК України.

Водночас є необхідність у новій редакції ст. 15 КПК України, у якій необхідно передбачити обов'язок учасників кримінального провадження (всіх осіб, які беруть у ньому участь) щодо нерозголошення таємниці особистого і сімейного життя на всіх стадіях кримінального провадження; обов'язок кожного, кому надано доступ до цієї інформації, запобігати її розголошенню шляхом відбирання зобов'язання в порядку, передбаченому КПК України; отримання на законних підставах відповідно до правової процедури доказів, що можуть бути використані лише за умови, якщо вони спрямовані виключно для встановлення обставин, що підлягають доказуванню; дослідження доказів, які розкривають обставини особистого і сімейного життя, за ініціативою суду чи за клопотанням зацікавлених осіб має відбуватися в закритому судовому засіданні.

Захист від втручання в особисте і сімейне життя – це система процесуальних гарантій щодо особи, членів її сім'ї, їхнього оточення від свавільного втручання державних органів і будь-яких третіх осіб у їхній спосіб життя, життя сім'ї та нерозголошення відомостей, які стали їм відомі під час кримінального провадження. Ця система надасть можливість забезпечити недопущення порушення втручання в особисте і сімейне життя, а в разі незаконного обмеження – сприятиме ефективному відновленню порушеного права особи (осіб). Такою системою гарантій невтручання в особисте і сімейне життя громадян є: регламентація цього права особи як засади кримінального провадження; законодавча заборона посягання на складові невтручання в особисте і сімейне життя, за винятком випадків, прямо передбачених законом; законодавче закріплення умов, підстав і порядку (процедури) проведення дій, що допускають обмеження сфери особистого і сімейного життя; встановлення відповідальності службових осіб за порушення розглядуваного права; посилення нагляду прокурора за організацією та проведенням розслідування для своєчасного припинення незаконного втручання у сферу особистих і сімейних інтересів громадян; розвиток судового контролю за передбаченими законом діями, що обмежують право на невтручання в особисте і сімейне життя;

роз'яснення можливості й порядку відновлення зазначених прав у разі їх порушення та відшкодування заподіяної шкоди потерпілому, та визначено зміст кожної з вказаних гарантій; розширення можливостей криміналістичного забезпечення дотримання прав і свобод особи через створення сучасної концепції допустимості застосування методів і засобів протидії кримінальним правопорушенням.

Нині відсутня реальна відповідальність учасників кримінального провадження за неправомірне втручання в особисте і сімейне життя осіб, у зв'язку з чим необхідно застосовувати санкції кримінально-правового та/або цивільно-правового характеру внаслідок таких дій. У КПК України містяться норми, безпосередньо спрямовані на захист особистого і сімейного життя під час провадження окремих слідчих (розшукових) дій, зокрема обшуку, слідчого експерименту, освідкування. Водночас заходи щодо нерозголошення цих обставин мають бути здійснені також під час проведення допиту, огляду, призначення експертизи тощо. Для цього в ст. 223 КПК України доцільно передбачити загальні правила поведінки, яких має бути дотримано під час проведення всіх без винятку процесуальних дій.

Водночас проведення негласних слідчих (розшукових) дій також неминуче пов'язане з втручанням у сферу особистого і сімейного життя не лише особи, стосовно якої були проведені ці дії, а й супроводжується отриманням відомостей щодо приватного життя інших осіб, що є обмеженням визначеного Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) права на невтручання в особисте і сімейне життя. Зокрема, у КПК України не визначено коло осіб, щодо яких допускається застосування аудіо-, відеоконтролю особи, неконкретизовано мету проведення окремих негласних слідчих (розшукових) дій, не визначено: осіб, чиї телефони можуть прослуховувати; фактичні й юридичні підстави проведення цієї дії; подальша доля матеріалів, отриманих унаслідок прослуховування, та інші важливі питання.

Під час здійснення заходів забезпечення кримінального провадження (затримання особи, тимчасового доступу до речей і документів, тимчасового вилучення майна тощо) обставини їх проведення й отримані результати стають відомими суспільству. Зокрема, стає відомим факт затримання, який особа хотіла би приховати, і результати особистого обшуку, під час якого вилучають фотознімки, мобільні телефони, планшети, візитниці, інші речі, пов'язані з її особистим і сімейним життям.

Проблема нерозголошення інформації про особисте і сімейне життя громадян постає й під час проведення судового розгляду. В умовах гласності та відкритості судового провадження, його повного фіксування технічними засобами важливою є охорона таємниці особистого і сімейного життя. Урахування цієї пропозиції надасть можливість застосовувати засаду невтручання в особисте і сімейне життя як на стадії досудового розслідування під час проведення будь-яких процесуальних дій, так і на всіх подальших судових стадіях (від підготовчого провадження до виконання судових рішень).

Нині судовий контроль в Україні не цілком забезпечує дотримання гарантій прав осіб у випадку їх обмеження. Захищати права та свободи людини є безпосереднім обов'язком Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, однак його повноваження мають загальний характер, і в умовах здійснення кримінального провадження їх досить складно виконувати ефективно. Тож таким, що заслуговує на увагу,

є існуючий порядок здійснення судового контролю в низці іноземних держав. Зокрема, за аналогією з англійським законодавством, доцільно створити орган на кшталт Дирекції публічних переслідувань, функцією якого буде нагляд за дотриманням прав людини з можливістю надання вказівок, рекомендацій органам, що здійснюють досудове розслідування. Це був би неупереджений посередник між стороною обвинувачення та судом з повноваженнями виправлення слідчих і прокурорських помилок, які мають юрисдикційний, а не слідчий характер. Дирекція публічних переслідувань перевірятиме законність дій органів досудового розслідування, забезпечуючи допустимість зібраних доказів, й ухвалюватиме відповідні рішення в межах досудового розслідування, що можуть бути оскаржені до слідчого судді прокурором, підозрюваним, захисником та іншими учасниками кримінального провадження, зокрема свідком, експертом.

Порівняльне дослідження джерел європейського та національного кримінального процесуального права засвідчує, що за своїм змістом гарантії прав людини, передбачені законодавством України, зорієнтовані на європейські правові стандарти. Натомість суттєві відмінності наявні в механізмах їх реалізації. Якщо в межах європейського правового простору такі гарантії є дієвими, доступними й ефективними, то Україна робить лише певні кроки в напрямку надання їм реального характеру, реалізації гарантій забезпечення прав особи на невтручання в її особисте і сімейне життя.

Положення Конституції України та КПК України загалом відповідають вимогам, встановленим ч. 2 ст. 8 Конвенції. Водночас, оскільки практика ЄСПЛ є джерелом тлумачення Конвенції, не всі визначені цим Судом стандарти прав людини відображено в кримінальному процесуальному праві України, підтвердженням чого є численні звернення до ЄСПЛ громадян України.

Захист особистого і сімейного життя є одним із найважливіших прав людини. Важливо, щоб це фундаментальне право було гарантовано не лише на рівні закону, а й на практиці. Досягнення цієї мети потребує комплексного підходу, що охоплює удосконалення законодавства, підвищення рівня правозастосовної практики та встановлення належного контролю. Лише шляхом поєднання цих трьох складових можна гарантувати, що право на повагу до особистого і сімейного життя буде не лише декларативним, а й дійсно втіленим у реальне життя. Це дасть змогу створити атмосферу поваги до особистого і сімейного життя, а також сприятиме утвердженню верховенства права та справедливості в українському суспільстві.

Хавронюк Микола Іванович
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінального
та кримінального процесуального права
Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Щодо забезпечення відповідності положень Кримінального кодексу України та практики їх застосування його принципам

On ensuring the compliance of the provisions of the Criminal Code of Ukraine and the practice of their application with its principles

У проєкті нового Кримінального кодексу України (далі – КК)¹ (розділ 1.2 «Принципи Кримінального кодексу та його застосування») члени Робочої групи з реформи кримінального права (далі – Робоча група) Комісії з питань правової реформи при Президенті України визнали необхідним визначити вісім принципів, яким мають відповідати і КК на час його ухвалення, і всі наступні зміни до нього, і подальша практика його застосування. Це принципи: законності; юридичної визначеності; рівності; пропорційності; індивідуальності; гуманізму; однократності застосування кримінально-правових засобів; сумлінного виконання міжнародних зобов'язань. Зазначене викликає необхідність вирішення низки проблем.

Проблема необхідності визначення принципів КК. У чинному КК принципи не визначені. У ньому містяться лише окремі складові принципу законності (частини 1, 3, 4 ст. 3), сумлінного виконання міжнародних зобов'язань (ч. 5 ст. 3), гуманізму (ч. 3 ст. 50), а також принцип *non bis in idem* (ч. 2 ст. 2). Відомо, що розробники проєкту КК, ухваленого у 2001 р., не змогли дійти згоди щодо переліку і змісту його принципів, а тому залишили ці питання для доктрини. Але альтернативний проєкт КК, підготовлений робочою групою Комісії Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби зі злочинністю, у статтях 2–5 визначав принципи законності, рівності перед законом, особистої відповідальності та вини².

