

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ

Заснований у 1922 р.

Видається щомісячно

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

ISSN 1026-9932
DOI: 10.33498/louu-2024-05

Адреса редакції
вул. Загорівська, 17–21
м. Київ, 04107, Україна
тел.: +380(66) 972-39-27

Головний редактор
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

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

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

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

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

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

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

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

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

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

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

Засновники: Національна академія правових наук України, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Видавничий Дім “Ін Юре”, Юридичне видавництво “Право України”, Юридичний портал “Ратіо Деціденді”, Інформаційні технології “Ратіо Деціденді”, Адвокатське об’єднання “Адвокатська компанія “Кайрос”

Видавець
© Юридичне видавництво “Право України”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ HONORIS CAUSA

Співголови Ради

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

Члени Ради

Вячеслав Борисов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Довгерт, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Козюбра, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Комаров, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Костенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Крупчан, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь Нор, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Селванов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь Сіренко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; Майдан Сулейменов, д. юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Олексій Ющик, д. юрид. наук, проф.

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Руслан Стефанчук (голова), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Святоцький (головний редактор), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олег Посикалюк (перш. заст. головного редактора), к. юрид. наук, доц.; Тетяна Коломоєць (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія Резнікова (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф.; Наталя Антонюк, к. юрид. наук., доц.; Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій Барабаш, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Батанов, д. юрид. наук, проф.; Юрій Баулін, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Бевзенко, д. юрид. наук, проф.; Ігор Бойко, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Бростль (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Тетяна Вільчик, д. юрид. наук, проф.; Юрій Галаєвський, засл. юрист України; Марсело Галуппо (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Анатолій Гетьман, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Головатий, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Оксана Гришук, д. юрид. наук, проф.; Дмитро Гудима, к. юрид. наук., доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Олександр Дроздов, д. юрид. наук, проф.; Володимир Єрмоленко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Журавель, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Задихайло, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Зубар, к. юрид. наук, доц.; Амір Ібрагім Алієв,

д. юрид. наук, проф. (Азербайджан); ОКСАНА КАПЛІНА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕКСАНДРА КОЛОГОЙДА, д. юрид. наук, проф.; ТЕТЯНА КОМАРОВА, д. юрид. наук, проф.; ТЕТЯНА КОРНЯКОВА, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСІЙ КОТ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕНА КОХАНОВСЬКА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; СТАНІСЛАВ КРАВЧЕНКО, к. юрид. наук; ВАСИЛЬ КРАТ, к. юрид. наук, доц.; ОЛЕКСІЙ КРЕСІН, д. юрид. наук, проф.; СТЕПАН КУБІВ, д. економ. наук, доц.; НАТАЛІЯ КУЗНЕЦОВА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ПАВЛО КУЛИНИЧ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; МИКОЛА КУЧЕРЯВЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ІРИНА КУЯН, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; ДМИТРО ЛУБІНЕЦЬ, д. філософії; ДМИТРО ЛУК'ЯНОВ, д. юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; ДМИТРО ЛУСПЕНИК, к. юрид. наук, доц.; ПАВЛО ЛЮБЧЕНКО, д. юрид. наук, проф.; РОМАН МАЙДАНИК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; СЕРГІЙ МАКСИМОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕКСАНДРА МАТВІЙЧУК, українська правозахисниця; СЕРГІЙ МІНЧЕНКО, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; АНАТОЛІЙ МІРОШНИЧЕНКО, д. юрид. наук, проф.; ВІРА МИХАЙЛЕНКО, к. юрид. наук; ЛІДІЯ МОСКВИЧ, д. юрид. наук, проф.; АНАТОЛІЙ МУЗИКА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ВОЛОДИМИР НОСІК, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; НАТАЛІЯ ОНЩЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; НАТАЛІЯ ПАРХОМЕНКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ПЕТРО ПАЦУРКІВСЬКИЙ, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕГ ПЕРВОМАЙСЬКИЙ, к. юрид. наук, доц.; ОЛЕКСАНДР ПЕТРИШИН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; РОМАН ПЕТРОВ, д. юрид. наук, проф.; ПИЛИП ПИЛИПЕНКО, д. юрид. наук, проф.; СЕРГІЙ ПОГРІВНИЙ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕГ ПОДЦЕРКОВНИЙ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; БОРИС ПОЛЯКОВ, д. юрид. наук, проф.; ЮРІЙ ПРИТИКА, д. юрид. наук, проф.; СЕРГІЙ РАБІНОВИЧ, д. юрид. наук, проф.; ЛАРИСА РОГАЧ, к. юрид. наук; МИХАЙЛО САВЧИН, д. юрид. наук, проф.; СВІТЛАНА СЕРЬОГІНА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕКСАНДР СКРИПНЮК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; КСЕНІЯ СМІРНОВА, д. юрид. наук, проф.; МИХАЙЛО СМОКОВИЧ, д. юрид. наук; ІННА СПАСИБО-ФАТЄЄВА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; МАРИНА СТЕФАНЧУК, д. юрид. наук; МИКОЛА СТЕФАНЧУК, д. юрид. наук, доц.; ХІРОХІДЕ ТАКІКАВА (HIROHIDE TAKIKAWA), Prof. (Japan); МИХАЙЛО ТЕПЛУК, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕГ ТКАЧУК, д. юрид. наук, доц.; ВЯЧЕСЛАВ ТРУБА, д. юрид. наук, проф.; ВІТАЛІЙ УРКЕВИЧ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; СПИРИДОН ФЛОГАТИС (SPYRIDON FLOGATIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); СВІТЛАНА ФУРСА, д. юрид. наук, проф.; ЄВГЕН ХАРИТОНОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; СЕРГІЙ ХАРИТОНОВ, д. юрид. наук, проф.; НАТАЛІЯ ХУТОРЯН, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України;

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

Тетяна Цувіна, д. юрид. наук, доц.; Олександр Чирич (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Валерій Шепітько, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Оксана Щербанюк, д. юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YACHIKO YAMADA), Prof. (Japan); Олександра Яновська, д. юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

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

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:
“ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІДБУДОВИ УКРАЇНИ:
РЕЗОЛЮЦІЯ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ
ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ АСАМБЛЕЇ РАДИ ЄВРОПИ”

Резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи 2539 (2024) “Підтримка відбудови України”	9
Рекомендації Парламентської Асамблеї Ради Європи 2271 (2024) “Підтримка відбудови України”	14
ОРГАНІЗАЦІЯ ОБ’ЄДНАНИХ НАЦІЙ У СПРОБАХ ПРОТИДІЯТИ АГРЕСІЇ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ПРОТИ УКРАЇНИ (ДОКУМЕНТИ ТА КОМЕНТАРІ)	
Резолюція Генеральної Асамблеї ООН ES-11/5 “Забезпечення відповідальності та репарацій за агресію проти України” (2022 р.)	16
Олексій Кресін Науковий коментар	18
НАЦІОНАЛЬНА БЕЗПЕКА І ОБОРОНА	
Вікторія Резнікова, Ніно Пацурія, Анастасія Головачова Окремі аспекти правового забезпечення кібербезпеки у сферах критичної інформаційної інфраструктури та цифрових фінансових послуг.	22
ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА	
Володимир Погребняк “Судова правотворчість” і “судова нормотворчість”: лексико-семантичний аналіз	33
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС	
Наталія Антонюк Зміна розміру дрібного викрадення через призму кримінального закону	58
ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО	
Микола Галянтич, Ростислав Сачок Правова характеристика договору найму та оренди нерухомого майна	64

ЗМІСТ

ОКСАНА ХОРВАТОВА

Стан і перспективи пенсійного забезпечення та страхування життя
крізь призму демографічної кризи в умовах воєнного стану:
цивільно-правовий аналіз 76

ТРУДОВЕ ПРАВО

Пилип Пилипенко

Трудові відносини і трудовий договір
у проєкті Трудового кодексу України 91

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

Микола Тітов, Ксенія Кухар

Префектуризація місцевих державних адміністрацій
і місцеве самоврядування в Україні: пошук балансу 103

ПОРІВНЯЛЬНЕ КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Андріанна Бадида

Захист фундаментальних конституційних принципів
у Французькій Республіці. 111

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ

Михайло Коротюк

Особливості суспільно небезпечного впливу на адвоката,
адвокатське бюро, адвокатське об'єднання при вчиненні
кримінальних правопорушень, які посягають на адвокатську діяльність
як охоронювану законом соціальну цінність. 119

ДОКТРИНА В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

Спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи (санкції)
не є видом (формою, засобом, механізмом) відповідальності 129

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:

“LEGAL SUPPORT FOR THE RECONSTRUCTION OF UKRAINE:
RESOLUTION AND RECOMMENDATION
BY THE PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE”

Resolution of Parliamentary Assembly of the Council of Europe 2539 (2024)
“Support for the Reconstruction of Ukraine” 9

Recommendation of Parliamentary Assembly of the Council of Europe 2271
(2024) “Support for the Reconstruction of Ukraine” 14

UNITED NATIONS IN COUNTERACTING THE AGGRESSION
OF THE RUSSIAN FEDERATION AGAINST UKRAINE
(DOCUMENTS AND COMMENTARIES)

Resolution of the UN General Assembly ES-11/5
“Furtherance of Remedy and Reparation for Aggression Against Ukraine”
(2022) 16

OLEKSIY KRESIN
Scientific Commentary 18

NATIONAL SECURITY AND DEFENCE

VIKTORIYA RIEZNIKOVA, NINO PATSURIYA, ANASTASIIA HOLOVACHOVA
Certain Aspects of Legal Support for Cybersecurity
in the Areas of Critical Information Infrastructure
and Digital Financial Services 22

GENERAL THEORY OF LAW

VOLODYMYR POHREBNIAK
“Judicial Lawmaking” and “Judicial Rulemaking”:
Lexical and Semantic Analysis 33

CRIMINAL LAW AND PROCESS

NATALIYA ANTONIYK
Resizing Fine Abduction Through Prism Criminal Law 58

CIVIL LAW

MYKOLA HALIANTYCH, ROSTYSLAV SACHOK
Legal Characteristics of Real Estate Lease and Rental Agreements 64

ПРАВО УКРАЇНИ • 2024 • № 4 • 7-8

TABLE OF CONTENTS

OKSANA KHORVATOVA
The Status and Prospects of Pension System and Life Insurance
Through the Demographic Crisis Under the Conditions of the State of War:
A Civil Legal Analysis 76

LABOR LAW

PYLYP PYLYPENKO
Labour Relations and Employment Contract
in the Draft Labour Code of Ukraine 91

ADMINISTRATIVE LAW

MYKOLA TITOV, KSENIIA KUKHAR
Prefectureization of Local State Administrations
and Local Self-government
in Ukraine: Finding a Balance..... 103

COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW

ANDRIANNA BADYDA
Protection of Fundamental Constitutional Principles
in the French Republic 111

SECTION FOR YOUNG SCHOLARS

MIKHAILO KOROTYUK
Features of the Publicly Dangerous Influence on the Advocate,
Law Office, Law Association When Committing Criminal Offenses,
Which Interfere on Advocate Activity
as a Social Value Protected by Law 119

DOCTRINE IN CASE LAW

Special Economic and other Restrictive Measures (Sanctions)
are not Type (Form, Means, Mechanism) of Responsibility 129

Актуальна тема номера:
“ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІДБУДОВИ УКРАЇНИ:
РЕЗОЛЮЦІЯ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ
ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ АСАМБЛЕЇ РАДИ ЄВРОПИ”

РЕЗОЛЮЦІЯ
ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ АСАМБЛЕЇ РАДИ ЄВРОПИ 2539 (2024)
“ПІДТРИМКА ВІДБУДОВИ УКРАЇНИ”*

1. Парламентська Асамблея знову висловлює свою глибоку стурбованість масштабними руйнуваннями та сильними стражданнями, заподіяними Україні та її народу Російською Федерацією своєю незаконною агресивною війною, яка розпочалася у 2014 році та переросла у широкомасштабне вторгнення в лютому 2022 року, що призвело до значних людських жертв і матеріальних втрат, грубих порушень прав людини та численних воєнних злочинів.

2. Рада Європи виступила лідером у вираженні своєї солідарності з Україною та її народом, засудивши агресивну війну Російської Федерації проти України та виключивши Російську Федерацію з Організації через серйозне порушення нею міжнародного права та статутних зобов'язань. Рада Європи також продемонструвала лідерство у створенні Реєстру збитків, завданих агресією Російської Федерації проти України, як першого кроку до створення всеосяжної системи відповідальності Російської Федерації за її проти-правні дії. Дотримуючись своєї непохитної рішучості та особливої уваги до демократії, прав людини та верховенства права, Рада Європи має відігравати важливу роль у підтриманні зусиль з відбудови України, рекомендуючи конфіскувати державні активи Росії та використовувати їх для підтримки відновлення України. Цей курс дій повинен би мати потрійну мету: посилення України, забезпечення відповідальності Російської Федерації та стримування будь-якої іншої майбутньої агресії.

3. Асамблея вважає, що вкрай важливо, щоб міжнародне співтовариство, працюючи узгоджено, пододало цей виклик і гарантувало, що жертви агресії, Україна та її громадяни, отримають належне відшкодування та що є шлях до справедливості. Як уже наголошувала Асамблея у своїй Резолюції 2516 (2023) “Забезпечення справедливого миру в Україні та тривалій безпеки в Європі”, це потребуватиме створення ‘всеосяжного механізму компенсації, включаючи міжнародну комісію для розгляду заяв про відшкодування збитків, включених до Реєстру збитків, та компенсаційного фонду для виплат за рішеннями про відшкодування шкоди, винесеної комісією,

* Резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи 2539 (2024) від 16 квітня 2024 р. “Підтримка відбудови України”. Див.: Support for the reconstruction of Ukraine. Resolution 2539 (2024), adopted by the adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on 16 April 2024 <<https://pace.coe.int/en/files/33494/html>> (accessed: 30.05.2024).

зокрема шляхом конфіскації та іншого використання активів Російської Федерації для відшкодування шкоди, спричиненої війною в Україні”.

4. Підтверджена документами шкода, завдана інфраструктурі та економіці України агресією Російської Федерації, у червні 2023 року сягнула 416 мільярдів доларів США. Тяжке становище тих, кому довелося рятуватися втечею з України через війну – приблизно 6,2 мільйона людей – викликає особливе занепокоєння як гуманітарна криза сама по собі, а також через те, що вона створює ланцюгову реакцію через кордони, впливаючи на сусідні країни та створюючи навантаження на ресурси у більшому масштабі. Крім того, було встановлено, що приблизно 17,6 мільйона осіб в Україні потребували гуманітарної допомоги у 2023 році, з них 5,1 мільйона людей – внутрішньо переміщені особи.