Багато хто з українських учених погоджувалися з думкою, що відсутність принципів, на яких побудовано КК, – його велика вада³. Водночас висловлювалися різні думки щодо переліку принципів, що мають бути визначені у КК, і змісту кожного з них. Аналіз цих думок, а також положень міжнародних договорів і КК інших держав

¹ Текст проєкту нового Кримінального кодексу України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>

² Кримінальний кодекс України. Проєкт. Внесений народним депутатом України Матковським О. Б. К., 1994. Реєстраційний № 41 від 03.08.1995 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/464/95-%D0%BF%D0%B2#Text>

³ Коржанський М. Визначення окремих понять у Кримінальному кодексі України. *Право України*. 2002. № 10. С. 83.

дав нам змогу запропонувати вісім нових статей чинного КК, в яких сформульовано визначення принципів законності, рівності, гуманізму та ін.⁴

Робоча група вирішила визначити у КК принципи, на яких мають ґрунтуватися всі його положення та їх застосування, з огляду на те того, що вони:

- підкреслюють його людиноцентричну природу;
- є відправними ідеями, що пронизують весь текст Кодексу, без яких він був би ідеологічно і змістовно неповноцінним;
- пов'язують усі норми кримінального права та положення КК з моральними засадами суспільства і засадами конституційного ладу;
- є захисною оболонкою для кожного з інших його положень, і вона оберігає їх від викривленого тлумачення; їх використовують під час юридичної аргументації і вони формують правову думку;
- фактом закріплення у КК сприяють його більшій стабільності;
- нині можуть бути сформульовані і не ідеально, але у майбутньому їх розуміння зміниться під впливом різних факторів, а зміст кожного з них буде уточнений. Але не почавши, не можна очікувати на удосконалення.

Проблема відмови від визначення у КК інших принципів. Робоча група відмовилася від ідеї визначити у КК *принцип верховенства права*, керуючись такими аргументами:

1. Верховенство права нами не забуте: проєкт КК (ч. 1 ст. 1.1.1) якраз починається з положення, що «Кримінальний кодекс України на засадах верховенства права регулює...» певні відносини.

2. Верховенство права не є у звичайному розумінні принципом і тим більше воно не є галузевим принципом, який кримінологи могли б «привласнити». Верховенство права – це ідея такого ж порядку, як, скажімо, ідея демократії, ідея незалежності чи ідея європейської ідентичності.

3. Члени Робочої групи у своїй більшості виявилися прихильниками «поелементного» підходу до розуміння верховенства права, запровадженого, зокрема, у доповіді «Верховенство права», схваленій Венеційською Комісією у 2011 р.: цей феномен являє собою сукупність важливих засад, серед яких принципи законності, юридичної визначеності, рівності тощо.

4. Навряд чи Робочій групі вдасться визначити, та ще й виключно у кримінально-правовому контексті, зміст верховенства права краще, ніж це можуть зробити всесвітньо відомі фахівці з філософії і теорії права, і так, щоби не наразитися на критику. Негативним є приклад розробників Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), які у ст. 8 звузили розуміння верховенства права лише до слів, що «людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави». До того ж логічно, що зміст верховенства права не просто визначається в законі, а стане результатом спільних зусиль законодавця, судів і вчених-правників.

⁴ Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. Київ: Юрисконсульт, 2006. С. 484–487, 612–614.

5. Суддя, здійснюючи правосуддя, керується саме верховенством права (ч. 1 ст. 129 Конституції України) – і в кримінальному процесі робить це незалежно від того, чи є визначення верховенства права у КК.

Чи можна стверджувати, що відсутність у проєкті КК визначення інших, крім верховенства права, принципів означає їх невизнання? Ні. Причини відмови від визначення у КК інших принципів є різними.

Так, *принцип справедливості*, неодноразово згадуваний у рішеннях Конституційного Суду України, зокрема у рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп, є основоположною засадою права, яку не можна понизити до галузевого принципу. До того ж визначення у КК принципу справедливості неможливе без певного дублювання, оскільки за своїм змістом він охоплює принципи пропорційності, рівності, гуманізму, *non bis in idem*.

Принцип добросовісності, який передбачає сумлінну реалізацію прав, повноважень і старанне виконання обов'язків⁵, стосується лише окремих положень КК – тих, в яких ідеться про зловживання правом, повноваженнями чи їх перевищення. Тому він не може претендувати на визнання його галузевим принципом. Але він є загальним принципом права і підлягає врахуванню під час застосування відповідних положень КК.

Невідворотність відповідальності, про яку також згадують як про принцип кримінального права, насправді складно визнати таким. Навіть якщо його зміст обмежити положенням, що будь-яке кримінальне правопорушення не повинне залишатися без негативних наслідків для правопорушника⁶, однак не можна не досяжне вважати принципом. А про не досяжність слід стверджувати з огляду на вельми високий рівень латентності кримінальних правопорушень і дуже низький показник відповідних справ, розглянутих судами, порівняно з кількістю кримінальних проваджень, в яких особам повідомлено про підозру. Фактично незначна частка осіб, які вчиняють кримінальні правопорушення, відчуває негативні правові наслідки цього.

Проблема змісту кожного із визначених у проєкті КК принципів. Робоча група, визначаючи, які саме принципи виписати у проєкті КК України, насамперед враховувала відповідні положення Конституції України, міжнародних договорів та актів Європейського Союзу (далі – ЄС).

Так, у Конституції України визначені, у загальному вигляді, принципи: законності (п. 22 ч. 1 ст. 92; ч. 2 ст. 58); гуманізму (статті 3, ст. 21, 23, 28 та ін.); сумлінного виконання міжнародних зобов'язань (ст. 9, ч. 1 ст. 151); рівності (ст. 21, ч. 1 ст. 24, п. 1 ч. 2 ст. 129); *non bis in idem* (ч. 1 ст. 61); індивідуальної відповідальності (ч. 2 ст. 61).

У Міжнародному пакті про громадянські і політичні права визначено принцип *non bis in idem* (ч. 7 ст. 14), у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод людини (ст. 7) – принцип законності. У Римському статуті Міжнародного кримінального суду деяким принципам кримінального права присвячені окремі статті: *ne bis in idem* (ст. 20), *nullum crimen sine lege* (ст. 22), *nulla poena sine lege* (ст. 23), відсутність

⁵ Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. С. 74–75.

⁶ Там само. С. 307.

зворотної сили *ratione personae* (ст. 24), індивідуальна кримінальна відповідальність (ст. 25). Хартія основних прав ЄС містить визначення принципів: законності (частини 1 і 2 ст. 49), пропорційності (ч. 3 ст. 49), *non bis in idem* (ст. 50).

У КК різних держав зміст відповідних принципів визначено з певними відмінностями. Наприклад, різні акценти є у визначеннях принципу законності у КК Австрії, Албанії, Франції і Швейцарії, у визначеннях принципу гуманізму у КК Молдови, Польщі і Німеччини⁷. Тож хоча для змісту принципів кримінального права визначальним є міжнародно-правовий чи європейсько-правовий консенсус, немінучими є і національні особливості.

Члени Робочої групи, враховуючи усе зазначене, перш ніж формулювати визначення принципів у проєкті КК, провели власні дослідження (деякі їхні результати опубліковано⁸).

У своїх висновках на проєкт КК національні⁹ та литовські¹⁰ експерти піддали певному сумніву зміст лише окремих положень визначених у ньому принципів, і з більшістю висловлених пропозицій Робоча група погодилась як з такими, що удосконалюють відповідні формулювання.

Водночас важко погодитися з пропозицією включити до змісту принципу законності положення про можливість подолання прогалін у КК у спосіб його тлумачення на основі аналогії права. Члени Робочої групи дійшла згоди, що таке положення може конфліктувати із суворим розумінням положень *nullum crimen sine lege* і *nulla poena sine lege* як складових принципу законності.

Так само зайве підкреслювати у змісті принципу гуманізму, що «КК ґрунтується на пріоритеті дотримання прав, свобод і законних інтересів потерпілої особи», як пропонують експерти. Цілком достатньо визначити, що Кодекс забезпечує визнання та дотримання прав, свобод і законних інтересів потерпілої особи. Виконання КК має забезпечити баланс інтересів усіх учасників кримінального провадження, які мають свій законний інтерес.

Проблема забезпечення відповідності змін до КК його принципам. Ця проблема є найскладнішою. Існує сподівання, що усі положення нового КК на момент набрання ним чинності ще будуть ґрунтуватися на визначених у ньому принципах. Але з огляду на попередню практику сумнівно, що кожного разу, коли парламент ухвалюватиме зміни до КК, він буде узгоджувати їх із кожним з його принципів.

⁷ Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. Київ: Юрисконсульт, 2006. С. 491–494.