5. Асамблея визнає, що неучасть Російської Федерації у врегулюванні міжнародних спорів перешкоджає традиційним правовим шляхам забезпечення репарацій. Водночас Асамблея підтверджує зобов’язання держави-агресора, Російської Федерації, надати повну компенсацію збитків, втрат і шкоди, спричинених її міжнародно-протиправними діями, включаючи руйнування інфраструктури, загибель людей, економічні втрати та інші негативні наслідки, відповідно до принципів міжнародного права. У зв’язку з цим Асамблея нагадує про Статті Організації Об’єднаних Націй 2001 року про відповідальність держав за міжнародно-протиправні дії, Основні принципи та керівні положення Організації Об’єднаних Націй 2005 року, що стосуються права на правовий захист та відшкодування збитків для жертв грубих порушень норм міжнародного права з прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права та резолюції Генеральної Асамблеї ООН A/RES/ES-11/5 від 14 листопада 2022 року “Сприяння відшкодуванню та репараціям за агресію проти України”, яка визнає необхідність створення міжнародного компенсаційного механізму.

6. Асамблея констатує, що державні активи Росії були заморожені різними країнами на загальну суму приблизно 300 мільярдів доларів США. Заморожені державні фінансові активи Росії мають бути доступні для використання на відбудову України. Держави, на території яких знаходяться ці активи, повинні співпрацювати та передати їх міжнародному компенсаційному механізму. Відповідно до міжнародного права держави мають право вживати контрзаходів проти держави, яка серйозно порушила міжнародне право. Зараз настав час для держав – членів Ради Європи перейти від санкцій до контрзаходів. Асамблея також зазначає, що контрзаходи спрямовані на те, щоб примусити державу-порушницю припинити свою протиправну поведінку або виконати свої зобов’язання, що виникли внаслідок такої поведінки, зокрема, виплатити компенсацію за заподіяну шкоду. Асамблея підкреслює, що легітимність рекомендованих контрзаходів залишається незаперечною в рамках державного імунітету.

7. Асамблея визнає довготривалий вплив деяких громадян Росії, яких також називають олігархами, як на внутрішню, так і міжнародну політику, сформований їхнім контролем над ключовими галузями промисловості та

значними активами за кордоном. Це дало їм можливість впливати на різних зацікавлених осіб у європейських країнах. З початку агресії Російської Федерації проти України у 2014 році низка підприємств, що належать цим росіянам, співпрацюють з російським військово-промисловим комплексом. Враховуючи цей факт, у березні 2022 року Європейський Союз, держави “Великої сімки” та Австралія створили робочу групу “Російська еліта, проксі й олігархи” (REPO). Асамблея вважає, що держави-члени повинні працювати над подібним механізмом, щоб мати змогу вирішувати цю проблему.

8. Асамблея визнає зусилля держав-членів із запровадження санкцій проти громадян Росії та російських підприємств, які співпрацюють з російським військово-промисловим комплексом, особливо у важкій промисловості, яка сприяє виробництву різних типів летального озброєння. Асамблея вважає, що держави-члени повинні розробити механізми моніторингу можливих порушень режиму санкцій, заморожування таких активів і наступної передачі їх до міжнародного фонду для відбудови України, дотримуючись при цьому принципів міжнародного права та поважаючи права приватної власності.

9. Асамблея вважає, що створення під егідою Ради Європи міжнародного компенсаційного фонду, а також компенсаційного механізму як окремого міжнародного інструменту, уповноваженого розглядати та вирішувати позови та/або виплачувати компенсацію за збитки, втрати та шкоду, спричинені міжнародно-протиправними діями Російської Федерації в Україні або проти неї, забезпечить структурований спосіб оцінки та компенсації шкоди, якої зазнали різні зацікавлені особи через незаконне вторгнення Російської Федерації в Україну. Цей компенсаційний механізм має покривати різні види збитків, включаючи, але не обмежуючись, пошкодження інфраструктури, негативні наслідки для навколишнього середовища, економічні втрати, яких зазнали компанії та інвестори, а також витрати, пов’язані з розміщенням і підтримкою тих, хто був переміщений унаслідок агресії, в Україні та за її межами.

10. Асамблея визнає, що російські політики, пропагандисти, олігархи та інші воєнні колабораціоністи накопичили значні статки через тісні зв’язки з режимом Володимира Путіна та намагаються впливати на внутрішню політику європейських країн, що робить їх співучасниками агресії Російської Федерації проти України. Для забезпечення особистої відповідальності конкретної особи мають бути застосовані такі заходи, як заморожування та конфіскація активів та спрямування їх на відбудову України. Зважаючи на те, що певні країни вже запровадили нове законодавство або внесли зміни до чинного законодавства, дотримуючись принципів приватної власності та міжнародного права, держави-члени заохочуються до розробки законодавства та правових механізмів конфіскації таких активів.

11. Оскільки вже створений Реєстр збитків бере на себе трудомісткий процес реєстрації збитків України в рамках підготовки до процесу міжнародних позовів, країни, які заморозили російські активи, повинні передати ці активи до міжнародного компенсаційного фонду. Для ефективного вирішення

претензійного процесу необхідно створити міжнародну комісію з розгляду позовів про відшкодування шкоди, зареєстрованої в Реєстрі.

12. У світлі цих міркувань Асамблея:

12.1 закликає держави – члени Ради Європи та відповідні держави, що не є членами, приєднатися до Реєстру збитків, якщо вони ще не зробили цього;

12.2 закликає до створення міжнародного компенсаційного механізму під егідою Ради Європи, щоб комплексно вирішувати проблему шкоди, заподіяної фізичним і юридичним особам, які постраждали, разом з державою Україна, внаслідок протиправних дій Російської Федерації, пов’язаних з її вторгненням в Україну;

12.3 закликає держави – члени Ради Європи та держави, що не є членами Ради Європи, в яких утримуються російські державні активи, активно співпрацювати з метою швидкої передачі цих активів установленому міжнародному компенсаційному механізму, підтримує зусилля Європейського Союзу та Сполучених Штатів і закликає їх та держави “Великої сімки” діяти без зволікань, уживаючи всіх необхідних заходів для забезпечення того, щоб усі активи Російської Федерації, які перебувають під їх контролем, могли бути використані для відновлення та відбудови України;

12.4 наполягає на тому, що потрібна невідкладна відбудова України, не чекаючи закінчення агресії, і тому закликає до створення міжнародного трастового фонду з чітким терміном реалізації цього механізму, до якого будуть перераховані всі російські державні активи, які утримуються в державах – членах Ради Європи та країнах, що не є членами Ради Європи, забезпечуючи прозорість, підзвітність і справедливість виплати коштів, які мають бути використані для компенсації Україні, фізичним та юридичним особам, які постраждали від російської агресії проти України;

12.5 закликає до створення неупередженої та ефективної міжнародної комісії з розгляду позовів, яка б, діючи відповідно до визнаних судових норм, розглядала позови, подані Україною, постраждалими організаціями, фізичними та юридичними особами, які вимагають відшкодування шкоди, завданої агресією Російської Федерації;

12.6 підкреслює надзвичайну важливість дотримання встановлених міжнародних правових стандартів і принципів при передачі та управлінні замороженими російськими активами, забезпечуючи справедливість і пропорційність, а також гарантуючи права всіх постраждалих сторін, як це гарантовано Європейською конвенцією з прав людини та/або іншими міжнародно-правовими актами з прав людини;

12.7 підтримує використання контрзаходів, як це визначено в рамках міжнародного права, щоб примусити Російську Федерацію дотримуватись своїх міжнародно-правових зобов’язань і відповідальності;

12.8 спонукає держави, стурбовані порушеннями зобов’язань *erga omnes*, активно брати участь у компенсаційному механізмі, таким чином сприяючи зусиллям, спрямованим на припинення порушень і забезпечення справедливого відшкодування потерпілим фізичним і юридичним особам, а також державі Україна;

12.9 заохочує спільні зусилля держав-членів, міжнародних організацій і відповідно всіх зацікавлених сторін для прискорення процесу відбудови та забезпечення всеосяжної компенсації багатогранної шкоди, заподіяної агресивною війною Російської Федерації, у тому числі шляхом розгляду інших додаткових або альтернативних пропозицій, таких як конфіскація приватних активів після кримінального вироку за порушення санкцій, запровадження податків на надмірні доходи від відсотків або прибутків, отриманих від заморожених державних активів Росії, або використання цих активів як застави для кредитів Україні;

12.10 закликає держави-члени, міжнародні організації та відповідно всі зацікавлені сторони продовжувати працювати над розширенням списку підсанкційних осіб і компаній, які прямо чи опосередковано пов'язані з російською оборонною промисловістю, зокрема в металургійній та інших видах важкої промисловості, а також тих, хто робить внесок у розвиток військово-промислового комплексу Росії;

12.11 закликає до об'єднаного та непохитного фронту проти агресії, наголошуючи на спільній відповідальності міжнародного співтовариства за дотримання глобальних норм, запобігання порушенням міжнародного права і сприяння тривалому миру та стабільності.

10-е засідання
16 квітня 2024 року

РЕКОМЕНДАЦІЇ ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ АСАМБЛЕЇ
РАДИ ЄВРОПИ 2271 (2024)
“ПІДТРИМКА ВІДБУДОВИ УКРАЇНИ”*

1. Парламентська Асамблея звертає увагу Комітету Міністрів на свою Резолюцію 2539 (2024) “Підтримка відбудови України”, в якій міститься рішучий заклик до використання конфіскованих державних активів Росії для компенсації збитків, втрат та шкоди, спричинених агресією Російської Федерації та для підтримки відбудови України.

2. Асамблея посилається на свою Резолюцію 2516 (2023) “Забезпечення справедливого миру в Україні та тривалої безпеки в Європі”, яка закликала створити ‘всеосяжний механізм компенсації, включаючи міжнародну комісію для розгляду заяв про відшкодування збитків, включених до Реєстру збитків, та компенсаційний фонд для виплат за рішеннями про відшкодування шкоди, винесеними комісією, зокрема шляхом конфіскації та іншого використання активів Російської Федерації для відшкодування шкоди, спричиненої війною в Україні’. Вона також посилається на свою Резолюцію 2482 (2023) “Про правові аспекти та аспект прав людини в агресії Російської Федерації проти України”, яка закликала держави – члени Ради Європи створити міжнародний компенсаційний механізм, висвітлюючи причини, чому Рада Європи повинна відігравати провідну роль у його створенні та управлінні та докладно описуючи деякі з його ключових перспективних функцій.

3. Асамблея нагадує про рішення Комітету Міністрів від 15 вересня 2022 року та 24 лютого 2023 року щодо схвалення всіх зусиль для забезпечення повного відшкодування шкоди, заподіяної порушенням Російською Федерацією міжнародного права в Україні. Вона також підкреслює, що у своїй Резолюції CM/Res(2023)3 про встановлення Розширеної часткової угоди про Реєстр збитків, завданих агресією Російської Федерації проти України, прийнятої 12 травня 2023 року, Комітет Міністрів погодився ‘домовитись продовжувати роботу у співпраці з Україною та відповідними міжнародними організаціями та органами щодо створення окремим міжнародним документом майбутнього міжнародного компенсаційного механізму, який може включати комісію з розгляду заяв та компенсаційний фонд, невід’ємною частиною якого має стати робота Реєстру, включаючи його цифрову платформу з усіма даними про заяви та докази, зафіксовані в ньому’.

4. У світлі вищевикладеного Асамблея закликає Комітет Міністрів:

4.1 приступити до створення міжнародного компенсаційного механізму під егідою Ради Європи для комплексного вирішення проблеми шкоди, заподіяної фізичним і юридичним особам, які постраждали разом з державою

* Рекомендації Парламентської Асамблеї Ради Європи 2539 (2024) від 16 квітня 2024 р. “Підтримка відбудови України”. Див.: Support for the reconstruction of Ukraine. Recommendation 2271 (2024), adopted by the adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on 16 April 2024 <<https://pace.coe.int/en/files/33495/html>> (accessed: 30.05.2024).

Україна, унаслідок протиправних дій Російської Федерації, пов’язаних з її вторгненням в Україну;

4.2 створити міжнародний трастовий фонд, до якого будуть перераховані всі конфісковані російські державні активи, забезпечуючи прозорість, підзвітність і справедливість виплати коштів, які мають бути використані для компенсації Україні, фізичним та юридичним особам, які постраждали від російської агресії проти України, а також для підтримання зусиль з відновлення та відбудови України;

4.3 схвалити створення під егідою Ради Європи міжнародної комісії з розгляду позовів про відшкодування шкоди, зареєстрованої в Реєстрі;

4.4 розглянути можливість включення до сфери майбутнього міжнародного компенсаційного механізму, щойно його буде створено, шкоди, заподіяної міжнародно-протиправними діями Російської Федерації, вчиненими в Автономній Республіці Крим, місті Севастополі та на тимчасово окупованих територіях Донецької та Луганської областей до 24 лютого 2022 року, оскільки вони були спричинені агресією проти України, що розпочалася у 2014 році, зокрема у зв’язку з порушеннями міжнародного права, підтвердженими міжнародними судовими органами, такими як Європейський суд з прав людини.