⁸ Хавронюк М. І. Щодо [не]відповідності Кримінального кодексу України принципу юридичної визначеності. *Наукові записки НАУКМА. Юридичні науки*. 2021. Т. 8. С. 69–84; Хавронюк М. І. Принципи нового Кримінального кодексу України: якими вони можуть бути. Реформування кримінального законодавства України: сучасність та майбутнє: матеріали міжнар. наук. конф. (м. Харків, 22–23 жовт. 2020 р.). Харків: Право, 2021. С. 18–22; Хавронюк М. І. Проблеми адаптації положень чинного кримінального законодавства України до кримінального права ЄС. URL: <https://pravo.org.ua/blogs/problemy-adaptatsiyi-polozhen-zagalnoyi-chastyny-chynnogo-ta-perspektyvnogo-kryminalnogo-zakonodavstva-ukrayiny-do-kryminalnogo-prava-yes/>

⁹ Висновок на проєкт Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30 січня 2023 р.). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/03/16/vysnovok-natsionalnyh-ekspertiv.pdf>

¹⁰ Висновок. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/05/19/vysnovok-lytovskiyh-ekspertiv-shhodo-proyektu-novogo-kk-ukrayiny.pdf>

Намагаючись схилити законодавця до необхідності не ігнорувати принципи, Робоча група у ст. 1.2.9 проєкту КК виписала обов'язок Пленуму Верховного Суду надавати висновок щодо відповідності зареєстрованого у парламенті проєкту Закону про внесення змін до КК вимогам статей 1.2.1–1.2.8 цього Кодексу, і обов'язок парламенту розглянути його. Зрозуміло, що ці положення вимагають внесення змін до Закону «Про судоустрій і статус суддів» та Регламенту Верховної Ради України. Проте існують серйозні сумніви у тому, що і Верховний Суд, і Верховна Рада України не заперечуватимуть проти покладення на них цих обов'язків – і зазначене положення ст. 1.2.9 до ухвалення нового КК «не доживе».

Тому слід подумати над альтернативами вирішення описаної проблеми.

Національні експерти вважають, що після ухвалення КК Робоча група може трансформуватись у Раду експертів, яка могла б надавати правничі висновки щодо пропонувананих змін до КК¹¹.

Нами вже давно запропоновані й інші способи забезпечення якості КК¹². Насамперед ідеться про кримінологічну експертизу, яку треба обов'язково проводити щодо всіх законів про внесення змін до КК. Було б доречно при Національній академії правових наук України створити постійно діючу комісію, члени якої, змінювані за принципом часткової ротації, проводили б таку експертизу і надавали науковий прогноз реалізації закону. Неврахування висновку кримінологічної експертизи парламентським профільним комітетом має обґрунтовуватися і бути предметом обговорення під час розгляду законопроєкту Верховною Радою. Це слід закріпити в Регламенті Верховної Ради України.

Крім того, слід постійно здійснювати моніторинг та оцінку державної антикримінальної політики. Створена з цією метою інформаційна система моніторингу повинна включати, зокрема, дані про внесення змін до КК, мету, з якою ці зміни були внесені, і дані, зокрема статистичні, про позитивні та негативні результати реалізації цих змін. Такі моніторинг та оцінку мають взяти під свою відповідальність учені-кримінологи і фахова громадськість.

Після ухвалення Закону «Про правотворчу діяльність» з'явилися і нові можливості. Ідеться, зокрема, про положення цього Закону, згідно з якими:

- при ухвалення законів, що розвивають положення Кодексу у відповідній сфері, повинні дотримуватися основні принципи правового регулювання суспільних відносин, встановлені Кодексом (ч. 2 ст. 11);
- діяльність з розроблення проєктів законів є плановою (статті 20–25);
- розроблення проєкту закону включає оцінку його впливу на суспільні відносини, оцінку його відповідності зобов'язанням України у сфері європейської інтеграції та праву ЄС (*acquis* ЄС),

¹¹ Висновок. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/05/19/vysnovok-lytovskiyh-ekspertiv-shhodo-proyektu-novogo-kk-ukrayiny.pdf>

¹² Хавронюк М. І. Якість Кримінального кодексу: як її забезпечити та якою є справжня роль вчених-кримінологів? *Збірка тез доповідей учасників науково-практичного круглого столу «Кримінальний кодекс України 2001 року: 20 років після прийняття» (29 квітня 2021 року) / упоряд. А. А. Стрижевська, К. П. Задоя, Д. С. Птащенко, С. Д. Шапченко. Київ, 2021. С. 15–21.*

- гарантується дотримання техніки нормопроекування (статті 31–42);
- проводяться правова та інші експертизи законопроекту (ст. 44);
- щодо законопроекту проводяться публічні консультації (статті 29–30, 45). З березня 2023 р. готовий до другого читання проєкт Закону «Про публічні консультації» (від 23 жовтня 2020 р. № 4254);
- здійснюється правовий моніторинг — зокрема в частині оцінки досягнення цілей правового регулювання, впливу на суспільство, визначення запланованих і виявлення незапланованих наслідків (статті 67–71).

Проблема забезпечення застосування КК відповідно до його принципів. У частині 1 ст. 1.2.9 проєкту КК зазначено: не лише КК, а і його застосування мають відповідати принципам, закріпленим у статтях 1.2.1–1.2.8.

Тут розробники проєкту КК частково орієнтувались на положення ч. 6 ст. 9 КПК України, і мали на увазі, що положення нового КК треба тлумачити з урахуванням змісту принципів КК. Звісно, наївно сподіватися, що з самого початку дії нового КК все буде відбуватися саме так. Проте члени Робочої групи упевнені, що зазначене положення ч. 1 ст. 1.2.9 проєкту КК зобов'язуватиме суди до створення єдиної судової практики у кримінальних справах, яка буде ґрунтуватися на згаданих принципах.

Практика застосування КК має передбачати єдність тлумачення закону, доступність судових рішень, їхню обов'язковість і виконуваність.

Єдність тлумачення закону можна забезпечити, зокрема, через ведення у Верховному Суді контрольного примірника КК з постатейними матеріалами, в яких містились би висновки щодо застосування норм права, викладені в постановках колегії суддів, палати, об'єднаної палати, Великої Палати.

*Циганюк Юлія Володимирівна
докторка юридичних наук, доцентка,
професорка кафедри кримінального права та процесу
Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова*

Компенсація шкоди, завданої потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, за кошти державного бюджету України у контексті реалізації засади верховенства права та рівності перед законом і судом

Compensation for the damage caused by the victim of a criminal offense at the money of the state budget of Ukraine in the context of implementing the principles of supreme law and equality before the law and the court

У більшості випадків норми чинного законодавства є способом врегулювання існуючих суспільних відносин або ж у них закріплюються положення, які на рівні нормотворця визнані перспективними та такими, що здатні істотно покращити або створити нові відносини. Останнє наштовхує на думку, що норми про компенсацію завданої кримінальним правопорушенням шкоди потерпілим за кошти бюджету є такими, але вже багато років вони «мертві». Ще в 2003 р. у нормах Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) було закріплене відшкодування майнової шкоди фізичній особі, яка потерпіла від злочину (ст. 1177 ЦК України) та обов'язок держави відшкодувати шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю внаслідок злочину (ст. 1207 ЦК України).

У подальшому, у ч. 3 ст. 127 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) було визначено, що шкода, завдана потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, компенсується йому за кошти Державного бюджету України у випадках та в порядку, передбачених законом. Схожі норми містяться і у чинній редакції ст. 1177 та ст. 1207 ЦК України.

8 квітня 2005 р. Україна підписала Європейську конвенція про відшкодування збитків жертвам насильницьких злочинів від 24 листопада 1983 р.

Верховна Рада України розробила декілька законопроектів, зокрема: «Про відшкодування громадянам матеріального збитку, заподіяного злочинами», «Про відшкодування за рахунок держави матеріальної шкоди фізичним особам, які потерпіли від злочину»¹.

¹ Азаров Ю. І., Письменний Д. П., Хабло О. Ю. Відшкодування шкоди потерпілому у кримінальному провадженні за рахунок держави. *Юридична наука*. 2014. № 5. С. 50–51. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/jnn_2014_5_6

Також був проєкт Закону «Про спеціальний статус потерпілого від особливо тяжкого злочину проти життя та здоров'я, відшкодування матеріальної, моральної шкоди таким особам державою зі обов'язковим зверненням регресу до засудженого» (реєстр. № 4991 від 14 липня 2016 р.). У висновку Комітету з питань правової політики та правосуддя від 8 лютого 2017 р. до проєкту визначалося: «Україна є демократична, правова держава, в якій визнається і діє принцип верховенства права; людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю; права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, яка відповідає перед людиною за свою діяльність; усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах; конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані; громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом; <...>», «зазначені конституційні положення вказують на те, що саме держава повинна відшкодувати шкоду особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення, оскільки вона взяла на себе турботу про підтримання правопорядку та забезпечення безпеки всіх членів її суспільства», «на практиці відсутність спеціального закону розглядається судами як підстава для відмови у задоволенні позовів громадян до держави з вимогами про відшкодування шкоди»².

Зазначалося, що «члени Комітету вважають, що Законопроект повинен передбачати порядок здійснення відшкодування за рахунок державних коштів лише за умисні, тяжкі, особливо тяжкі, насильницькі (включаючи сексуальне насильство) злочини, та злочини, які спричинили серйозні тілесні ушкодження або розлад здоров'я. Відшкодування також повинно виплачуватися у випадках психологічного насильства, що спричинило серйозні травми або призвело до смерті»³.

3 березня 2020 р. був поданий проєкт Закону № 3149 «Про відшкодування шкоди потерпілим від насильницьких кримінальних правопорушень», а у проєкті Закону від 16 липня 2020 р. № 3892 «Про відшкодування шкоди потерпілим від насильницьких кримінальних правопорушень» визначено, що право на відшкодування шкоди мають: громадяни України; особи без громадянства, що постійно проживають на території України; громадяни держав, які є Договірними державами Європейської конвенції про компенсацію збитків жертвам насильницьких злочинів 1983 р.; громадяни держав – членів Ради Європи, які мають посвідку на постійне проживання в Україні. А потерпілий має право на відшкодування шкоди у зв'язку з: 1) втратою заробітку (доходу) внаслідок заподіяння насильницьким кримінальним правопорушенням шкоди його здоров'ю; 2) понесенням витрат на медичні послуги, придбання лікарських засобів та медичних виробів. Близькі родичі або члени сім'ї потерпілого у разі смерті потерпілого мають право на відшкодування шкоди у зв'язку з понесенням ними витрат на його лікування та/або поховання⁴. Водночас подавались ще проєкти від 17 липня 2020 р. № 3893 «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального процесуального кодексу України щодо забезпечення механізму відшкодування шкоди потерпілим

² Висновок щодо проєкту Закону про спеціальний статус потерпілого від особливо тяжкого злочину проти життя та здоров'я, відшкодування матеріальної, моральної шкоди таким особам державою зі обов'язковим зверненням регресу до засудженого (реєстр. № 4991 від 14 липня 2016 р.). URL: <https://kompravpol.rada.gov.ua/uploads/documents/31482.pdf>

³ Там само.

⁴ Про відшкодування шкоди потерпілим від насильницьких кримінальних правопорушень: проєкт Закону України від 16 липня 2020 р. № 3892. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/J102791A?an=13>

від насильницьких кримінальних правопорушень» та від 17 липня 2020 р. № 3894 «Про внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо механізму фінансового забезпечення відшкодування шкоди потерпілим від насильницьких кримінальних правопорушень». Тож держава обрала курс до відшкодування не шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а шкоди, завданої насильницьким кримінальним правопорушенням. Звісно, що в умовах воєнного стану окремо вже урегульовано компенсацію шкоди як наслідку воєнних злочинів, які вчинені у період агресій росії. Таке питання є нагальним та актуальним, але механізм такого відшкодування уже реалізовується на відмінну від інших кримінальних процесуальних правовідносин. Адже розроблені механізми компенсації окресленої вище шкоди, завданої вторгненням росії, є скоріше адміністративними, а не кримінально-процесуальними, позаяк шкода компенсується без вироку суду, який набув законної сили.

У межах досліджуваного питання необхідно звернути увагу на те, що наявність норм КПК України та ЦК України, які неможливо реалізувати унаслідок відсутності спеціального законодавства, є не відповідним засади верховенства права (як у розумінні ст. 3 Конституції України, так і ст. 8 КПК України). А якщо вести мову про рівність перед законом і судом, то питання розроблення законопроектів лише з питань відшкодування шкоди потерпілим від насильницьких кримінальних правопорушень є дискримінаційним щодо потерпілих у кримінальних провадженнях з іншою кваліфікацією.

Авторка розуміє ту обставину, що реалізація таких «мертвих» норм імовірно зроби́ла їх такими внаслідок неможливості належного фінансового забезпечення для їхньої реалізації і, в умовах воєнного стану, ситуація не покращилась. Але певні напруження необхідно здійснювати, зокрема теоретичне їх осмислення, а наявність не одного законопроекту, які викладені вище, вказує на зацікавленість держави, у довоєнний період, з розгляду цього питання.

У 2020 р. Уряд підтримав створення Фонду відшкодування шкоди потерпілим від насильницьких кримінальних правопорушень. Подібні фонди створено, зокрема, у Бельгії, Нідерландах, Канаді, США, Швеції⁵. Такі ж компенсаційні фонди існують в Австрії⁶, Польщі⁷ та інших демократичних державах і виконують не лише фінансові функції, а й надають правничу допомогу потерпілим, наприклад психологічну, тощо. У тих країнах, де фонди забезпечують фінансування компенсації шкоди, вони це здійснюють через інші організації за допомогою проведення їх конкурсного відбору або передачі коштів територіальним органам з метою їх предметного переадресування.

Отже, варто наголосити на тому, що засади верховенства права та рівності перед законом і судом для компенсації шкоди, завданої потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, за кошти Державного бюджету України на сьогодні не дотримані як фактично, так і при нормопрекетуванні. Наявність наукових розробок, законопроектів і позитивного досвіду демократичних держав, досвід компенсації шкоди, завданої агресією росії, є достатнім підґрунтям для реальної компенсації шкоди, завданої потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, за кошти Державного бюджету України.

⁵ Денис Малюська: Уряд підтримав створення Фонду відшкодування шкоди потерпілим від насильницьких кримінальних правопорушень. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/denis-malyuska-uryad-pidtrimav-stvorennya-fondu-vidshkoduvannya-shkodi-poterpilim-vid-nasilnickih-kriminalnih-pravoporushen>

⁶ Verbrechensofer. URL: https://www.sozialministeriumservice.at/weitere_Zielgruppen/Sozialentschaedigungen/Verbrechensopfer-victims_of_crime/Verbrechensopfer.html

⁷ O Funduszu Sprawiedliwosci. URL: <https://www.funduszsprawiedliwosci.gov.pl/pl/o-funduszu/>

ЄВРОПЕЙСЬКЕ ТА МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Білак Мирослава Вікторівна
докторка юридичних наук, суддя Верховного Суду

Due Process та *Fair Procedures* як передумова інтеграції України в європейський правовий простір

Due Process and Fair Procedures as a prerequisite for Ukraine's integration into the European legal space

Забезпечення судами процедурної справедливості у відносинах людини і держави гарантує інституційну спроможність держави провести перезавантаження влади з метою формування інститутів влади людиноцентричної спрямованості. Знаковою подією на шляху до членства України в Європейському Союзі (далі – ЄС) було ухвалення Закону України «Про адміністративну процедуру». Це своєрідна конституція для чиновників, що покликана гарантувати справедливе ставлення до особи, та є квінтесенцією принципу правовладдя (ст. 8 Конституції України). Принцип правовладдя спершу постав *ідеалом процедурної справедливості*, а тепер загалом, як спосіб застосування законів і політичних дій до конкретних осіб, окрім того, він суттєво впливає на допустимий зміст цих законів і дій¹.

До дня ухвалення цього Закону Верховний Суд застосовував принципи правовладдя і рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), які стосувалися ухвалення справедливих адміністративних рішень, посиляючись, зокрема, і на *доктрину належного урядування*, частиною якого є доктрина процедурної справедливості – *fair procedure*, тобто «належна правова процедура». Доктрину впровадив у Центральній і Східній Європі професор Оксфордського університету Д. Галліган². Верховний Суд неодноразово застосовував цю доктрину у своїй практиці³.

Саме принципи природної справедливості за аналогією із досудовими й судовими процедурами відповідають змагальності судової концепції процесуальних прав [ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)]. Ця доктрина визначає стандарти справедливості, що допомагають правильно

¹ Аллан Т. Р. С. Конституційна справедливість: ліберальна теорія верховенства права. Київ: Києво-Могилянська академія, 2008. С. 9.

² Galligan D. J. *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*. Oxford University Press Inc., New York. Reprinted. 2004. P. 219.

³ Постанова Верховного Суду від 25 липня 2019 р. у справі № 826/13000/18. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/83331117>

втілювати матеріальні права людини й досягти правильних рішень, які повинні відповідати основоположним цінностям, відображеним у Конституції України і європейських стандартах із захисту прав людини.

Запровадження судами європейських стандартів поступово приводить до оновлення всього конституційного порядку в державі. Таке оновлення відбувається за допомогою правової конкретизації норм про права і свободи людини через судовий процес та є комплексом цінностей і вимог до позитивного права.

У контексті впливу європейських цінностей на практичне формування власних інститутів влади найважливіше значення має застосування принципу правовладдя як інтегральної частини загального принципу права ЄС, дотримання якого є необхідним під час учинення будь-яких дій як органами влади, так і приватними особами. Саме суддівська перевірка буде природньо шукати стандарти принципів правовладдя з урахуванням обставин справи, наприклад, юридичної визначеності і передбачності, які можуть бути застосованими у практичній площині через прояв вимоги «законних очікувань особи» та заборони свавілля з боку держави за певних обставин.

Європейські стандарти вплинули на ухвалення Закону України «Про адміністративну процедуру», який фактично узаконив принципи, які застосовував Верховний Суд, через запровадження доктрини процедурної справедливості, а також, зокрема, принципів, що містяться у ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України, які гарантують захист особи, коли її основні права і свободи не отримують належної реалізації, якої вимагала б повага до гідності особи.