10-е засідання
16 квітня 2024 року

ОРГАНІЗАЦІЯ ОБ'ЄДНАНИХ НАЦІЙ
У СПРОБАХ ПРОТИДІЯТИ
АГРЕСІЇ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ПРОТИ УКРАЇНИ
(ДОКУМЕНТИ ТА КОМЕНТАРІ)

РЕЗОЛЮЦІЯ ГЕНЕРАЛЬНОЇ АСАМБЛЕЇ ООН ES-11/5
“ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА РЕПАРАЦІЙ
ЗА АГРЕСІЮ ПРОТИ УКРАЇНИ” (2022 р.)*

Генеральна Асамблея,

Знову підтверджуючи першочергову важливість Статуту Організації Об'єднаних Націй у сприянні верховенству права між націями,

Нагадуючи про зобов'язання всіх держав згідно зі статтею 2 Статуту, включаючи зобов'язання утримуватися у своїх міжнародних відносинах від погрози силою або її застосування проти територіальної цілісності чи політичної незалежності будь-якої держави або в будь-який інший спосіб, несумісний з цілями Організації Об'єднаних Націй, і вирішувати їх міжнародні спори мирними засобами,

Нагадуючи також про зобов'язання згідно зі статтею 33 (1) Статуту щодо того, що члени, які є сторонами будь-якого спору, повинні шукати рішення насамперед шляхом переговорів, розслідування, посередництва, примирення, арбітражу, судового врегулювання, звернення до регіональних установ чи угод або іншими мирними засобами на власний вибір,

Беручи до уваги резолюцію Ради Безпеки 2623 (2022) від 27 лютого 2022 року,

Нагадуючи про своє право згідно зі статтею 14 Статуту рекомендувати заходи для мирного врегулювання будь-якої ситуації, яка, на її думку, може зашкодити загальному благополуччю або дружнім відносинам між націями, включаючи ситуації, що виникають унаслідок порушення положень Статуту,

Посилаючись також на свої резолюції ES-11/1 від 2 березня 2022 року під назвою “Агресія проти України”, ES-11/2 від 24 березня 2022 року під назвою “Гуманітарні наслідки агресії проти України” та ES-11/4 від 12 жовтня 2022 року під назвою “Територіальна цілісність України: захист принципів Статуту ООН”, у яких, серед іншого, вона підтвердила свою відданість суверенітету, незалежності, єдності та територіальній цілісності України,

Нагадуючи також про постанову Міжнародного Суду ООН від 16 березня 2022 року, яка визначила тимчасові заходи у справі щодо звинувачень у

* Резолюція Генеральної Асамблеї ООН, ухвалена 14 листопада 2022 р. [без посилання на Головний комітет (A/ES-11/L.5)] ES-11/5 “Забезпечення відповідальності та репарацій за агресію проти України”. Див.: Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine. Resolution ES-11/5, adopted by the General Assembly on 14 November 2022 <<https://digitallibrary.un.org/record/3994481?ln=en&v=pdf>> (accessed: 30.05.2024). Переклад О. Кресіна.

геноциді згідно з Конвенцією про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (Україна проти Російської Федерації)¹,

Пам’ятаючи про важливість підтримання та зміцнення міжнародного миру, заснованого на свободі, рівності, справедливості та повазі до прав людини, а також розвитку дружніх відносин між націями, незалежно від їх політичних, економічних та соціальних систем або рівня їх розвитку,

Висловлюючи глибоку стурбованість у зв’язку із загибеллю людей, переміщенням цивільного населення, руйнуванням інфраструктури та природних ресурсів, втратою державної й приватної власності та економічною катастрофою, спричиненими агресією Російської Федерації проти України,

Посилаючись на свою резолюцію 60/147 від 16 грудня 2005 року, додаток до якої містить Основні принципи та керівні положення щодо права на правовий захист і відшкодування шкоди жертвам грубих порушень міжнародного права прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права,

1. Знову підтверджує свою відданість суверенітету, незалежності, єдності та територіальній цілісності України та свою вимогу до Російської Федерації негайно припинити застосування сили проти України та негайно, повністю й беззастережно вивести всі свої військові сили з території України в її міжнародно визнаних кордонах, що поширюються на її територіальні води;

2. Визнає, що Російську Федерацію має бути притягнуто до відповідальності за будь-які порушення міжнародного права в Україні або проти неї, включаючи її агресію на порушення Статуту Організації Об’єднаних Націй, а також за будь-які порушення міжнародного гуманітарного права та міжнародного права прав людини і що вона повинна нести юридичну відповідальність за наслідки всіх своїх міжнародно-протиправних дій, включаючи репарації за шкоду, включно з будь-якими втратами, спричиненими такими діями;

3. Визнає також необхідність створення у співпраці з Україною міжнародного механізму відшкодування втрат, збитків або шкоди, які виникають унаслідок міжнародно-протиправних дій Російської Федерації в Україні або проти України;

4. Рекомендує державам-членам створити у співпраці з Україною міжнародний реєстр збитків, який би накопичував у документальній формі докази та інформацію про претензії щодо втрат, збитків або шкоди всім фізичним та юридичним особам, яких це стосується, а також державі Україна, спричинених міжнародно-протиправними діями Російської Федерації в Україні або проти України, а також для сприяння і координації збирання доказів;

5. Вирішує тимчасово перервати одинадцяту надзвичайну спеціальну сесію Генеральної Асамблеї та уповноважити голову Генеральної Асамблеї відновити її засідання на вимогу держав-членів.

15-е пленарне засідання
14 листопада 2022 року

¹ Див.: Official Records of the General Assembly, Seventy-seventh Session, Supplement No. 4 (A/77/4), paras. 189–197.

Олексій Кресін

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права,
керівник Центру порівняльного правознавства
Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4016-6596>
okresin@gmail.com

НАУКОВИЙ КОМЕНТАР

Резолюцію ES-11/5 від 14 листопада 2022 р., разом з низкою інших актів 2022–2023 рр., було ухвалено на одинадцятій надзвичайній спеціальній сесії ГА ООН. Особливе значення цього комплексу резолюцій підкреслює їх ухвалення кваліфікованою більшістю (дві третини) від кількості присутніх представників держав і кількості тих, хто взяв участь у голосуванні.

Резолюція ES-11/5 стала цілковито новою (порівняно з усіма попередніми “українськими” резолюціями 2014–2022 рр.) за своїм предметом. Документ посилається, зокрема, на резолюцію ГА ООН “Основні принципи та керівні положення щодо права на правовий захист і відшкодування шкоди жертвам грубих порушень міжнародного права прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права” від 16 грудня 2005 р.¹ У резолюції вказується, що наслідками агресії Російської Федерації проти України стали людські жертви, переміщення цивільних осіб, руйнування інфраструктури та природних ресурсів, втрата державної та приватної власності, економічна катастрофа.

Тому РФ має бути притягнуто до відповідальності за всі порушення міжнародного права в Україні чи щодо неї. РФ має відповідати за всі свої міжнародно-протиправні дії, включно із самою агресією, і це має, зокрема, передбачати репарації за спричинені цими діями втрати та шкоду будь-якого характеру (“the injury, including any damage”, “damage, loss or injury”).

Визнається необхідність створення для цього державами-членами у співпраці з Україною міжнародного механізму забезпечення репарацій за спричинені РФ втрати, збитки та шкоду. Рекомендується створення державами-членами у співпраці з Україною міжнародного реєстру спричиненої шкоди, що має фіксувати в документальній формі докази та претензії фізичних і юридичних осіб та України як держави, сприяти збиранню доказів та координувати цей процес². Обґрунтовуючи необхідність ухвалення ре-

¹ Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. Resolution 60/147 adopted by the General Assembly on 16 December 2005 <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-08/N0549642.pdf>> (accessed: 30.05.2024).

² Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine. Resolution ES-11/5 adopted by the General Assembly on 14 November 2022. Див. також: Ch Giorgetti, M Kliuchkovsky, P Pearsall, J K Sharpe,

золюції, представник України С. Кислиця звернувся до досвіду репарацій після Другої світової війни та агресії Іраку проти Кувейту³.

Проект резолюції було представлено 57 державами⁴. Її було ухвалено 94 голосами проти 14 (Багами, Білорусь, ЦАР, Китай, Куба, КНДР, Еритрея, Ефіопія, Іран, Малі, Нікарагуа, РФ, Сирія), 73 держави утрималися (зокрема, Вірменія, Бразилія, Індія, Казахстан, Киргизстан, Нігерія, ПАР, Таджикистан, Узбекистан), не взяли участі у голосуванні 12 країн (Азербайджан, Туркменістан та ін.)⁵. Пізніше міністр закордонних справ Багамських Островів заявив, що їх голос проти резолюції зарахований помилково, а насправді представник його країни утримався від голосування⁶. Отже, резолюція ES-11/5 здобула суттєво меншу підтримку, ніж інші “українські” резолюції цієї ж надзвичайної спеціальної сесії, хоча й цілком достатню для її ухвалення.

Проект документа обговорювався у 35 виступах, які індивідуально і колективно представляли 85 держав-членів, а також двох спостерігачів. Представлені позиції⁷ можна умовно об’єднати в такі групи:

1. Всеохопну цивільну відповідальність РФ за спричинену шкоду й необхідність забезпечити виплату відповідних репарацій було проголошено у виступах від імені 45 держав: України, держав-членів і держав – кандидатів на вступ до ЄС, Великої Британії, США, Канади, Австралії, Нової Зеландії, Японії, а також Мексики та Гватемали. При цьому скандинавські й балтійські держави вимагали притягти до відповідальності також Білорусь як співучасницю російських злочинів, вони ж разом із Францією і Японією чітко заявили про необхідність притягнення до кримінальної відповідальності вищого керівництва РФ і виконавців воєнних злочинів. Представник Мексики заявив, що його держава підтримує резолюцію із застереженням – без питання про створення міжнародного механізму забезпечення репарацій за спричинену РФ шкоду.

2. У виступі від імені 14 держав – учасниць Карибського співтовариства підкреслювалася необхідність виведення військ РФ із території України й проведення переговорів сторін, проголошувалася відповідальність РФ за спричинену Україні шкоду, але вказувалося, що пропозиція щодо створення механізму відшкодування робиться з перевищенням повноважень ГА ООН, принципи створення механізму незрозумілі, відповідна юрисдикційна база відсутня, а також пропонувалося створити аналогічні механізми для репара-

³ ‘Historic UNGA Resolution Calls for Ukraine Reparations’ (Just Security. November 16, 2022) <<https://www.justsecurity.org/84146/historic-unga-resolution-calls-for-ukraine-reparations/>> (accessed: 30.05.2024).

⁴ United Nations General Assembly. Eleventh Emergency Special session. 15th plenary meeting. Official records. A/ES-11/PV.15. 14 November 2022.

⁵ Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine. Draft resolution A/ES-11/L.6. 7 November 2022.

⁶ United Nations General Assembly. Eleventh Emergency Special session. 15th plenary meeting. Official records. A/ES-11/PV.15. 14 November 2022.

⁷ C Dames, ‘UN record showing “no” vote from Bahamas on Russia reparations an “error”, Mitchell said’ (The Nassau Guardian. November 17, 2022) <https://www.thenassauguardian.com/home/un-record-showing-no-vote-from-bahamas-on-russia-reparations-an-error-mitchell-said/article_0a64879d-ad89-5d15-9b24-50c742d22b2a.html> (accessed: 30.05.2024).

⁸ United Nations General Assembly. Eleventh Emergency Special session. 15th plenary meeting. Official records. A/ES-11/PV.15. 14 November 2022.

цій державам за кліматичні зміни, історичні рабство і геноциди, незалежно від часу, що минув від цих подій.

3. У виступах від імені 6 держав Перської затоки було підтримано загальні принципи резолюції, але проголошувалося, що механізм відшкодування шкоди має створюватися за згоди ООН і перебувати під контролем цієї організації.

4. Загальні тези щодо необхідності встановлення миру між РФ та Україною переговорним шляхом містилися у виступі представника В'єтнаму.

5. У виступах представників РФ і 18 держав, які її підтримали (Еритрея, Ангола, Білорусь, Болівія, Камбоджа, Китай, Куба, КНДР, Екваторіальна Гвінея, Іран, Лаос, Нікарагуа, Сент-Вінсент і Гренадіни, Сирія, Венесуела, Зімбабве, Шрі-Ланка, ПАР), а також Держави Палестина проголошувалося нікчемність резолюції та цілий комплекс тез: а) перевищення повноважень ГА ООН, яка є політичним, а не судовим органом і не може формувати юридично значущі кваліфікації щодо агресії та відповідальності держав; б) невизначеність юридичних підстав механізму відповідальності та незаконність його можливого створення поза рамками ООН з волі групи держав; в) непорушність суверенного імунітету держав щодо їх власності – як звичаєвої норми міжнародного права – та неприпустимість “крадіжки активів” держави; г) необхідність уникати подвійних стандартів і сформулювати натомість єдиний підхід щодо відшкодування за всі історичні та сучасні випадки агресії, геноциду, колоніалізму, работоргівлі, зміни клімату та ін.; д) необхідність установа миру переговорним шляхом і неможливість вирішення питання щодо репарацій за відсутності поразки однієї із сторін; е) необхідність уникнення санкцій проти держав, від яких страждають інші держави; є) необхідність припинення підтримки сторін конфлікту третіми державами; ж) неясність характеру і причин конфлікту, маніпулювання інформацією про нього, неприпустимість ігнорування побоювань РФ щодо своєї безпеки, спричинених розширенням НАТО; з) відсутність консультацій з усіма державами-членами у процесі підготовки проекту резолюції; и) шкідливість резолюції, яка розділяє ГА ООН та заважає зусиллям зі встановлення миру.

У більшості виступів держав останньої умовної групи РФ узагалі не згадувалося, а конфлікт характеризувався як “українська криза” або “війна в Україні”. Реалістичність деяких із вказаних незгод продемонстрував виступ представника Куби, який вимагав від держав – колишніх метрополій компенсації для всіх колишніх колоній за 500 років колоніалізму. Представник Китаю також заявив, що: попередні ухвалені на цій надзвичайній сесії резолюції не містять підстав для відповідальності РФ і репарацій; резолюція спирається на “Статті щодо відповідальності держав за міжнародно-протиправні діяння” (посилань на цей документ насправді в резолюції немає, але вони були у виступах представників кількох держав), які не мають юридичного значення, “це лише результат дослідження Комісії міжнародного права, експертного органу”.

Можна до певної міри погодитися з висновком українських дослідників про те, що “величезна кількість держав, що утрималися під час голосування

цієї резолюції, була вмотивована, головним чином, історичними образами африканських, азійських та південно-американських країн⁸. Менш переконливою видається оцінка іншого автора щодо 'більшої чутливості питань прав людини для багатьох держав, на відміну від засудження агресії або анексії'⁹, адже у виступах представників багатьох держав "третього світу" панували антиколоніальний дискурс, незгода з нібито більшою увагою до європейського конфлікту порівняно з актами агресії в Африці, Азії, Латинській Америці тощо, вмiло посилені РФ за допомогою різних важелів.

⁸ І Тодоров, 'Російська інвазія в Україну та ООН', *Міжнародне співтовариство та Україна в сучасних глобальних цивілізаційних процесах: актуальні економічні, політико-правові, безпекові та соціально-гуманітарні аспекти*: матер. доп. міжнар. наук.-практ. конф. (Ужгород, 18–19 квітня 2023 р.) (М Палінчак, М Король, В Химинець заг. ред., Говерла 2023) 475; І Тодоров, Н Тодорова, 'ООН у протидії російській агресії в Україні' [2023] 1(30) *Геополітика України: історія і сучасність* 37.