Станом на сьогодні в суддівському середовищі триває дискусія (що є позитивною тенденцією) стосовно того, доктрину якої системи права необхідно застосовувати: англосаксонської, континентальної чи романо-германської. Верховний Суд у своїй практиці застосовував доктрину *fair procedure*, джерело походження якої міститься в Конвенції (ст. 6) та рішеннях ЄСПЛ, які є невід'ємним складником національної системи права. Водночас існує потреба в наукових дослідженнях щодо застосування різних доктрин, особливо порівняльного характеру, наближених до вітчизняної правової культури. Лише О. Радишевська⁴ та М. Савчин⁵ у своїх монографіях торкалися цих питань.

Ураховуючи інтеграційні процеси та європеїзацію українського права, очевидним є той факт, що вже давно не існує чітких меж у застосуванні принципів цих систем права і за допомогою універсального характеру принципів права, насамперед принципу правовладдя, межі між зазначеними системами є менш помітними. Незалежно від того, який підхід до застосування принципів права обрано, як-от німецький, що належить до романо-германської системи права, або підходи, що належать до англосаксонської чи континентальної систем права, для національної системи права на цьому перехідному етапі воєнного часу, а згодом і повоєнної відбудови, що супроводжуватиметься новими вимогами до якості правотворчості і правозастосування, головним є розуміння того, як ці принципи, зокрема принципи процедурної справедливості, застосовуються у цих системах.

⁴ Радишевська О. Р. Адміністративне право України в умовах європеїзації: монографія. Київ: Талком, 2020. С. 123.

⁵ Савчин М. Конституція: люди та інституції (SWOT-коментар): монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2024. С. 586.

В Україні, на відміну від інших демократичних держав, у яких людина в повсякденному житті державу майже не помічає, найбільша проблема постає з надмірним втручанням держави в приватну сферу особи. Ухвалення Закону України «Про адміністративну процедуру» – це рефлекс суспільства на державу, яка за Конституцією України є демократичною і правовою. Нині ми є свідками розбудови нової якості системи адміністративної юстиції, яка повинна зменшити вплив держави на приватну сферу особи. Новим викликом для суспільства і влади буде запровадження процедури виконання адміністративних рішень, ухвалених за наслідками належної процедури.

Особливу увагу в національній системі права, зокрема в Законі України «Про адміністративну процедуру», приділено захисту прав і інтересів, їх гарантіям. Утім кожному такому праву має кореспондувати обов'язок адміністративного органу забезпечити таке право, яке найкраще забезпечується через реалізацію дискреції адміністративного органу. Саме процедурні права й відіграють інструментальну роль у сенсі досягнення правильних (справедливих) рішень у конкретній справі, які захищатимуть гідність особи – основоположну людську цінність, що визначає зміст держави.

Верховний Суд у своїй практиці керувався традиційним підходом, застосовуючи у багатьох сферах процедурні права за аналогією моделі у судовому процесі, оскільки принципи природної справедливості відповідають насамперед за змагальність процесу. І, як засвідчила практика Верховного Суду, саме процесуальні права можуть бути показовими для інших напрямів у різних сферах життя суспільства і, звісно, кращими у застосуванні як інструментальних цінностей.

Фундаментальний характер прав особи в демократії означає те, що вони не можуть бути свавільно порушені. Основні зловживання з боку адміністративних органів, особливо тих, які вчиняли необмежену дискрецію, дуже часто проявлялися через відсутність розуміння сутності матеріальних норм права. Процедурні права є частиною матеріальних прав, вони дають змогу, з одного боку, контролювати посадовця, а з другого – зобов'язують владу дотримуватися закону.

Саме процедурний захист (як досудовий, так і судовий) дає можливість перевірити рівень порушення прав людини та зменшити ризик моральної шкоди. У періоди особливих потрясінь у державі, починаючи з 2014 р., українське суспільство неодноразово було свідком того, коли в умовах високого суспільного напруження й відсутності передбачених законодавством чітких процедур відбувалося неодноразове перезавантаження влади, проведено люстраційні заходи, непоодинокі результати яких було скасовано судовими рішеннями, зокрема і в ЄСПЛ.

Суд упроваджує доктрину процедурної справедливості, яка не завжди обов'язково повинна означати встановлення справедливості лише для особи, права якої беззаперечно мають обов'язково захищатися. З метою збереження *public trust* (публічної довіри) до органів влади в разі ухвалення адміністративним органом рішення не на користь особи, а на користь адміністративного органу (який повинен діяти в інтересах суспільства), таке рішення має бути обов'язково обґрунтоване причинами його ухвалення, щоб в особи не виникало жодного сумніву в необ'єктивності чи небезсторонності його ухвалення.

У такий спосіб ми формуємо *public accountability* – систему публічної відповідальності й публічної підзвітності через створення системи інституційного контролю над рішеннями влади людиноцентричної спрямованості. І саме адміністративні суди відіграють ключову роль у цьому процесі, вони повинні знайти кращі підходи для досягнення балансу між інтересами державного управління й інтересами окремої особи, які містяться в континентальній, англосаксонській, романо-германській системах права. А більш ефективно вони можуть забезпечити такий баланс з урахуванням нових досягнень у науці, спрямованих на покращення інституційної спроможності суду щодо ефективного захисту особи в її правах щодо держави, наповнюючи в такий спосіб змістом принципи Конституції України та надаючи їй нової якості європейського зразка.

*Іванова Вікторія Олександрівна
членкиня Європейського інституту права*

Відповідність систем права України та Європейського Союзу

Correspondence of legal systems between Ukraine and the European Union

Європейський Союз (далі – ЄС) загалом налічує різні юрисдикції, які все ж проходять процес уніфікації правових норм під час євроінтеграції. Попри те, що зміна однієї правової системи на іншу є складною політично та економічно, є країни, які розділяють європейські цінності та мають на меті стати членом ЄС.

23 червня 2022 р. лідери 27 країн – членів ЄС ухвалили рішення про надання Україні статусу кандидата на членство в ЄС. Підготовка до такого членства передбачає наближення рівня життя, добробуту та правового захисту українців до таких, як у країнах ЄС, що фактично і є уніфікацією правової системи¹. Зокрема, Європейська Комісія рекомендувала надати Україні статус кандидата за умов вчинення конкретних дій, які включали сім пунктів:

1. Продовжити ухвалювати законодавство, яке стосується порядку відбору суддів до Конституційного Суду України, а також враховуватиме рекомендації Венеційської Комісії у цій сфері.

2. Завершити процедуру перевірки на добросовісність кандидатів у члени Вищої ради правосуддя за допомогою Етичної ради, а також відібрати кандидатів для створення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України.

3. Сприяти подальшій боротьбі з корупцією, особливо на високому рівні, завдяки більшій кількості розслідувань справ. Завершити призначення нового керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури за допомогою сертифікації переможця конкурсу при відборі на посаду, а також завершити процедуру відбору та призначення нового директора Національного антикорупційного бюро України.

4. Забезпечити відповідність законодавства щодо боротьби з відмиванням коштів зі стандартами Групи з розроблення фінансових заходів з боротьби з відмиванням коштів, а також ухвалити загальний стратегічний план щодо реформування усього правоохоронного сектору України.

5. Запровадити антиолігархічний закон з метою обмеження надмірного впливу олігархів на економіку, політику та громадськість. При цьому необхідно також врахувати висновок Венеційської Комісії щодо цього закону.

¹ Grant EU candidate status to Ukraine and Moldova without delay, MEPs demand. European Parliament. URL: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220616IPR33216/grant-eu-candidate-status-to-ukraine-and-moldova-without-delay-meps-demand>

6. Ухвалити закон про засоби масової інформації, який узгодить законодавство України з Директивою ЄС у галузі аудіовізуальних медіапослуг та сприятиме створенню незалежного медіарегулятора.

7. Завершити реформу законодавства, яке стосується національних меншин².

Варто відзначити, що Офіс Віцепрем'єр-міністра з питань європейської та євроатлантичної інтеграції також встановив подальші етапи виконання зобов'язань, що пов'язані з уніфікацією правової системи України відповідно до правової системи ЄС. Саме це буде предметом скринінгу Європейської Комісії вже у 2024 р.³

Основним принципом системи права ЄС є його верховенство, відповідно до якого право ЄС переважає над національним. Хоча ця концепція не була одразу офіційно закріплена, Суд ЄС активно її розвивав на основі власного уявлення про те, як має розвиватися новий правовий порядок.

У справі *van Gend en Loos* 1963 р. ст. 25 Договору про заснування Європейської Спільноти конфліктувала з раніше ухваленим нідерландським законом. Основне питання полягало у тому, чи має ст. 25 пряму дію. Суд ЄС вирішив, що Договір є «більш ніж договором, який лише створює взаємні зобов'язання між контрактними державами», оскільки у преамбулі Договору є посилання не тільки на уряди держав, а й на сам народ. Крім того, суд вирішив, що це «підтверджується більш конкретно створенням установ, наділених суверенними правами, виконання яких впливає на держави-члени, а також на їх громадян»⁴. Суд уточнив, що право ЄС «не є лише інструментом міжнародного права, а має пряму дію», оскільки «співтовариство встановлює новий правовий порядок міжнародного права на користь якого держави обмежили свої суверенні права, хоча і в певних межах, суб'єктами якого є не тільки держави-члени, а й їхні громадяни».

Фактично ЄС створив свою власну правову систему, яка стала невід'ємною частиною держав-членів і якої зобов'язані дотримуватися їхні суди. У протилежному ж випадку концепція створення ЄС не мала б сенсу, а положення Договору виглядали б такими, що мають здебільшого рекомендаційний характер та обмежуються взаємовідносинами конкретно між державами, а тому не поширюються на їхній внутрішньо-національний устрій.

Зі свого боку Україна покроково продовжує реформування своєї правової системи з метою забезпечення її відповідності правовій системі ЄС через імплементацію європейського права, більш відомого як *acquis* ЄС. *Acquis* ЄС сформоване у шість тематичних кластерів, що утворюють 35 глав, за імплементацію яких держава отримує певну кількість балів. Темати кластерів є: основоположні права; внутрішній ринок;

² European Commission. Opinion on the EU membership application by Ukraine. European Commission – European Commission. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_22_3802

³ Офіс Віцепрем'єр міністра з питань європейської та євроатлантичної інтеграції. Селфскринінг: Оцінка стану імплементації актів права ЄС. Євроінтеграційний портал. URL: https://eu-ua.kmu.gov.ua/sites/default/files/inline/files/17.08.23_self-skrining.pdf

⁴ Договір про заснування Європейської Спільноти (Договір про заснування Європейського економічного співтовариства). Конституційні акти Європейського Союзу. Частина I / упоряд. Г. Друзенко; за заг. ред. Т. Качки. Київ: Юстініан, 2005. С. 512.

⁵ NV Algemene Transport — en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration. Judgment of the Court of 5 February 1963. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A61962CJ0026>

конкурентоспроможність та інклюзивне зростання; «зелений» порядок денний і сталий взаємозв'язок; ресурси, сільське господарство та єдність; зовнішні відносини⁶.

Фактично відповідність цих двох систем пов'язана з процесом покрокової зміни (реформи / трансформації) українського законодавства відповідно до європейських стандартів. Нині ми маємо певні відмінності, що унеможливають швидкий вступ України до ЄС, зокрема через те, що наше законодавство повною мірою не відповідає їхнім нормативно-правовим актам, принципам і цінностям, а також у деяких випадках взагалі є неефективним. Євроінтеграційний процес дійсно є складним та амбітним, проте він також є надзвичайно важливим для сталого розвитку українського суспільства, економічної та соціальної складової, для зміцнення наших позицій на міжнародній арені та розвитку України як демократичної держави загалом.

⁶ Діп І. Ю. Основні характеристики «Acquis Communautaire» Європейського Союзу. *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету*. 2023. Вип. 78: частина 2. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/56478/1/286637-%d0%a2%d0%b5%d0%ba%d1%81%d1%82%20%d1%81%d1%82%d0%b0%d1%82%d1%82%d1%96-661396-1-10-20230830.pdf>

Antonovych Myroslava
LLM, Doctoris Iur. Habil.
Associate Professor, NaUKMA,
Director of the Centre for Genocide
and Human Rights Studies

General principles of law as a source of international law

Загальні принципи права як джерело міжнародного права

Though general principles of law were included into the list of main sources of international law, there are many questions concerning their nature, scope and function, as well as of the criteria and methods for their identification.

General principles of law were enumerated in art. 38, para. 1 (c), of the Statute of the International Court of Justice as a source of international law. It reads: “The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: <...> (c) the general principles of law recognized by civilized nations”. This article was taken from the Statute of the Permanent Court of International Justice of the League of Nations.

General principles of law are also enumerated among the main sources of international law in the Conclusions of the Study Group of the UNO International Law Commission (ILC) on Fragmentation of International Law¹. It is stated that “the main sources of international law (treaties, custom and general principles of law as laid out in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice) are not in a hierarchical relationship *inter se*”.

The First report on general principles of law was prepared by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur at the request of the ILC in 2019, thus complementing the existing work on the sources of international law identified in art. 38, para. 1, of the Statute of the International Court of Justice².

Marcelo Vázquez-Bermúdez came to three conclusions in the Report: 1) general principles of law is a source of international law; 2) for a general principle of law to exist, it must be generally recognized by States; 3) general principles of law comprise those: (a) derived from national legal systems; (b) formed within the international legal system³. The last conclusion seems to be the most important as traditionally general principles of law were considered

¹ Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law. 2006. P. 7. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_9_2006.pdf

² First report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur. ILC Seventy-first Session Geneva, 29 April – 7 June and 8 July – 9 August 2019. URL: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n19/100/93/pdf/n1910093.pdf?token=uBbh96glE0s8Ti4et9&fe=true>

³ Ibid.

to be principles common to national legal systems which were used to fill the gaps in international law system.

The reference to general principles of law may be found in many other international instruments. Thus, the International Covenant on Civil and Political Rights includes art. 15 (2) “Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations”.

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms includes art. 7 (2) with the same provision: “2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by civilized nations”.

The Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) in art. 21 also refers to general principles of law: “The Court shall apply: (a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence; (b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict; (c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards...”.

General principles of law have been also referred to by international adjudicative bodies, starting with Permanent Court of International Justice. The International Court of Justice (ICJ) has relied upon general principles of law in many contentious cases and advisory opinions. Thus, in the Advisory Opinion on Reservations to the Convention on Genocide, ICJ referred to the principles underlying the Genocide Convention as “principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation”⁴. In this Advisory Opinion, the ICJ stated as follows: “The origins of the [Genocide] Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations, binding on States, even without any conventional obligation, points directly to Article 38, paragraph 1 (c), of the ICJ Statute.

As the author of the Report Marcelo Vázquez-Bermúdez states, in this Advisory Opinion there is no reference to principles common to national legal systems. It appears that the Court “found the basis for the existence of a principle in the recognition by States, noting that such recognition was expressed in resolution 96 (I) of the General Assembly, which marked ‘the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as a ‘crime under international law’”⁵. It clearly indicates that general principles of law should not

⁴ Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15, at p. 23.

necessarily be common to national legal systems but may be formulated in the international law system itself.

Beyond International Court of Justice general principles of law have been applied by Permanent International Arbitration, inter-State arbitration, the International Criminal Court, and international criminal *ad hoc* tribunals as well as by the regional human rights courts and other judicial and quasi-judicial bodies. Their practice relating to general principles of law leaves no doubt as to relevance of general principles of law for the international legal order.

Thus, as cited by Vázquez-Bermúdez, already in Nurnberg, the Tribunal had referred to certain principles of criminal law to render its decisions, such as the general principles of justice applied by jurists and practiced by military courts⁶. Subsequently, the General Assembly affirmed in resolution 95 (I) “the principles of international law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal”⁷. In the Preamble to the Resolution the Secretary-General declared that “[i]n the interests of peace, and in order to protect mankind against future wars, it will be of decisive significance to have the principles which were employed in the Nürnberg trials made a permanent part of the body of international law as quickly as possible.” Moreover, as the rapporteur Vázquez-Bermúdez mentions, the Nürnberg principles were reaffirmed as “general principles of law recognized by the community of nations” and “general principles of law recognised by civilised nations” in the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights respectively.

The Trial chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) in the Kupreškić case while referring to general principles of law as part of the law to be applied by the ICTY, and addressing general principles regarding multiple offences, considered that, since it could not find any “general principle of law common to all major legal systems of the world”, it had to “endeavour to look for a general principle of law consonant with the fundamental features and the basic requirements of international criminal justice”⁸.

General principles common to national legal systems as well as those which were developed by international law system are numerous and are characterized by different degree of generality. Among the most frequently cited of them are the maxims like *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi priori*, *abus de droit*, however many other general principles were referred to in theory and practice of international law, and there exists no exhaustive list of them.

Thus, general principles of law constitute one of the main sources of international law which may be derived from national legal systems or formed within the international legal system. The relationship of general principles of law with other sources of international law (rules of conventional and customary law) is complicated, but all of them are subject to the requirement of recognition by States.

⁵ First report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur. ILC Seventy-first Session Geneva, 29 April – 7 June and 8 July – 9 August 2019. P. 69. URL: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n19/100/93/pdf/n1910093.pdf?token=uBbh96glE0s8Ti4et98fe=true>

⁶ International Military Tribunal (Nürnberg), Judgment of 1 October 1946. *American Journal of International Law*. 1947. Vol. 41. Pp. 172–333, at p. 219.

⁷ General Assembly resolution 95 (I) of 11 December 1946 “Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal”, Preamble. URL: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_e.pdf

⁸ Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al., Judgment of 14 January 2000, Trial Chamber (IT-95-16-T), para. 738.

Bohatchuk Daria
PhD in Law (Candidate of Science of Law),
Senior Lecturer of the Faculty of Law of
National University of “Kyiv-Mohyla Academy”

Transparency as a legal value in legal regulation on artificial intelligence

Прозорість як правова цінність у правовому регулюванні штучного інтелекту

Transparency has gained particular importance and legislative attention in the modern era of dynamic development of digital technologies. This is due in particular to the growing importance of information and technology and the need to harmonize new technologies with the objectives of human progress and sustainable development.

Legal studies provide a variety of definitions and different approaches to understanding transparency and its legal essence. Transparency can be considered a legal value, currently in the stage of transformation into a principle of law.