⁹ О Тимчук, 'Реакція Генеральної Асамблеї ООН на російське вторгнення в Україну', *Актуальні проблеми та перспективи розвитку юридичної науки, освіти та технологій у XXI столітті в дослідженнях молодих учених*: зб. матер. доп. учасників всеукраїнської наук.-практ. конф. (Харків, 3 березня 2023 р.) (Харків 2023) 31.

НАЦІОНАЛЬНА БЕЗПЕКА І ОБОРОНА



Вікторія Резнікова

докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри економічного права
та економічного судочинства
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0149-0710>
Researcher ID: O-4799-2018
reznikova.vv78@gmail.com

Ніно Пацурія

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри економічного права
та економічного судочинства
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9974-3637>
Researcher ID: T-8391-2019
patsuriiiano@gmail.com



Анастасія Головачова

кандидатка юридичних наук,
асистентка кафедри економічного права
та економічного судочинства
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2324-1371>
Researcher ID: O-4307-2017
anastasiagolovacheva@gmail.com

УДК: 342.1:351.865:004.056

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КІБЕРБЕЗПЕКИ У СФЕРАХ КРИТИЧНОЇ ІНФОРМАЦІЙНОЇ ІНФРАСТРУКТУРИ ТА ЦИФРОВИХ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

АНОТАЦІЯ. На сьогодні можна констатувати, що забезпечення кібербезпеки у сфері критичної інформаційної інфраструктури і цифрових фінансових послуг є одним із ключових завдань законодавця, зважаючи на можливі катастрофічні наслідки кібератак як на державному рівні, так і у приватній сфері економіки. Тому простежується тенденція якісного оновлення норм права в царині захищеності об'єктів критичної інформаційної інфраструктури.

Незважаючи на цілком сформоване національне законодавство в царині захищеності об'єктів критичної інформаційної інфраструктури, питання забезпечення кібербезпеки об'єктів критичної інформаційної інфраструктури держави від кіберризиків залишається вельми актуальним.

Правовому регулюванню відносин у сфері захисту критичної інфраструктури та цифрових фінансових послуг від кіберзагроз присвячено недостатньо публікацій, які переважно аналізують окремі напрями забезпечення кібербезпеки. Наведене зумовлює проведення комплексного дослідження означеної проблематики, актуальність якої визначена специфікою сфер економіки, в яких реалізовані кіберризиків (кіберінциденти) призводять до руйнівних наслідків і фінансових втрат.

Метою дослідження є визначення критеріїв класифікації об'єктів критичної інформаційної інфраструктури, виявлення необхідних елементів у забезпеченні захисту критичної інформаційної інфраструктури та окреслення напрямів забезпечення надійності та безпеки цифрових послуг.

На основі аналізу сучасних тенденцій правового регулювання сфери забезпечення кібербезпеки критичної інформаційної інфраструктури і цифрових фінансових послуг сформульовано науково-теоретичний висновок, що об'єкти критичної інформаційної інфраструктури можуть бути класифіковані за критерієм сфери функціонування та предметним критерієм. Такий поділ, окрім загальних обрисів категорії “об'єкти критичної інформаційної інфраструктури”, сприятиме ґрунтовному розумінню досліджуваної проблематики у наступних наукових розробках, дасть змогу заглибитися в розуміння її сутності та виявити додаткові ознаки і чітко окреслити межі цієї категорії.

Крім того, визначено, що важливими елементами у забезпеченні захисту критичної інформаційної інфраструктури є професійне вдосконалення, кіберобізнаність суспільства та науково-технічне забезпечення кібербезпеки. Своєю чергою охарактеризовано напрями і шляхи забезпечення надійності та безпеки цифрових послуг упродовж усього їх життєвого циклу задля досягнення балансу між потребами суспільства, вітчизняного ринку, економіки держави та необхідними заходами з кібербезпеки.

Ключові слова: безпека; національна безпека; кібербезпека; система національної кібербезпеки; ризик; інформаційний ризик; кіберризик; кіберзагроза; обороноздатність; державна політика; співпраця України з ЄС і НАТО; безпекові стандарти; штучний інтелект; цифрові послуги; електронні фінансові послуги.

Натепер можна констатувати, що забезпечення кібербезпеки у сфері критичної інформаційної інфраструктури і цифрових фінансових послуг є одним із ключових завдань законодавця, зважаючи на можливі катастрофічні наслідки кібератак як на державному рівні, так і у приватній сфері економіки. Простежується тенденція якісного оновлення національного законодавства в царині захищеності об'єктів критичної інформаційної інфраструктури.

Серед основних нормативно-правових актів у сфері кіберзахисту об'єктів критичної інформаційної інфраструктури – такі постанови Кабінету Міністрів України: “Про затвердження Загальних вимог до кіберзахисту об'єктів критичної інфраструктури”¹ від 19 червня 2019 р.; “Деякі питання забезпечення функціонування системи виявлення вразливостей і реагування на кіберінциденти та кібератаки”² від 23 грудня 2020 р.; “Про затвердження

¹ Про затвердження Загальних вимог до кіберзахисту об'єктів критичної інфраструктури: постанова Кабінету Міністрів України від 19 червня 2019 р. № 519 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/518-2019-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 23.05.2024).

² Деякі питання забезпечення функціонування системи виявлення вразливостей і реагування на кіберінциденти та кібератаки: постанова Кабінету Міністрів України від 23 грудня 2020 р. № 1295 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1295-2020-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 23.05.2024).

Положення про організаційно-технічну модель кіберзахисту”³ від 29 грудня 2021 р.; “Деякі питання реагування суб’єктами забезпечення кібербезпеки на різні види подій у кіберпросторі”⁴ від 4 квітня 2023 р.; “Про затвердження Порядку пошуку та виявлення потенційної вразливості інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж”⁵ від 16 травня 2023 р. тощо.

Проте, незважаючи на цілком сформоване національне законодавство в царині захищеності об’єктів критичної інформаційної інфраструктури, питання забезпечення кібербезпеки об’єктів критичної інформаційної інфраструктури держави від кіберризиків залишається вельми актуальним. Так, протягом 2023 р. в Україні кількість кібератак зросла порівняно з 2022 р. на 15,9 % – до 2543 інцидентів. Реагування на комп’ютерні надзвичайні події CERT-UA було зафіксовано 347 кібератак на уряд і урядові організації, 276 – на місцеві органи влади, 175 – на організації у секторі безпеки та оборони, 127 – на комерційні організації. Ще 92 рази було атаковано енергетичний сектор, 81 – телеком, 38 – освітні установи, 32 – транспортну галузь, 30 – фінансовий сектор, 25 – ІТ-сектор, 15 – медіа, 12 разів – медичні установи. Лише за другу половину 2023 р. зафіксували та розслідували 1,46 тис кіберінцидентів⁶.

Проблематику забезпечення захисту критичної інформаційної інфраструктури та цифрових фінансових послуг від кіберзагроз досліджували такі науковці і практики: Ю. Даник, В. Ананьїн, О. Уваркіна, П. Воробієнко, А. Жарикова, О. Коваленко, В. Чернега, Н. Кравчук, О. Луцишин, Н. Кириєва, О. Залярний, В. Панченко, Г. Крюгер та ін.

Водночас правовому регулюванню відносин у сфері захисту критичної інфраструктури та цифрових фінансових послуг від кіберзагроз присвячено недостатньо публікацій, які аналізують переважно окремі напрями забезпечення кібербезпеки. Наведене зумовлює проведення комплексного дослідження означеної проблематики, актуальність якої визначена специфікою сфер економіки, в яких реалізовані кіберризики (кіберінциденти) призводять до руйнівних наслідків і фінансових втрат.

Метою дослідження є визначення критеріїв класифікації об’єктів критичної інформаційної інфраструктури, виявлення необхідних елементів у забезпеченні захисту критичної інформаційної інфраструктури та окреслення напрямів забезпечення надійності та безпеки цифрових послуг.

³ Про затвердження Положення про організаційно-технічну модель кіберзахисту: постанова Кабінету Міністрів України від 29 грудня 2021 р. № 1426 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1426-2021-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 23.05.2024).

⁴ Деякі питання реагування суб’єктами забезпечення кібербезпеки на різні види подій у кіберпросторі: постанова Кабінету Міністрів України від 4 квітня 2023 р. № 299 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/299-2023-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 23.05.2024).

⁵ Про затвердження Порядку пошуку та виявлення потенційної вразливості інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж: постанова Кабінету Міністрів України від 16 травня 2023 р. № 497 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/497-2023-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 23.05.2024).

⁶ А Жарикова, ‘Кількість кібератак у 2023 році зросла на 16 % – Держспецзв’язку’ (Українська правда, 31 січня 2024 р.) <<https://www.epravda.com.ua/news/2024/01/31/709355>> (дата звернення: 23.05.2024).

Дослідження фахівців доводять, що основними етапами формування системи захисту національної критичної інформаційної інфраструктури від кіберзагроз є: 1) визначення основних понять та їх нормативне закріплення; 2) визначення критеріїв віднесення об'єктів до критично важливих; 3) визначення переліку таких об'єктів; 4) оцінка ризиків безпеки (здійснюється або централізовано, або галузевими міністерствами відповідно до єдиної методики, розробленої науковими установами на замовлення державних органів); 5) планування заходів безпеки на основі результатів оцінювання ризиків із метою оптимізації витрат⁷.

Наведені теоретичні обґрунтування покладені в основу формування чинного законодавства України із досліджуваної проблематики. Відповідно до Закону України “Про основні засади забезпечення кібербезпеки України”⁸ від 5 жовтня 2016 р. об'єкт критичної інформаційної інфраструктури – це комунікаційна або технологічна система об'єкта критичної інфраструктури, кібератака на яку безпосередньо вплине на стале функціонування такого об'єкта критичної інфраструктури. При цьому згідно з Законом України “Про критичну інфраструктуру”⁹ від 16 листопада 2021 р. об'єктами критичної інфраструктури є об'єкти інфраструктури, системи, їх частини та їх сукупність, які є важливими для економіки, національної безпеки та оборони, порушення функціонування яких може завдати шкоди життєво важливим національним інтересам.

До основних об'єктів критичної інформаційної інфраструктури науковці відносять системи управління: уряду; оборони; охорони здоров'я; соціального захисту; інформатизації; кредитно-фінансової і банківської системи; науково-дослідного сектору; промисловості; енергетики, у тому числі атомної; нафтового виробництва; сільського господарства; громадського харчування; транспорту; водопостачання; комунального господарства; телекомунікації; цивільної оборони (*сфера функціонування*). Згідно з останніми дослідженнями до об'єктів критичної інформаційної інфраструктури України, які передусім потребують захисту, науковці відносять інформаційні системи та засоби спостереження, навігації, автоматизації управління технологічними процесами, інформаційно-телекомунікаційні системи, а також інформаційні ресурси та системи управління суб'єктів сектору безпеки і оборони України, національної транспортної системи, енергетичної системи, фінансової системи, оборонно-промислового комплексу, хімічного виробництва, медицини, цивільного захисту населення тощо (*предмет втілення*)¹⁰.

Отже, зазначене дає змогу сформулювати науково-теоретичний висновок, що об'єкти критичної інформаційної інфраструктури можуть бути кла-

⁷ В Панченко, ‘Зарубіжний досвід формування систем захисту критичної інфраструктури від кіберзагроз’ [2012] 3(10) Інформаційна безпека людини, суспільства, держави 96.

⁸ Про основні засади забезпечення кібербезпеки України: Закон України від 5 жовтня 2017 р. № 2163-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-19#Text>> (дата звернення: 23.05.2024).

⁹ Про критичну інфраструктуру: Закон України від 5 жовтня 2017 р. № 2163-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-19#Text>> (дата звернення: 23.05.2024).

¹⁰ В Ананьїн, О Уваркіна, ‘Політичні візії кіберосвіти’ [2023] 1(57) Вісник НТУУ “КПІ”. Політологія. Соціологія. Право: збірник наукових праць 35–39.

сифіковані за *критерієм сфери функціонування та предметним критерієм*. Такий поділ, окрім загальних обрисів категорії “об’єкти критичної інформаційної інфраструктури”, сприяє ґрунтовному розумінню досліджуваної проблематики в наступних наукових розробках, дає змогу заглибитися в розуміння її сутності та виявити додаткові ознаки і чітко окреслити межі цієї категорії.

Як окремі напрями убезпечення, що потребують належної уваги законодавця та органів державної виконавчої влади у сфері *захищеності критичної інформаційної інфраструктури*, науковці виділяють: безсистемність заходів кіберзахисту критичної інформаційної інфраструктури; недостатній розвиток організаційно-технічної інфраструктури забезпечення кібербезпеки та кіберзахисту критичної інформаційної інфраструктури та державних електронних інформаційних ресурсів; недостатня ефективність суб’єктів сектору безпеки і оборони України у протидії кіберзагрозам воєнного, кримінального, терористичного та іншого характеру; недостатній рівень координації, взаємодії та інформаційного обміну між суб’єктами забезпечення кібербезпеки тощо¹¹.

Приклади країн з розвинутою інформаційною інфраструктурою свідчать про значне збільшення залежності соціально-економічної стабільності, національної безпеки, інформаційної та кібербезпеки загалом від рівня захищеності інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних систем.

Пріоритетним завданням цього напрямку є розроблення і реалізація заходів щодо запобігання, усунення та нейтралізації загроз інтересам держави, суспільства та правам громадян у сфері інформаційної безпеки¹². Кіберзахист критичної інфраструктури має також полягати у: комплексному вдосконаленні правової основи кіберзахисту об’єктів критичної інфраструктури, визначенні критеріїв віднесення інформаційних (автоматизованих), телекомунікаційних, інформаційно-телекомунікаційних систем до критичної інформаційної інфраструктури; формуванні та забезпеченні функціонування державного реєстру об’єктів критичної інформаційної інфраструктури; регламентації вимог до кіберзахисту об’єктів критичної інфраструктури; створенні та забезпеченні функціонування власниками (розпорядниками) об’єктів критичної інфраструктури підрозділів кіберзахисту; встановленні кваліфікаційних вимог для окремих категорій працівників об’єктів критичної інфраструктури з урахуванням сучасних тенденцій кібербезпеки та актуальних кіберзагроз; впровадженні для таких працівників обов’язкової періодичної атестації на предмет відповідності зазначеним вимогам; налагодженні співробітництва між суб’єктами забезпечення кіберзахисту, критичної інфраструктури, розвитку державно-приватного партнерства у запобіганні кіберзагрозам, реагуванні на кібератаки та кіберінциденти, усуненні

¹¹ О Коваленко, ‘Концептуальні засади розвитку національної системи кібербезпеки України на сучасному етапі державного будівництва’ [2020] 6 Державне управління: удосконалення та розвиток. DOI: 10.32702/2307-2156-2020.6.102.