Transparency contributes to ensuring compliance with the purposes of legal regulation. The diversity of purposes in different areas leads to different perceptions of transparency in these areas. This is why it is so difficult to find a universal definition of transparency and why the concept of transparency needs to be understood by answering the question of why we need transparency in a particular area (to achieve which purposes).

Transparency is particularly important in the sphere of artificial intelligence (hereinafter – AI). Transparency contributes to establishing trust to AI and plays a significant role for “Explainable AI”, so-called “XAI”.

The Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act)¹, adopted in the European Union, establishes harmonised transparency rules for AI systems.

The understanding of the provisions of the Artificial Intelligence Act with regard to transparency is complicated by the fact that there is no consensus on the meaning that is attributed to transparency in general². Different understandings of transparency in different fields outside of AI lead to inconsistent use of this term also in relation to AI. Legal research on the application of transparency in relation to AI is rather fragmented³.

¹ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act). OJ L, 2024/1689, 12.7.2024. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>

² Bohatchuk D., Früh A. Transparenz im Fokus der Europäischen KI-Verordnung. *Jusletter*. 12 Februar 2024. P. 3–4.

³ *Ibid.* P. 3.

According to recital 27 of the Artificial Intelligence Act, “[t]ransparency means that AI systems are developed and used in a way that allows appropriate traceability and explainability, while making humans aware that they communicate or interact with an AI system, as well as duly informing deployers of the capabilities and limitations of that AI system and affected persons about their rights”⁴.

Transparency rules are found in particular in Articles 13 and 50 of the Artificial Intelligence Act, which refer directly to transparency and are accompanied by corresponding recitals.

Article 13 of the Artificial Intelligence Act, entitled “Transparency and provision of information to deployers”, refers to high-risk AI systems. According to Article 13(1) of the Artificial Intelligence Act, “High-risk AI systems shall be designed and developed in such a way as to ensure that their operation is sufficiently transparent to enable deployers to *interpret* a system’s output and use it appropriately”⁵. Article 13(2) of the Artificial Intelligence Act also specifies that “High-risk AI systems shall be accompanied by instructions for use in an appropriate digital format or otherwise that include concise, complete, correct and clear information that is relevant, accessible and comprehensible to deployers”⁶. Pursuant to Article 13(3) of the Artificial Intelligence Act, such instructions for use shall contain, in particular, information to enable deployers to *interpret* the output of the high-risk AI system and use it appropriately (this, however, applies “where applicable”)⁷.

Article 50 of the Artificial Intelligence Act, entitled “Transparency obligations for providers and deployers of certain AI systems”, contains (a) the provisions on the obligations of providers of (i) AI systems intended to interact directly with natural persons, and (ii) AI systems, including general-purpose AI systems, generating synthetic audio, image, video or text content, as well as (b) the provisions on the obligations of deployers of (i) emotion recognition systems or biometric categorisation systems, (ii) AI systems that generate or manipulate image, audio or video content constituting a deep fake, and (iii) AI systems that generate or manipulate text which is published with the purpose of informing the public on matters of public interest (with certain exceptions established by the mentioned Article)⁸. The information referred to in paragraphs 1 to 4 of Article 50 of the Artificial Intelligence Act shall be provided to the natural persons concerned in a clear and distinguishable manner at the latest at the time of the first interaction or exposure (Article 50(5))⁹.

Articles 13 and 50 of the Artificial Intelligence Act construct a complex of provisions on transparency obligations in the triangle between providers, deployers and natural persons¹⁰.

⁴ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act). OJ L, 2024/1689, 12.7.2024. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Bohatchuk D., Früh A. Transparenz im Fokus der Europäischen KI-Verordnung. *Jusletter*. 12 Februar 2024. P. 8.

In addition to the core of the aforementioned transparency rules set forth in Articles 13 and 50 of the Artificial Intelligence Act, other articles of the Artificial Intelligence Act also contain provisions related to transparency.

Thus, Article 11 of the Artificial Intelligence Act obliges to draw up the technical documentation of a high-risk AI system in such a way as to demonstrate that the high-risk AI system complies with the requirements set out in the Artificial Intelligence Act (in particular, the transparency requirements) and to provide national competent authorities and notified bodies with the necessary information in a clear and comprehensive form to assess the compliance of the AI system with those requirements¹¹. Recital 72 of the Artificial Intelligence Act states that “[t]ransparency, including the accompanying instructions for use, should assist deployers in the use of the system and support informed decision making by them”¹².

Human oversight can also be considered as one of the means to ensure the transparency of the AI Systems¹³. According to Article 14(1) of the Artificial Intelligence Act, “High-risk AI systems shall be designed and developed in such a way, including with appropriate human-machine interface tools, that they can be effectively overseen by natural persons during the period in which they are in use”¹⁴. Annex IV of the Artificial Intelligence Act provides that the technical documentation accompanying AI Systems shall contain, in particular, assessment of the human oversight measures needed in accordance with Article 14, including an assessment of the technical measures needed to facilitate the interpretation of the outputs of AI systems by the deployers, in accordance with the Artificial Intelligence Act¹⁵.

Transparency towards the public shall be also increased (recital 131)¹⁶ by registration of the high-risk AI systems specified in the Artificial Intelligence Act in the EU database before they are placed on the market or put into service (Article 49(1))¹⁷. The mentioned EU database “shall comply with the applicable accessibility requirements” (Article 71(6))¹⁸.

Article 43 of the Artificial Intelligence Act sets out the provisions for ex ante-conformity assessment, depending on the type of high-risk AI system and certain circumstances (in

¹¹ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act). OJ L, 2024/1689, 12.7.2024. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>

¹² Ibid.

¹³ Bohatchuk D., Früh A. Transparenz im Fokus der Europäischen KI-Verordnung. *Jusletter*. 12 Februar 2024. P. 10; Panigutti C., Hamon R., Hupont I., Fernandes Llorca D., Fano Yela D., Junklewitz H., Scalzo S., Mazzini G., Sanchez I., Soler Garrido J., Gomez E. The role of explainable AI in the context of the AI Act. *Proceedings of the 2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAccT '23)*. Chicago, 2023. P. 1144, 1147. URL: <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/3593013.3594069>; Mylly U.M. Transparent AI? Navigating Between Rules on Trade Secrets and Access to Information. *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*. 2023. Vol. 54. P. 1039. URL: <https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-023-01328-5>

¹⁴ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act). OJ L, 2024/1689, 12.7.2024. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

particular, whether the provider has applied harmonised standards or common specifications). The Artificial Intelligence Act also requires post-market monitoring measures, which shall also contribute to ensuring transparency¹⁹.

Article 86 of the Artificial Intelligence Act contains reference to the important “right to explanation of individual decision-making”, according to which any affected person subject to a decision which is taken by the deployer on the basis of the output from a high-risk AI system listed in Annex III of the Artificial Intelligence Act (with certain exceptions), and which produces legal effects or similarly significantly affects that person in a way that they consider to have an adverse impact on their health, safety or fundamental rights shall have the right to obtain from the deployer clear and meaningful explanations of the role of the AI system in the decision-making procedure and the main elements of the decision taken²⁰.

The provisions of Article 78 of the Artificial Intelligence Act on the protection of intellectual property rights and confidential business information or trade secrets of a natural or legal person, including source code, may be considered as a limitation of the respective transparency requirements²¹.

The Artificial Intelligence Act reflects that transparency is one of the most important pillars in the regulatory environment of AI²² and establishes a set of transparency rules and requirements in the field of AI.

¹⁹ Bohatchuk D., Früh A. Transparenz im Fokus der Europäischen KI-Verordnung. *Jusletter*. 12 Februar 2024. P. 11.

²⁰ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act). OJ L, 2024/1689, 12.7.2024. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>

²¹ Bohatchuk D., Früh A. Transparenz im Fokus der Europäischen KI-Verordnung. *Jusletter*. 12 Februar 2024. P. 13.

²² *Ibid.* P. 17.

Hylewski Kamil
assistant in the Department of Civil Procedure, Faculty of Law and
Administration of Jagiellonian University in Krakow; trainee judge

European Union interpretation of denial of exemption from court costs in civil cases

Тлумачення Європейським Союзом відмови у звільненні від сплати судових витрат у цивільних справах

Generally, civil proceedings are chargeable. The initiation of proceedings primarily involves the obligation to pay a court fee, as well as other court costs. Exemption from court costs is an exception to the obligation to pay them, the application of which in the Polish legal order depends on the demonstration of the prerequisites provided for in Article 102, paragraph 1 costs in civil cases Act.

This study aims to present the differences in Polish and EU interpretation regarding the refusal of exemption from court costs in civil cases.

The jurisprudence of the courts in Poland indicates that the institution of exemption from court costs is, in fact, the State aid to people who, due to their particularly difficult material situation, can not bear these costs without compromising the maintenance necessary for themselves and their families, especially the unemployed, sick, lonely, without sources of regular income and without assets, for whom the dismissal of the application for exemption from costs would violate their right to court.