¹² Ананьїн, Уваркіна (н 10).

їх наслідків, зокрема в умовах кризових ситуацій, надзвичайного і воєнного стану, в особливий період; розробленні та запровадженні механізму обміну інформацією між державними органами, приватним сектором і громадянами стосовно загроз критичній інформаційній інфраструктурі¹³.

Важливими елементами у забезпеченні захисту критичної інформаційної інфраструктури є *професійне вдосконалення, кіберобізнаність суспільства та науково-технічне забезпечення кібербезпеки*.

Відповідно до цілі К. 2 розділу 5 (“Пріоритети забезпечення кібербезпеки України та стратегічні цілі”) Стратегії кібербезпеки України (далі – Стратегія)¹⁴ для набуття кіберстійкості необхідним є досягнення таких стратегічних цілей, як професійне вдосконалення, кіберобізнане суспільство та науково-технічне забезпечення кібербезпеки. Для досягнення заявленої цілі Україна ставить перед собою амбітну мету – провести докорінну реформу системи підготовки та підвищення кваліфікації фахівців у сфері кібербезпеки, а також здійснити заходи щодо збереження наявного кваліфікованого кадрового потенціалу суб’єктів кібербезпеки, стимулювання досліджень і розробок у сфері кібербезпеки з урахуванням появи нових кіберзагроз і викликів, створення національних інформаційних систем, платформ і продуктів. Вітчизняний науково-технічний потенціал першочергово залучатиметься до вирішення завдань забезпечення кібербезпеки держави. Цифрові навички, кіберобізнаність щодо сучасних кіберзагроз та протидії їм стануть невід’ємними елементами освіченості кожного громадянина України.

При цьому для досягнення цілі К. 2 Стратегією передбачено проведення наукових досліджень у сфері кібербезпеки, реформування системи підготовки та підвищення кваліфікації кадрів, а також розгортання навчальних програм, курсів, тренінгів з кібернавчання для всіх верств населення шляхом розроблення Загальнонаціональної програми кіберграмотності, спрямованої на підвищення рівня цифрової грамотності населення України, зокрема, шляхом включення питань стосовно цифрових навичок, кіберобізнаності щодо сучасних кіберзагроз та протидії їм до навчальних програм загальної середньої, професійної (професійно-технічної), фахової передвищої та вищої освіти.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 19 грудня 2023 р. “Про затвердження плану заходів на 2023–2024 роки з реалізації Стратегії кібербезпеки України”¹⁵ передбачено розроблення Загальнодержавної програми кіберграмотності, спрямованої на підвищення рівня цифрової грамотності населення у II кварталі 2024 р.

¹³ Ю Даник, П Воробієнко, В Чернега, *Основи кібербезпеки та кібероборони: підручник* (ОНАЗ ім. О. С. Попова 2019) 142–143.

¹⁴ Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 14 травня 2021 року “Про Стратегію кібербезпеки України”: Указ Президента України від 26 серпня 2021 р. № 447/2021 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/447/2021#Text>> (дата звернення: 23.03.2024).

¹⁵ Про затвердження плану заходів на 2023–2024 роки з реалізації Стратегії кібербезпеки України: розпорядження Кабінету Міністрів України від 19 грудня 2023 р. № 1163-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/497-2023-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 23.05.2024).

Отже, можемо погодитися з дослідниками, які наголошують, що в умовах радикальної зміни безпекової ситуації та трансформаційних процесів глобального і національного безпекового середовища актуалізація концепту політичних візій кіберосвіти постає достатньо затребуваною та належить до нагальних питань підготовки сучасного фахівця у сфері кібербезпеки. Політичний практис реалізації стратегічного курсу України на інтеграцію в євроатлантичний безпековий простір потребує оновлення нормативно-правових аспектів підготовки фахівців у сфері кібербезпеки та відкриває надзвичайно широкий горизонт для повноцінного наукового дискурсу. Когнітивні коди сучасності у кіберпросторі у своєму змісті мають бути спрямовані на гарантування кіберстійкості та кібербезпеки національної інформаційної інфраструктури з ознаками функцій ефективності, засвоюваності та адаптованості, що має забезпечити якісна кіберосвіта, використовуючи всі інструменти національної міці¹⁶.

Окрім зазначеного, особливу увагу необхідно зосередити на кібербезпеці цифрових послуг. Відтак ціль К. 3 розділу 5 Стратегії спрямована на забезпечення Україною досягнення балансу між потребами суспільства, вітчизняного ринку, економіки держави та необхідними заходами з кібербезпеки, а також надійність та безпеку цифрових послуг протягом усього їхнього життєвого циклу.

Для досягнення цієї цілі наша держава має спрямувати зусилля на забезпечення надійності та безпеки цифрових послуг шляхом: зміцнення довіри приватного сектору та громадян до цифрових послуг, які надаються державою, безумовного виконання вимог щодо забезпечення кібербезпеки та кіберзахисту під час їх надання та інформування громадськості про їх безпечність і надійність; впровадження цифрових послуг для населення та розвиток національної інформаційної інфраструктури; створення органів з оцінки відповідності надавачів електронних довірчих послуг вимогам для кваліфікованих надавачів кваліфікованих електронних довірчих послуг; підвищення ефективності системи захисту персональних даних громадян шляхом гармонізації законодавства України з відповідним законодавством ЄС і посилення відповідальності за порушення встановлених вимог тощо.

У час, коли даними та інформацією торгують як товарами, їх захист має важливе значення. Один із способів зробити це – запровадити управління інформаційною безпекою на основі стандартів інформаційної безпеки серії ISO/IEC 2700x¹⁷. Це міжнародне сімейство стандартів IT-безпеки та інформаційної безпеки в приватних, державних або некомерційних організаціях. На основі ISO 27001 може бути запроваджена система управління інформаційною безпекою (СУІБ), яку організації та органи державної влади можуть створювати, експлуатувати та сертифікувати для власного захисту. Індивідуальні стандарти інформаційної безпеки серії ISO 2700x стосуються різноманітних тем у сфері інформаційної безпеки. Наприклад, міжнародний

¹⁶ Ананьїн, Уваркіна (н 10).

¹⁷ Г Крюгер, 'Стандарти інформаційної безпеки – огляд' (DQS, 12.11.2022) <<https://www.dqsglobal.com/uk-ua/navchajtesya/blog/standarti-informacijnoyi-bezpeki-oglyad>> (дата звернення: 23.05.2024).

стандарт визначає ISO 27001 – система управління інформаційною безпекою (ISMS), ISO 27701 – система управління захистом даних, ISO 27017 містить рекомендації щодо заходів інформаційної безпеки для хмарних обчислень, а ISO 27005 – рекомендації щодо управління ризиками інформаційної безпеки. Компанії в усіх галузях можуть отримати вигоду від систематично структурованого підходу цих стандартів до інформаційної безпеки. Це дає змогу захистити конфіденційні дані від втрати та неправильного використання, а також допомагає надійно ідентифікувати та зменшити (потенційні) загрози. Такий підхід допомагає забезпечити доступність корпоративних ІТ-систем, сприяючи таким чином оптимізації бізнес-процесів, витрат на ІТ і процеси, а також мінімізації ризиків бізнесу та відповідальності.

Однією з основних новацій на ринку цифрових послуг є також фінансові послуги, які надаються з використанням інформаційно-комунікаційних систем, тобто електронні (цифрові) фінансові послуги.

Частка електронних фінансових послуг на ринку в умовах недосконало-го правового регулювання та недостатній рівень обізнаності клієнтів про особливості надання таких послуг призводять до частих випадків порушення прав споживачів таких послуг, що має негативний вплив на економіку держави в цілому. Це пов'язано з тим, що цей сектор господарювання є порівняно новим¹⁸.

Аналізуючи впровадження електронних фінансових послуг в Україні, спираємося на фінансові технології, які слід вважати сучасним зразком фінансових нововведень. Фінансові технології охоплюють цілий комплекс ІКТ, зокрема мобільні мережі, великі масиви даних, хмарні технології, штучний інтелект тощо, які в сукупності дають можливість сформувати великий діапазон операцій у сфері ринків фінансових послуг.

У загальному розумінні фінансові технології (FinTech) – це фінансові послуги, у процесі надання яких використовують сучасні ІКТ. Віртуалізація FinTech стимулювала появу нових інструментів для надання фінансових послуг, зростання популярності необанкінгу, криптовалют, мобільних програм тощо. Говорячи про стан розвитку ІКТ на українському фінансовому ринку, можна стверджувати, що натепер він перебуває на стадії активного впровадження FinTech. Саме тому сучасні споживачі кардинально змінюють своє ставлення до фінансових послуг. Передусім вони прагнуть легкості, дистанційності та безпеки в процесах управління власними фінансами, у результаті чого народжується майбутнє фінансового сектору як вітчизняного, так і світового, що нерозривно пов'язано із цифровими технологіями¹⁹.

Усебічне впровадження електронних фінансових послуг характеризується наявністю підвищеного ступеня ризиків як для клієнтів, так і для фінансових установ, передусім кіберризиків. До прикладу, порівняно недавня

¹⁸ Н Кирєєва, 'Господарсько-правове регулювання електронних фінансових послуг: європейський досвід' *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, 18 травня 2018 р.: у 2 т. Т. 2* (Гельветика 2018) 687.

¹⁹ Н Кравчук, О Луцишин, 'Глобальні фінанси і FinTech: виклики, тренди та системні детермінанти розвитку' [2022] 2 *Світ фінансів* 22–42.

(12 грудня 2023 р.) безпрецедентна глобальна кібератака на національного мобільного оператора “Київстар” фактично на добу унеможливила надання та споживання окремих видів електронних фінансових послуг. Отже, такі види ризиків потребують фінансового забезпечення, а процес такого забезпечення – належного нормативного врегулювання. Актуальність означеної проблеми зумовлена сучасним рівнем прояву негативних наслідків кіберзагроз у сфері ринків електронних фінансових послуг, недостатнім функціональним потенціалом традиційних засобів забезпечення господарського правопорядку у подоланні кіберризиків. Останніми роками в Україні, як і в більшості держав з розвинутою економікою, для вирішення таких проблем стали активно застосовувати кіберстрахування. Відсутність в Україні належного правового регулювання діяльності з кіберстрахування поряд з непоодинокими спробами страховиків запровадити на ринку страхових послуг пропозиції зі страхування кіберризиків в межах інших, часто несумісних видів страхування, також посилюють актуальність цієї проблематики²⁰.

Висновки. На основі аналізу сучасних тенденцій правового регулювання сфери забезпечення кібербезпеки критичної інформаційної інфраструктури та цифрових фінансових послуг сформулюємо науково-теоретичний висновок: об’єкти критичної інформаційної інфраструктури можуть бути класифіковані за *критерієм сфери функціонування та предметним критерієм*. Такий поділ, окрім загальних обрисів категорії “об’єкти критичної інформаційної інфраструктури”, сприятиме ґрунтовному розумінню досліджуваної проблематики в наступних наукових розробках, дасть змогу заглибитися в розуміння її сутності та виявити її додаткові ознаки й чітко окреслити межі.

Також визначено, що важливими елементами в забезпеченні захисту критичної інформаційної інфраструктури є професійне вдосконалення, кіберобізнаність суспільства та науково-технічне забезпечення кібербезпеки. Своєю чергою охарактеризовано напрями та шляхи забезпечення надійності та безпеки цифрових послуг протягом усього їх життєвого циклу задля досягнення балансу між потребами суспільства, вітчизняного ринку, економіки держави та необхідними заходами з кібербезпеки.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Danyk Yu, Vorobiienko P, Cherneha V, *Osnovy kiberbezpeky ta kiberoborony: pidruchnyk* (ONAZ im. O. S. Popova 2019).

Journal articles

2. Ananin V, Uvarkina O, ‘Politychni vizii kiberosvity’ [2023] 1(57) *Visnyk NTUU “KPI”. Politolohiia. Sotsiolohiia. Pravo* 35–39.

²⁰ Н Пацурія, О Заярний, ‘Кіберстрахування як засіб забезпечення господарського правопорядку в інформаційній сфері: поняття, механізм та умови реалізації’ [2021] 7 *Право України* 13–29.

3. Kovalenko O, 'Kontseptualni zasady rozvytku natsionalnoi systemy kiberbezpeky ukrainy na suchasnomu etapi derzhavnoho budivnytstva' [2020] 6 Derzhavne upravlinnia: udoskonalennia ta rozvytok DOI: 10.32702/2307-2156-2020.6.102.
4. Kravchuk N, Lutsyshyn O, 'Hlobalni finansy i FinTech: vyklyky, trendy ta systemni determinanty rozvytku' [2022] 2 (71) Svit finansiv 22–42.
5. Panchenko V, 'Zarubizhnyi dosvid formuvannia system zakhystu krytychnoi infrastruktury vid kiberzahroz [2012] 3(10) Informatsiina bezpeka liudyny, suspilstva, derzhavy 91–100.
6. Patsuriia N, Zaiarnyi O, 'Kiberstrakhuvannia yak zasib zabezpechennia hospodarskoho pravoporiadku v informatsiini sferi: poniattia, mekhanizm ta umovy realizatsii' [2021] 7 Pravo Ukrainy 13–29.

Conference papers

7. Kyreieva N, 'Hospodarsko-pravove rehuliuвання elektronnykh finansovykh posluh: yevropeyskyi dosvid' *Pravovi ta instytutsiini mekhanizmy zabezpechennia rozvytku Ukrainy v umovakh yevropeiskoi intehtsatsii: materialy Mizhnarodnoi naukovy-praktychnoi konferentsii (m. Odesa, 18 travnia 2018 r.)* (Helvetyka 2018) 686–689.

Newspapers

8. Zharykova A, 'Kilkist kiberatak u 2023 rotsi zrosla na 16 % – Derzhspetsviazku' (Ukrainska Pravda 2024) <<https://www.epravda.com.ua/news/2024/01/31/709355>> (accessed: 23.05.2024).