The fundamental purpose of the institution of exemption from court costs is to guarantee a party's right of access to court, which has its guarantees in Article 45(1) of the Constitution of the Republic of Poland, as well as in Article 6(1) of the European Convention on Human Rights or Article 47 of the Charter of Fundamental Rights, among others. Legal regulation of the issue of incurring court costs is important for the fairness of the proceedings. The right to a court is a subjective right that has an intrinsic existence. The right to a court means, first of all, the right to initiate the procedure before the court, as well as the right to appropriate formation of the judicial procedure in accordance with the requirements of fairness and openness, the right to obtain a binding decision on a given case by the court, as well as the right to appropriate formation of the system and position of the bodies that hear cases.

The court deciding on exemption from court costs must verify whether the amount for which exemption is sought by a party constitutes a restriction that would violate the essence of the right of access to a court. The jurisprudence and legal doctrine point to the subsidiary role of European court rulings, which is limited to reviewing the provisions that the authorities of the member states have taken in the exercise of their powers to ascer-

tain whether they comply with the EU standard. Since the person applying for exemption from court costs will provide a statement of assets and the documents required of him, it is up to the national court to examine the above information and explain convincingly in the statement of reasons why the applicant has not met his burden of proof.

If the national court does not make an in-depth analysis of the applicant's financial situation, contenting itself with stating that the applicant, for example, owned real estate or had savings that allowed him to pay court costs, or has a certain monthly income, this may constitute a violation of the right to a court. The national court must therefore set forth precisely the reasons why it considers that the applicant does not meet the required conditions to obtain exemption from court costs.

It is accepted in EU jurisprudence that if the applicant does not provide the exact value of accumulated savings or assets in the asset declaration, and yet the national court does not raise any objections to the declaration, it may not deny the party exemption from court costs at this stage, as this will violate the right of access to court.

The jurisprudence of the EU, as well as the European Court of Human Rights, is abundant in Polish cases regarding the restriction of the right of access to the courts at various stages by requiring payment of court costs.

For example, in recent years, the European Court of Human Rights has, on more than a dozen occasions, found violations due to an improper balancing of conflicting interests: on the one hand, the state's interest in collecting court fees, and on the other, the interest of the applicants in asserting their rights before the courts. The Court assumed that the applicants' obligation to pay such high court fees constituted an overly restrictive limitation on their right of access to court.

When assessing the legitimacy of the refusal of release to the importance of the reasons for the court's decision should be emphasized. Article 6(1) of the ECHR, as well as Article 47 of the Charter of Fundamental Rights, impose an obligation on courts to give reasons for their rulings, but these provisions themselves cannot be understood to require a detailed response to every argument. The scope of this obligation varies from ruling to ruling and must be considered considering the circumstances of each case. Justification is important insofar as it is based on it that the court assesses whether there has been a violation of the right to a court. Thus, the denial of exemption from court costs should be duly justified, and the justification should refer to all the relevant arguments raised by the party. The justification should make it possible to reconstruct the reasoning that led the Polish courts, in assessing the financial situation of the applicant, to issue such and not a different decision. The lack of such reconstruction is tantamount to arbitrariness of the decision.

There is a principle in Poland that a party intending to initiate legal proceedings should be aware of the court costs involved. Therefore, its duty is to prepare for the initiation of these proceedings by making savings for court costs and limiting other expenses that are not necessary. The only exceptions to this rule are situations in which there is a need to initiate proceedings to ensure livelihood or emergencies that a party could not foresee (as, for example, in the case of a traffic accident). According to the established line of case law of the Supreme Court, a party cannot count on the Treasury to credit its obligations,

since exemption from court fees causes a drain on state revenues. Therefore, the court should keep in mind not only the realization of the right to court, but also the interest of the State Treasury.

Meanwhile, EU jurisprudence emphasizes that courts should always consider the possibility of partial exemption from costs, and the omission of this possibility may lead to a violation of the right to a court. Such a possibility is provided for by Article 101 in fine of the Polish Law on Costs in Civil Cases, which introduces the premise of exempting a party from court costs in part, assuming that this can be done if the party is able to bear only part of these costs. This provision must be read in conjunction with Articles 102 and 103 of this law. From an analysis of these norms, it follows that a party may pay only part of the court costs if he is able to bear them in part without compromising the necessary subsistence for himself and his family (an individual) or that he has sufficient means to bear part of them.

So here we have a clash of two conflicting concepts.

On the one hand, the Polish courts assume that the institution of exemption from court costs is an exception to the principle of chargeability of court proceedings and is an aid only to the poorest people. Since fees are a type of public tribute, exemption from their payment is a derogation from the constitutional obligation to bear them universally and equally. Hence the very restrictive attitude to exemptions.

On the other hand, EU jurisprudence emphasizes a much more lenient stance, pointing out that restrictions on access to court, which are purely financial in nature and have no relation to the content of the case or the chances of success, should be applied with extreme caution, and the courts should always take into account the possibility of partial exemption from costs, as well as the amount of court costs in a given case, taking into account the party's ability to pay them. Costs should not be excessively high, i.e. disproportionate to a party's financial capacity. The examination of proportionality is carried out considering the specific circumstances of the case and the stage of the proceedings at which the case currently stands. Failure to balance the public interest of the Treasury and the private interest of a party in pursuing its claims in court results in a disproportionate violation of a party's right to a court.

In addition, when assessing proportionality, it is important to examine the information provided by the person requesting the exemption and convincingly explain why the applicant has not met his burden of proof. Courts should present evidence in support of their case, especially when it may lead to a restriction of a person's right of access to court. This requires the court to rely on the procedural material collected in the case. A conclusion about a party's ability to pay court costs cannot be drawn from hypotheses of the court that are not reflected in the facts. Therefore, courts should not rely on a party's hypothetical earning capacity, but on the evidence and facts provided by the party. In addition, according to Article 109(1) of the Polish Law on Costs in Civil Cases, if the court has doubts about the actual financial status of a party seeking exemption from court costs, the court may order an appropriate investigation. Thus, the courts can check the actual financial situation of the applicant if they consider the material presented by the applicant to be incomplete or untrue.

To assess the realization of the right to a court in the case of refusal to exempt a party from court costs, it is also important to address both the nature of the case and the stage of the proceedings at which the party requests exemption from court costs. The denial of exemption from costs at the pre-litigation stage should be treated differently, and differently at the stage of cassation proceedings, where the case has already been heard twice on the merits. It is easier to violate the right to a court at the early stage of the proceedings before the case has even been heard on the merits or the appeal stage.

Petrov Roman

Doctor of Law, Professor. Director of the Institute of German Law of the National University of Kyiv-Mohyla Academy, member of the Committee on Science of the National University of “Kyiv-Mohyla Academy”

Ukraine’s road towards the European Union membership in time of War: “Accession through War” v. Gradual Integration: European Union legal principles in action

Шлях України до членства в Європейському Союзі під час війни: «Вступ через війну» проти поступової інтеграції: правові принципи Європейського Союзу у дії

The candidate country status for Ukraine was justified and widely supported by the European Union (hereinafter – EU) institutions and EU Member States because of the Russia’s brutal invasion of Ukraine in February 2022. However, the Ukraine’s accession to the EU is not going to be an easy ride. It is the first case in history of the EU integration when a candidate country that fights for its sovereignty and existence is endeavoring to meet strict conditions of the EU membership. This situation brings to both the EU and Ukraine difficult choices and challenges. For Ukraine it is essential to secure just and lasting peace deal with Russia, eventual end the war hostilities to be able to complete meticulous EU accession process. For the EU it is urgent to adjust its institutional, legal, political and economic systems to absorb a new wave of enlargement that may bring 10 new Member States on board. This paper advocates that Ukraine’s accession to the EU will not be conventional but experimental exercise that embraces new accession tracks like “accession through war” and “gradual integration”.

The EU membership of Ukraine is inextricably linked to the Peace Deal that will be a stepping stone to end the war in Ukraine. In other words, the EU accession of Ukraine is conditional on reaching the just and fair Peace Deal for Ukraine.

Today’s geopolitical turbulences require fundamental change and revision of conventional EU domestic and external policies, including the EU enlargement process which Ukraine brought back on top of the EU agenda. Back in 2004–2005, enlargement was a potent framework to trigger wide-scale Europeanization of ex-communist countries from central and eastern Europe, including some former Soviet republics. In 2022, the EU accession was applied to boost the war effort of Ukraine and to enhance the potency of European common values when they are defended on the battlefield. If so, the question can then be raised whether further Ukraine’s accession process will continue to be framed by the so-called “accession through war” approach, or whether it will ultimately comply with the “gradual integration” track. There is no obvious answer to this question at least till the

war in Ukraine is over. Most likely, Ukraine will deal with all these tracks since it is the first and only one candidate country in history of European integration that embarked upon meticulous accession process on time of the exhausting war effort threatening its existence as independent state. It implies the reformatting of the EU accession process as not only the exercise to align candidate countries with demanding “Copenhagen criteria” but also refining it as a tool to ensure security and peace and post-war recovery of Ukraine. Most ambitious challenge for Ukraine’s accession into the EU is to ensure full compliance and application of general principles and doctrines of the EU legal system and the EU *acquis*. The report will focus on this issue and scrutinize relevant EU legal principles and doctrines against their potential application within the Ukrainian legal system during and after the EU accession.