Websites

9. Kriuher H, 'Standarty informatsiinoi bezpeky – ohliad' (DQS, 12 lystopada 2022) <<https://www.dqsglobal.com/uk-ua/navchajtesya/blog/standarti-informacijnoyi-bezpeki-oglyad>> (accessed: 23.05.2024).

Viktoriia Rieznikova
Nino Patsuriia
Anastasiia Holovachova

CERTAIN ASPECTS OF LEGAL SUPPORT FOR CYBERSECURITY
IN THE AREAS OF CRITICAL INFORMATION INFRASTRUCTURE
AND DIGITAL FINANCIAL SERVICES

ABSTRACT. Today, it can be stated that ensuring cybersecurity in the field of critical information infrastructure and digital financial services is one of the key tasks of the legislator, given the possible catastrophic consequences of cyberattacks both at the state level and in the private sector of the economy. Therefore, there is a tendency to qualitatively update the legal norms in the field of critical information infrastructure security.

Despite the fully developed national legislation in the field of critical information infrastructure security, the issue of ensuring cybersecurity of the state's critical information infrastructure against cyber risks remains extremely relevant.

The legal regulation of relations in the field of protection of critical infrastructure and digital financial services from cyber threats is not sufficiently addressed in publications, which mainly analyse certain areas of cybersecurity. The above leads to a comprehensive study of this issue, the relevance of which is determined by the specifics of the economic sectors in which cyber risks (cyber incidents) lead to devastating consequences and financial losses.

The purpose of the study is to determine the criteria for classification of critical information infrastructure facilities, to identify the necessary elements in ensuring the protection of critical information infrastructure, and to outline the areas of ensuring the reliability and security of digital services.

Вікторія Резнікова, Ніно Пацурія, Анастасія Головачова

Based on the analysis of current trends in the legal regulation of cybersecurity of critical information infrastructure and digital financial services, the author formulated a scientific and theoretical conclusion that critical information infrastructure facilities can be classified according to the criterion of the area of functioning and the subject criterion. This division, in addition to the general outlines of this category, will provide a thorough understanding of the research issue in further scientific developments, delve deeper into the understanding of its essence and provide additional features and clearly defined boundaries of the category “critical information infrastructure objects”.

In addition, it was determined that professional development, cyber awareness of society and scientific and technical support for cybersecurity are important elements in ensuring the protection of critical information infrastructure. In turn, the author describes the directions and ways to ensure the reliability and security of digital services throughout their entire life cycle in order to achieve a balance between the needs of society, the domestic market, the economy of the State and the necessary cybersecurity measures.

KEYWORDS: security; national security; cybersecurity; national cybersecurity system; risk; information risk; cyber risk; cyber threat; defence capability; state policy; Ukraine’s cooperation with the EU and NATO; security standards; artificial intelligence; digital services; electronic financial services.



Володимир Погребняк

доктор юридичних наук,
суддя Касаційного господарського суду
у складі Верховного Суду
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7195-0845>
pogrebnyak@supreme.court.gov.ua

УДК 347+34.01(477)

“СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ” І “СУДОВА НОРМОТВОРЧІСТЬ”: ЛЕКСИКО-СЕМАНТИЧНИЙ АНАЛІЗ

Анотація. Створення міжнародних судових інституцій, зокрема Європейського суду з прав людини, з наділенням його рішень загальнообов'язковим характером щодо національних правових систем, удосконалення національними судами методологічного інструментарію дослідження та розв'язання судових справ, а також інституційні та процесуальні реформи судових систем країн світу зумовили певні зміни в якості здійснення правосуддя в умовах сьогодення. Як результат, характер дослідження обставин правової реальності, а також глибина аналізу нормативних положень судами у процесі вирішення окремих справ доволі часто сприяють формуванню за результатами розгляду справ положень, що за змістом і значенням не поступаються нормам права, створюваним органами законодавчої та виконавчої гілок влади. Такий стан речей усе більше спонукає до наукового розв'язання проблеми судової правотворчості та судової нормотворчості й надання обґрунтованої відповіді на питання юридичної можливості судів України створювати норми права. Лексико-семантичний аналіз зазначених лексичних конструкцій є першим кроком на шляху досягнення окресленої мети.

Мета статті полягає у визначенні шляхом лексико-семантичного аналізу відповідної термінології концептуальної можливості вживання лексичних конструкцій “судова правотворчість” і “судова нормотворчість” щодо діяльності суду в аспекті припущення, що її результати у формі сформованих і зафіксованих судом правових положень можуть набувати ознак регулятивних нормативно-правових приписів.

Автором визначаються методологічні особливості дослідження термінологічних конструкцій “судова правотворчість” і “судова нормотворчість”, аналізуються особливості сучасного вживання терміна “суд”. Здійснюється умовне групування наукових положень стосовно визначення сутності “правотворчості” і “нормотворчості” у межах дивергентного та конвергентного підходів з подальшим аналізом відповідних позицій вчених-правників. Аналізуються положення Закону України “Про правотворчу діяльність”, що набирає чинності, в аспекті формалізації категорії “правотворчість”. Науковий аналіз супроводжується зверненням автора до нормативно-правових положень вітчизняного законодавства, практики Європейського суду з прав людини, а також результатів наукових юридичних досліджень.

Установлюється, що змістова неусталеність на доктринальному рівні категорій “правотворчість” (“правотворення”) і “нормотворчість” (“нормотворення”), а також більш широка змістовно історична інтерпретація відповідних процесів загалом визначають концептуальну допустимість вживання на рівні юридичної науки усього діапазону понять-но-категоріальних конструкцій, зокрема “судова правотворчість”, “судове правотворення”, “судова нормотворчість” і “судове нормотворення”. Водночас з точки зору сьогоденної ситу-

Володимир Погребняк

ації, яка характеризується формалізацією положеннями законодавства категорії “правотворчість”, що також непрямо формалізує пов’язану з нею категорію “правотворення”, більш оптимальним для позначення відповідної діяльності суду вбачається вживання термінологічних конструкцій “судова нормотворчість” і “судове нормотворення”.

Ключові слова: судова правотворчість, судова нормотворчість, правотворення, нормотворення, судова практика.

Концептуальне питання можливості створення судом у процесі правозастосовної діяльності під час розгляду окремих приватноправових спорів нових правових положень, наділених ознаками нормативності, сьогодні практично не викликає сумнівів. Значний внесок в утвердження цього висновку здійснено еволюцією прецедентного права правових систем англо-американської правової сім’ї. Саме діяльність судів у межах правових систем, які згодом за спільністю витоків і принципів побудови були умовно об’єднані в англо-американську правову сім’ю, системно й безупинно утверджувала тезу про те, що правозастосовна діяльність не виключає можливості створення судами нових правових положень. При цьому утвердження цієї тези, розпочате з норманського завоювання Англії й упровадження нового підходу до регулювання суспільних відносин на захоплених територіях, укорінилося з упровадженням правовими системами відповідних держав принципу поділу влади.

Водночас у межах правових систем романо-германської правової сім’ї значення рішень судових інстанцій як джерела права до цього часу залишається неоднозначним, хоча при цьому не можна не відмітити тенденцію до все більшого визнання вченими-правниками і юристами-практиками важливості судових рішень, зокрема, у заповненні прогалин правового регулювання суспільних відносин, а також розв’язанні проблем, пов’язаних з внутрішнім колізійним упорядкуванням таких відносин. Своєю чергою глибина окремих висновків національних судів, у тому числі вищих судових інстанцій (зокрема верховних судів), а також їх обов’язковий характер для судів нижчих інстанцій змушують серйозно замислитись над питанням правотворчої та (або) нормотворчої діяльності суду.

Правова система України, характеризується сучасними вченими-правниками як така, що тяжіє до східноєвропейської правової традиції й перебуває у процесі повернення до сім’ї романо-германського права¹, також безпосередньо стикалася з цією проблемою. При цьому її актуалізації у вітчизняному ракурсі сприяють кілька обставин.

Передусім це визнання чинним процесуальним законодавством України практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) як джерела права, що надає його висновкам особливого значення в межах національної правової системи. Існування міжнародного судового органу, рішення якого є джерелом права для національних правопорядків держав – членів Ради Європи, що ратифікували Конвенцію про захист прав людини і основопо-

¹ С Погребняк та інші, *Порівняльне правознавство: підручник* (О Петришин ред, Право 2012) 59.

ложних свобод² 1950 р. (далі – Конвенція), саме по собі забезпечує основу для уніфікації національної судової практики щодо вирішення окремих категорій справ.

Поглиблення процесу імплементації правопорядком України міжнародних стандартів у сфері правосуддя, а також активний розвиток на міжнародному рівні юридичних концепцій і доктрин практичного характеру, як-то “правова визначеність”, “належне урядування” тощо, має наслідком формування ЄСПЛ у процесі розгляду окремих справ чітких і конкретних висновків, що безпосередньо впливають на національну практику правореалізації та правозастосування, виступаючи певним орієнтиром, а для національних судів – ще й стимулом для глибшого осмислення положень національного права та Конвенції з метою формування ефективного інструментарію розв’язання практичних ситуацій в умовах неточностей чи суперечностей регулювання суспільних відносин, у межах яких виник спір.

Другою обставиною, що актуалізує порушену проблему, є вплив висновків щодо застосування норм права, викладених у постановках Верховного Суду, на практику правозастосування судів нижчих інстанцій, а також на практику правореалізації учасників правовідносин. Адже висновок, сформульований Верховним Судом у процесі розгляду справи, яка може пов’язуватись із суперечливим або неточним правовим регулюванням відповідних відносин, по суті, здатен як уніфікувати практику нижчих судових інстанцій, так і вплинути на вибір моделі поведінки учасників правовідносин у процесі динаміки останніх або ж на формування таких моделей у процесі саморегулювання, наприклад, цивільних чи господарських відносин їх потенційними учасниками, оскільки за таких умов відповідні особи знатимуть заздалегідь, як буде вирішено їх спір судом у разі його виникнення.

При цьому, ураховуючи те, що відповідні висновки стосуються суперечностей або неточностей правового регулювання суспільних відносин, а також зважаючи на їх вплив на практику правореалізації та правозастосування, постає закономірне питання, чи наділяються вони у зв’язку з цим ознаками повноцінних правових положень на рівні з тими, які запроваджує законодавець у процесі правотворчості та (або) нормотворчості, або суди правових систем прецедентного права? З цього закономірно постає концептуальне питання, чи можна взагалі вживати терміни “правотворчість” і (або) “нормотворчість” щодо відповідної діяльності суду, якщо виходити з припущення, що вітчизняні суди все ж таки формують правові положення, що мають певні спільні ознаки з приписами, які набувають відображення в нормативно-правових, зокрема законодавчих або підзаконних, актах як джерелах права.

Питання створення судами правових положень, що мають окремі ознаки регулятивних приписів, або окремі його аспекти ставали предметом дослідження таких вчених-правників, як: Д. Бараненко, І. Бесага, С. Гусаров,

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (з протоколами) (Європейська конвенція з прав людини). 04.11.1950 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 16.03.2024).

Н. Дідик, Т. Дідич, Н. Железняк, А. Каленчук, О. Калістратов, Є. Курінний, М. Магрело, В. Новіков, М. Петришина, О. Петришин, З. Погорелова, П. Рабінович, В. Риндюк, І. Сердюк, Р. Стефанчук, М. Теплюк, Н. Філик, Н. Харченко, Т. Цувіна, Ю. Шпак, В. Яроцький, Д. Ясинок, В. Яцинюк та ін.

Мета статті полягає у визначенні шляхом лексико-семантичного аналізу відповідної термінології концептуальної можливості вживання лексичних конструкцій “судова правотворчість” і “судова нормотворчість” щодо діяльності суду в аспекті припущення, що її результати у формі сформованих і зафіксованих судом правових положень можуть набувати ознак регулятивних нормативно-правових приписів.

Це дослідження не має за мету встановлення сутності судової право- або нормотворчості. Його мета полягає в попередньому вирішенні концептуального питання щодо того, яка із зазначених лексичних конструкцій потенційно може позначати створення національними судами правових положень, що за своїм характером і впливом на суспільні відносини мають схожість з регулятивними положеннями чинних нормативно-правових актів України, а також положеннями прецедентного права, які формуються судами в межах правових систем англосаксонської правової сім’ї, практикою ЄСПЛ і Суду справедливості ЄС, виходячи з гіпотетичного припущення про можливість національних судів створювати відповідні положення. У зв’язку з цим його результати становитимуть базис для подальшого розв’язання проблеми природи “судової правотворчості” та (або) “нормотворчості”, якщо воно може мати місце.

Методологічні особливості дослідження категорій “судова правотворчість” і “судова нормотворчість”

Категоризація у праві як процес утворення й виокремлення категорій³, тобто найширших за обсягом узагальнень абстрактних фундаментальних понять юридичної науки, що постають як складовий елемент методу юриспруденції та цілісної теорії об’єкта державно-правової організації соціуму⁴, або, як його ще характеризують, – процес номінації та відбивання лексико-семантичних категорій шляхом конкретно-предметного⁵ осмислення правової реальності, є невід’ємною складовою правового буття. Адже саме категорії, як різновид логіко-мовних феноменів, становлять основу усього правового регулювання суспільних відносин і являють собою “будівельний матеріал” для формування юридичних конструкцій і встановлення зв’язків між ними в межах механізму правового впливу на поведінку людей.

³ В Старко, ‘Категоризація категоризації’ [2009] 9 Проблеми зіставної семантики 58.

⁴ І Митрофанов, ‘Категорії юридичної науки’ [2022] 11 Юридичний науковий електронний журнал 56 <http://www.lsej.org.ua/11_2022/8.pdf> (дата звернення: 16.03.2024).

⁵ Т Стасюк, ‘Категоризація як основа мовної репрезентації знання’ [2016] 272(260) Наукові праці Чорноморського державного університету імені Петра Могили комплексу “Києво-Могилянська академія”. Серія: Філологія. Мовознавство 92.

Саме за допомогою категоризації здійснюється як номінація юридичних явищ і процесів, так і визначення їх ролі та місця в масиві правових явищ і процесів конкретної правової системи.

У зв'язку з цим лексико-семантичний аналіз юридичної термінології є якщо не першим, то одним із перших інструментів юридичного пізнання правової реальності. При цьому необхідно відмітити, що хоча логіко-мовні феномени, різновидом яких є юридичні категорії, формуються під впливом закономірностей розвитку юридичних явищ і процесів правової реальності, збагачення юридичного понятійно-категоріального апарату може відбуватись у різних сферах юридичної діяльності, якими є правотворчість, правозастосування, а також сфера юридичної науки.

У світлі викладеного вбачається, що саме лексико-семантичний аналіз досліджуваних конструкцій здатен внести ясність у вітчизняний юридичний понятійно-категоріальний апарат і водночас стати передумовою для глибокого розкриття феномену, позначуваного досліджуваною термінологією.

Загалом слід констатувати, що термінологічні словосполучення “судова правотворчість”⁶ і “судова нормотворчість” є порівняно новими, й при цьому основною сферою їх вживання наразі є сфера юридичної науки, а точніше – переважно сфери науки теорії права, а також конституційного та адміністративного права. Проте, як зазначалось, діяльність Верховного Суду заклала умови для більш глибокого наукового осмислення відповідного юридичного феномену, у тому числі в галузевих контекстах, зокрема в аспекті впливу судової практики вирішення окремих категорій справ на упорядкування цивільних, а також господарських відносин. Важлива роль судових рішень саме для зазначених сфер суспільних відносин зумовлена переважно методом їх правового регулювання. Диспозитивний характер впливу на цивільні й значний масив господарських (здебільшого в частині їх регулювання положеннями цивільного законодавства України) відносин, що набуває втілення, зокрема, і у загальнодозвільному типі правового регулювання, створює можливість для учасників таких відносин урегулювати останні шляхом запровадження моделей, відмінних від тих, що набули відображення у нормативно-правових положеннях. Це підвищує ризики виникнення юридичних спорів, передача яких на розгляд суду пов'язується з аналізом ним обставин правової реальності й правових конструкцій, що можуть мати ознаки унікальних або непоширених.

Крім того, переважне використання дозволів при упорядкуванні відповідних суспільних відносин пов'язується з імовірністю неохоплення законодавцем абсолютно усіх аспектів конкретного виду відповідних суспільних зв'язків за допомогою запроваджуваних моделей поведінки. Як наслідок, відповідні аспекти стають потенційними причинами виникнення питань, що підлягають розв'язанню вже у процесі застосування нормативних положень безпосередньо судами під час вирішення відповідних спорів.

⁶ Н Філик, О Калістратов, ‘Особливості правотворення в діяльності судових органів’ [2012] 4(25) Юридичний вісник 40, 43; Д Ясинок, *Судова правотворчість та її межі в цивільному судочинстві України* (Алерта 2024).

Отже, хоча проблема судової правотворчості та (або) нормотворчості має загальною юридичний характер, значній її актуалізації сприяє порядок вирішення саме цивільних і господарських справ, а точніше – особливості правового регулювання цивільних та господарських відносин. У зв'язку з цим в умовах сьогодення важливим аспектом проблеми судової правотворчості та (або) нормотворчості є її здійснення саме під час розгляду цивільних і господарських справ, а також у аспекті її впливу на упорядкування матеріальних цивільних і господарських відносин. Ця обставина визначально не впливає на поточне дослідження, проте має ураховуватися у процесі подальшого поглиблення і спеціалізації розгляду порушеної проблеми у відповідних галузевих напрямках.

Водночас, повертаючись до лексико-семантичного розгляду аналізованих категоріально-термінологічних конструкцій, слід констатувати, що вони повністю переймають існуючу в сучасній юридичній літературі проблему визначення співвідношення між “правотворчістю”, “нормотворчістю” та пов'язаними з ними категоріями. При цьому цілком очевидно, що термін “судове” у межах відповідної понятійно-категоріальної конструкції позначає суб'єкта відповідної діяльності, яким виступає “суд”.

“Суд”: сучасні проблеми юридичного визначення

Однією з проблем національного нормативно-правового поля є відсутність визначення поняття “суд” у положеннях чинного законодавства України. Так, у Законі України “Про судоустрій і статус суддів” законодавець оперує термінами “судова влада” і “суд”, проте не розкриває їх змісту, лише зазначає, що, зокрема, судова влада в Україні відповідно до конституційних засад поділу влади здійснюється незалежними та безсторонніми судами, утвореними законом. При цьому судову владу реалізують судді⁷.

Водночас проблема поняття “суд” є набагато глибшою і, як зазначає М. Магрело, певною мірою виходить за рамки національного праворозуміння та є одним із ключових понять правозастосовної діяльності, зокрема міжнародних органів⁸.

Українська юридична наука окреслює кілька варіацій поняття “суд”. Найбільш поширеним є узагальнене його розуміння як органу, наділеного повноваженнями з реалізації однієї з гілок державної влади – судової⁹, або більш конкретно – органу, уповноваженого вирішувати справу й ухвалювати обов'язкове рішення з питань фактів і права¹⁰. Менш поширеним є розуміння суду як конкретної судової установи, судового засідання, а також суддів¹¹.

⁷ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>> (дата звернення: 16.03.2024).

⁸ М. Магрело, “Автономна концепція поняття ‘суд’ як основа інституту справедливого суду” [2013] 2(27) Вісник Академії адвокатури України 74.

⁹ І. Марочкін (ред), *Організація судових та правоохоронних органів: підручник* (Право 2013) 74.

¹⁰ Магрело (н 8) 74.

¹¹ Марочкін (н 9) 70.

Сьогодні поняття “суд” порівняно активно розкривається на рівні практики ЄСПЛ, переважно в контексті “права на справедливий суд”, визначеного ст. 6 Конвенції, а тому в межах автономного поняття “суд, встановлений законом”. Ця концепція має окреме важливе значення для розкриття інституційного аспекту проблеми “судової правотворчості” та (або) “судової нормотворчості”, проте значною мірою виходить за межі предмета цього наукового аналізу, у зв’язку з чим буде ретельніше розглянута нами в наступних працях.

Водночас у межах цього наукового пошуку слід констатувати відсутність уніфікованого визначення поняття “суд”, пропонованого ЄСПЛ. Окремі аспекти цього поняття набули відображення у різних судових рішеннях, пов’язаних з різними юридичними ситуаціями. Наприклад, ще у справі *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* (заява № 7238/75) ЄСПЛ аналізував правовий статус Апеляційної ради Ордену лікарів (*Appeals Council of the Ordre des médecins*) на предмет наявності у неї судових функцій через такі ознаки, як “установлення законом”, “незалежність”, “неупередженість”, а також здійснення діяльності у формі “публічних слухань” (п. 53 рішення)¹². В іншому випадку, наприклад у справі *Van de Hurk v. the Netherlands* (заява № 16034/90), ЄСПЛ визнав недостатньою таку ознаку, як “обов’язковість рішення” для визнання органу судом і водночас визначив як характеристику суду таку властивість його рішень, як “неможливість бути зміненим несудовим органом на шкоду одній зі сторін”¹³.

Ця доктрина сьогодні активно розвивається й при цьому її умовна уніфікація здійснюється на рівні юридичної науки. Одним із прикладів цього є дослідження Т. Цувіної, присвячене визначенню у цивільному процесуальному аспекті такої ознаки права на справедливий судовий розгляд, як “суд, встановлений законом”. За результатами дослідження вчена структурувала висновки ЄСПЛ щодо відповідного поняття, виокремивши, інституційну, процесуальну та компетенційну складові зазначеної ознаки¹⁴, а фактично поняття суду.

Водночас у контексті предмета актуального дослідження, а також подальших наукових пошуків, присвячених визначенню можливості суду створювати (творити) норми права, особливе значення мають висновки ЄСПЛ, викладені у справах *Oleksandr Volkov v. Ukraine* (заява № 21722/11) та *Golovin v. Ukraine* (заява № 47052/18). Зокрема, справа *Oleksandr Volkov v. Ukraine* привертає до себе увагу характером обставин, які сприяли виникненню спору (звільнення судді Верховного Суду України у зв’язку з “порушенням присяги”), а також особливостями умов, у яких реалізовувалася процедура звільнення, що загалом надає цій справі нетривіального характеру.

¹² *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*. App 7238/75 (ECtHR, 23 June 1981).

¹³ *Van de Hurk v. the Netherlands*. App 16034/90 (ECtHR, 19 April 1994).

¹⁴ Т. Цувіна, ‘Суд, встановлений законом’ як елемент права на справедливий судовий розгляд у цивільному судочинстві’ [2019] 2 Часопис Київського університету права 138–140.

У ключі досліджуваних нами проблем цікавим є висновок ЄСПЛ, сформований у процесі визначення прийнятності скарги в частині стверджувального порушення п. 1 ст. 6 Конвенції, згідно з яким:

немає перешкод для кваліфікації Судом відповідного національного органу, що перебуває за межами національної судової системи, в якості “суду”. Адміністративний або парламентський орган може бути визначений в якості “суду” за змістом при застосуванні статті 6 до спорів за участю державних службовців¹⁵.

При цьому, урахуваючи положення чинного на той час законодавства України, а також обставини справи, ЄСПЛ також дійшов такого висновку:

вирішуючи справу та виносячи обов’язкове до виконання рішення, Вища рада юстиції, комітет Верховної Ради України з питань правосуддя та пленарне засідання парламенту разом виконували функцію суду (див. рішення у справі *Savino and Others v. Italy*, п. 74). Своєю чергою Вищий адміністративний суд України, який у подальшому переглядав рішення про звільнення заявника, являв собою суд у класичному розумінні, тобто орган, який входить до національної судової системи¹⁶.

Залишаючи поза увагою характер оцінки відповідних обставин самим ЄСПЛ (критичний, схвалювальний чи просто стверджувальний), лише констатуємо, що такі висновки демонструють можливість існування ситуацій, коли суддівські за своєю сутністю функції виконуються органами інших гілок влади, зокрема законодавчої, що надає таким органам при здійсненні цих функцій у конкретній ситуації характеру суду в розумінні положень Конвенції. Це створює підґрунтя для попереднього припущення, що “поділ влад”, здійснений у межах, у тому числі правової системи України, не завжди є безкомпромісно і принципово чітким, а органи однієї гілки влади при цьому можуть в окремих передбачених законом випадках виконувати окремі функції, характерні для інших гілок влади.

Поглянути на цю проблему з іншого боку дає змогу справа *Golovin v. Ukraine*, що стосується оскарження заявником його звільнення у 2014 р. з посади судді Конституційного Суду України “за порушення присяги судді”, яке, як юридичний факт, перебуває у безпосередньому зв’язку з прийняттям Конституційним Судом України 30 вересня 2010 р. Рішення № 20-рп/2010 у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України¹⁷.

На національному рівні справа розглядалася у тому числі Великою Палатою Верховного Суду, яка висловила, зокрема, таку позицію щодо досліджених обставин:

¹⁵ Oleksandr Volkov v. Ukraine. App 21722/11 (ECtHR, 27 May 2013).

¹⁶ Oleksandr Volkov v. Ukraine (n 15).

¹⁷ Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року № 20-рп/2010 у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 року № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10#Text>> (дата звернення: 16.03.2024).

Конституційний Суд України Рішенням № 20-рп/2010, у прийнятті якого брав участь ОСОБА_11, не забезпечив верховенства Конституції України, фактично змінив її, порушивши засадничий конституційний принцип народовладдя, змінив конституційний лад України, порушивши конституційний принцип розподілу влад та легітимність діючих інститутів державної влади, внаслідок чого їх діяльність стала ґрунтуватися на нормах, змінених Конституційним Судом України, а не Верховною Радою України як уповноваженим на це органом¹⁸.

Поряд із цим, звертаючись до порядку формування складу Конституційного Суду України, визначеного ст. 148 Конституції України¹⁹, Велика Палата Верховного Суду, зокрема, зазначила, що він *‘вказує на політичний характер формування цього органу конституційної юрисдикції’*.

Крім того, Конституційний Суд України не розглядає конкретні юридичні справи у спорах між певними суб’єктами права, а може визнавати неконституційними нормативні акти (тобто діяти як негативний законодавець) та здійснювати обов’язкові для застосування тлумачення Основного Закону і за чинною на той час редакцією Конституції України тлумачення законів (тобто діяти як позитивний законодавець)²⁰.

Ці обставини, як зазначено Судом, суттєво відрізняють Конституційний Суд України від судів загальної юрисдикції, оскільки зазначене свідчить про те, що цей орган є більшою мірою політичним, ніж судовим²¹.

Порушена проблема стосовно правової природи Конституційного Суду України та його місця в інституційній системі держави в контексті принципу поділу влади, з одного боку, демонструє практичну цінність чіткої ідентифікації функціональної належності цієї інституції, з другого – окреслює глибину власне проблеми диференціації гілок влади та встановлення зв’язків між ними.

Наведені положення сприяють порушенню питання щодо того, чи може все ж таки “суд” виконувати функції, що не характерні судовій гілці влади, зокрема виступати “негативним” або “позитивним” законодавцем, тобто, по суті, скасовувати чи конкретизувати (або навіть установлювати) норми права відповідно і залишатися при цьому “судом” за своєю природою. Адже якщо в окремих випадках законодавчий орган може виконувати функції суду, то чому тоді суд не може виконувати в окремих випадках законодавчі функції? Питанням наступного рівня має стати можливість або неможливість називати “судом” орган державної влади, який у процесі вирішення спорів формує правові положення, що мають ознаки нормативно-правових, зокрема, чи є він “судом” під час формування таких положень або ж у такому разі він водночас виконує судові й законодавчі та (або) виконавчі функції.

¹⁸ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 14 березня 2018 р. у справі № 800/120/14 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/73195164>> (дата звернення: 16.03.2024).

¹⁹ Конституція України від 28 червня 1996 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 16.03.2024).

²⁰ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 14 березня 2018 р. у справі № 800/120/14 (н 18).

²¹ Там само.

Поставлені питання безпосередньо пов'язуються із закономірностями реалізації в межах правових систем принципу поділу влади.

При цьому необхідно зазначити, що один лише лексико-семантичний аналіз порушеної проблеми не здатен запропонувати її наукове розв'язання, оскільки він виступає своєрідною методологічною пропедевтикою – першим або навіть “нульовим” етапом на шляху її теоретичного вирішення за допомогою сутнісного аналізу відповідних категорій. Адже, як стало зрозумілим, застосування одного лише лексико-семантичного підходу може привести до твердження, згідно з яким Конституційний Суд України може бути суб'єктом “судової правотворчості” або “судової нормотворчості”, за умови здійснення ним “правотворчості” або “нормотворчості” відповідно, у силу того, що він є “судом”. Своєю чергою сутнісний аналіз може привести до висновку, що Конституційний Суд України не є “судом”, оскільки не виконує “судових” функцій, що спростує раніше сформований висновок.

Це ж зумовлює й ту обставину, що, здійснюючи лексико-семантичний аналіз порушеної проблеми, ми не можемо повністю ігнорувати увагою її сутнісні аспекти, у зв'язку з чим фактично здійснюємо такий аналіз зі зверненням до, певної міри, базових сутнісних аспектів феноменів “судової правотворчості” та “судової нормотворчості”, закладаючи у такий спосіб основу для подальшого більш глибокого розгляду їх природи і формування остаточних висновків.

Повертаючись до справи *Golovin v. Ukraine* (заява № 47052/18), слід констатувати, що окреслені вище питання не стали предметом широкого розгляду ЄСПЛ, який, однак, не проігнорував їх повністю. Аналізуючи висновки Великої Палати Верховного Суду, ЄСПЛ, зокрема, зазначив: *‘висловивши загальне твердження, що Конституційний Суд України є насамперед політичним органом, не прокоментував, як це конкретно стосувалося справи заявника, враховуючи, що його звільнили саме за порушення присяги судді’* (п. 25)²².

Також ЄСПЛ зазначив, зокрема, те, що

під час перегляду рішення про звільнення заявників з посад вимагало детальної відповіді питання, чи відповідає таке звільнення конституційним гарантіям незалежності суддів, у тому числі функціональному імунітету суддів Конституційного Суду України, яке обмежувало обсяг їхньої юридичної відповідальності за результати голосування як членів Конституційного Суду України (п. 34)²³.

У світлі викладеного слід констатувати, що застосування самих лише прийомів лінгвістичного аналізу дає змогу попередньо стверджувати про можливість охоплення терміном “судовий” як елементом термінологічних конструкцій “судова правотворчість” і “судова нормотворчість” загальних судів, Конституційного Суду України як єдиного органу конституційної юрисдикції, третейських судів, а також ЄСПЛ. Рішення Європейського суду з прав людини мають особливо важливе значення, оскільки, по-перше,

²² Golovin v. Ukraine App 47052/18 (ECtHR, 13 October 2023).

²³ Ibid.

мають прецедентний характер²⁴ для правової системи України, що означає поширення їх юрисдикції на юридичні спори, які виникають у тому числі з правовідносин, урегульованих вітчизняним законодавством, і водночас ставить питання нормативного характеру відповідних висновків, а по-друге, як зазначає С. Головатий, практика ЄСПЛ повинна виступати сферою для пошуку українськими суддями змісту принципу верховенства права, ураховуючи позитивістські традиції у вітчизняному юридичному середовищі²⁵.

Водночас остаточне розкриття змісту категорії “суд” як елементу понятійно-категоріальних конструкцій “судова правотворчість” і “судова нормотворчість” можливе лише за більш глибокого аналізу правової природи феномену суду, зокрема в аспекті “судових функцій”, і водночас у кореляції з феноменами правотворчості та (або) нормотворчості. При цьому визначати, чи наділені відповідні суб’єкти правотворчими або нормотворчими функціями, слід виходячи з їх повноважень, які підлягають аналізу на рівні окремого дослідження.

У межах же цього аналізу виходимо з найбільш поширеного в юридичній літературі і вітчизняних нормативно-правових актах розуміння суду як органу судової гілки влади, наділеного повноваженнями зі здійснення правосуддя й визначеного як такого Законом України “Про судоустрій і статус суддів”. У контексті нашого дослідження розглядаємо це положення як базове і водночас не виключаємо можливість здійснення “правотворчості” та (або) “нормотворчості” Конституційним Судом України, а також ЄСПЛ, що також можуть охоплюватися категорією “суд” у межах відповідної понятійно-категоріальної конструкції.

“Правотворчість” і “нормотворчість”

як елементи понятійно-категоріального апарату юридичної науки

Розгляд зазначених термінологічних конструкцій слід розпочати з доктринального аспекту в силу того, що аналізовані категорії були введені у правову сферу саме за допомогою науки права і лише згодом були формалізовані на рівні положень нормативно-правових актів. Водночас у цьому ключі необхідно відмітити декілька важливих для предмета нашого розгляду обставин.

У першу чергу слід констатувати, що в юридичній літературі активно вживається як термін “правотворчість”²⁶, так і термін “нормотворчість”²⁷, при цьому складно дати однозначну відповідь на питання, який з них є

²⁴ Погребняк (н 1) 56; В Кройтор, ‘Прецедентний характер рішень Європейського суду з прав людини в сучасному цивільному процесуальному праві’ [2023] 4 Юридичний науковий електронний журнал 197 <http://www.lsej.org.ua/4_2023/46.pdf> (дата звернення: 16.03.2024).

²⁵ С Головатий, *Верховенство права: у 3 книгах. Книга третя: Верховенство права: український досвід* (Фенікс 2006) 1653.

²⁶ Див.: Філік, Калістратов (н 6) 40; М Козюбра (ред), *Загальна теорія права: підручник* (Ваіте 2015) 111; В Риндюк, ‘Правотворчість як вид юридичної діяльності: праксеологічний аспект’ [2019] 4 Вісник НТУУ “КПІ”. Політологія. Соціологія. Право 139.

²⁷ Див.: М Петришина, ‘Напрямок удосконалення нормотворчості в органах місцевого самоврядування в Україні’ [2012] 2(2) Європейські перспективи 71; З Погорелова, ‘Принципи нормотворчої діяльності органів державної влади’ [2021] 7 Наукові записки НаУКМА: Юридичні науки 52; В Риндюк, *Нор-*

більш вживаним. Проте важливо відмітити, що в перших навчальних працях з теорії права та держави, опублікованих в Україні після здобуття незалежності, прикладом чого є посібник авторства П. Рабіновича, вживався термін “правотворчість”²⁸.

Другою важливою обставиною у контексті предмета нашого розгляду є парна синонімічність термінів “правотворчість” і “правотворення”, з одного боку, а також “нормотворчість” і “нормотворення” – з другого. У багатьох дослідженнях як перша пара термінів²⁹, так і друга вживаються як синоніми³⁰. Натрапити на змістове розмежування термінів в обох парах у сучасних наукових дослідженнях можна дуже рідко, проте такі випадки також є³¹.

Третьою обставиною є порівняно активне вживання досліджуваних термінів, а також пов’язаних з ними лексичних конструкцій у практиці вітчизняних судів, у тому числі Верховного Суду, що надає порушеній проблемі також практичного характеру.

Як приклади відповідних конструкцій можна навести такі: “суб’єкт правотворчості” (п. 8.21 постанови Великої Палати Верховного Суду від 03 серпня 2022 р. у справі № 910/9627/20)³²; “орган правотворчості” (п. 56 постанови Великої Палати Верховного Суду від 03 листопада 2021 р. у справі № 9901/378/20)³³; “правотворчі юридичні акти” (п. 69 постанови Великої Палати Верховного Суду від 19 жовтня 2023 р. у справі № 9901/97/21)³⁴; “акти правотворчості” (п. 33 постанови Великої Палати Верховного Суду від 26 жовтня 2021 р. у справі № 766/20797/18)³⁵; “суб’єкт нормотворення” (п. 39 постанови Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 18 липня 2019 р. у справі № 826/2426/16)³⁶; “нормотворчий орган” (п. 52 постанови Судової палати з розгляду справ щодо захисту соціальних прав Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 24 жовтня 2023 р. у справі № 826/15864/17)³⁷; “нормотворча діяльність” (абз. 76 розділу VI “Оцінка висновків судів, рішення яких переглядаються, та аргументів учасників справи” постанови Касаційного адміністративного суду у

мотворча діяльність: навчально-методичний посібник для самостійного вивчення дисципліни (КНЕУ 2009) 22.

²⁸ П. Рабінович, *Основи загальної теорії права та держави: посібник для студентів спеціальності “Правознавство”* (вид. 2-е, 1994) 85.

²⁹ Філик, Калістратов (н 6) 40.

³⁰ Д. Бараненко, ‘Поняття та сутність нормотворчої діяльності центральних органів виконавчої влади’ [2020] 6 *Юридичний вісник* 70; В. Яцинюк, ‘Архетиповий конфлікт нормотворення органів публічного управління’ [2021] 1(26) *Публічне урядування* 285.

³¹ Див.: Козюбра (н 26) 111.

³² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 03 серпня 2022 р. у справі № 910/9627/20 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/105852859>> (дата звернення: 16.03.2024).

³³ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 03 листопада року 2021 р. у справі № 9901/378/20 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/101424482>> (дата звернення: 16.03.2024).

³⁴ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 19 жовтня 2023 р. у справі № 9901/97/21 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/114685584>> (дата звернення: 16.03.2024).

³⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 26 жовтня 2021 р. у справі № 766/20797/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/101829988>> (дата звернення: 16.03.2024).

³⁶ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 18 липня 2019 р. у справі № 826/2426/16 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/83104634>> (дата звернення: 16.03.2024).

³⁷ Постанова Судової палати з розгляду справ щодо захисту соціальних прав Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 24 жовтня 2023 р. у справі № 826/15864/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/114524085>> (дата звернення: 16.03.2024).

складі Верховного Суду від 26 вересня 2023 р. у справі № 460/238/22³⁸; п. 72 постанови Великої Палати Верховного Суду від 22 лютого 2024 р. у справі № 990/64/23³⁹).

При цьому важливо відмітити, що, як свідчать зазначені справи, хоча судові спори стосовно правотворчості і нормотворчості переважно пов'язуються з діяльністю органів державної влади, вживання відповідної термінології на рівні судових рішень Верховного Суду не обмежується виключно адміністративними справами й характерне у тому числі для цивільних і господарських справ, що підкреслює міжгалузеву універсальність відповідних категорій.

Четвертою важливою обставиною виступає категорія “правоутворення”, введення якої у понятійно-категоріальний апарат права було здійснено для позначення виникнення і буття права у цілому⁴⁰. Фактично це найбільш широка категорія для позначення становлення права, яка охоплює усі інші явища та процеси, меншого за змістом обсягу.

Окреслені обставини мають пререквізитний характер для вирішення проблеми визначення співвідношення між аналізованими категоріями.

Наступна стадія пізнання предмета нашого розгляду стосується безпосередньо варіацій наукового осмислення відповідного співвідношення на рівні юридичних досліджень.

Існуючі наукові погляди до визначення співвідношення між категоріями “правотворчість” (“правотворення”) і “нормотворчість” (“нормотворення”) можна умовно згрупувати в межах двох основних підходів, зокрема: дивергентного, в основі якого лежить положення про розмежування відповідних категорій, а також конвергентного, який об'єднує погляди про спільність і навіть тотожність “правотворчості” і “нормотворчості”.

При цьому важливо відмітити, що наразі в юридичній літературі склалося практично уніфіковане розуміння етимології зазначених термінів, відповідно до якого “правотворчість” є аббревіацією від слів “творити” або “творчість” та “право”, що у прямій презентації втілюється у словосполученні “творити право”, а “нормотворчість” – від слів “творити” або “творчість” і “норма”, що може бути репрезентовано словосполученням “творити норму”⁴¹. Певною мірою це виступає платформенною основою для представників усіх поглядів на співвідношення аналізованих категорій.

³⁸ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 26 вересня 2023 р. у справі № 460/238/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/113738774>> (дата звернення: 16.03.2024).

³⁹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22 лютого 2024 р. у справі № 990/64/23 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/117555173>> (дата звернення: 16.03.2024).

⁴⁰ Ю Лепех, ‘Питання про співвідношення понять “правотворчість” та “нормотворчість”’ [2016] 855 Вісник Національного університету “Львівська політехніка”. Серія: Юридичні науки 229.

⁴¹ І Сердюк, ‘Термінологічна невизначеність категорій, що відображає діяльність уповноважених суб’єктів права зі створення, зміни чи скасування правових норм’, *Актуальні проблеми державотворення, правотворення та правозастосування* (Дніпро 2017) 108; Ю Шпак, ‘Методологічні підходи до визначення поняття нормотворчості органів місцевого самоврядування’ [2013] 1 Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ 147–148.

А. Дивергентний підхід

У межах дивергентного підходу сформувався два погляди на співвідношення аналізованих категорій, кожен з яких будується на визначенні кореляції правотворчості та нормотворчості як загального і часткового й окреслює протилежні у цьому ключі бачення.

Варто розпочати розгляд з підходу, за яким правотворчість розглядається як більш широке поняття щодо нормотворчості. При цьому вбачається, що в межах цієї гілки дивергентного підходу також можна диференціювати “розширене” і “звужене” обґрунтування розмежування. Перше ґрунтується на широкому розумінні права в цілому, що й сприяло нашій номінації такого підходу як “розширеного”.

Відповідне бачення співвідношення між зазначеними категоріями пропонує, зокрема, Ю. Шпак. На переконання вченого, результатом нормотворчості як процесу “творення норм” виступають лише ті форми права, які містять нормативні приписи, тобто нормативно-правові акти, правові прецеденти, нормативні договори тощо. Своєю чергою такі джерела права, як правова доктрина та принципи права не містять правових норм, а тому не є результатом нормотворчості, з чого випливає співвідношення нормотворчості та правотворчості як частини і цілого⁴². Таке розширене розуміння права, безумовно, може мати місце, проте вважаємо, що воно зачіпає ще одну глибоку проблему, якою є інструментальна складова права, що вносить ще більшу невизначеність у розв’язання аналізованої проблеми. Тобто розгляд права у відриві від регулювання суспільних відносин, яке забезпечується переважно за допомогою норм права, а тому й у відриві від нормотворчості як процесу “творення норми” є доволі дискусійним. Більше того, для позначення процесу формування права у найбільш широкому розумінні у юридичній понятійно-категоріальній апарат було введено, як ми зазначали, категорію “правоутворення”.

Більш вузький погляд у межах цієї гілки дивергентного підходу є більш традиційним і також характеризує нормотворчість як різновид правотворчості⁴³ або елемент його структури⁴⁴, однак при цьому і правотворчість розглядається чіткіше.

Як зазначає, зокрема, А. Каленчук, правотворчість є більш широким поняттям щодо нормотворчості й, крім неї, також включає ‘формування права у результаті багаторазового повторення суспільних відносин’⁴⁵. Однак у такому підході також “закрадається” дискусійний момент, визначений розумінням автором “нормотворчості” в межах конкретно зазначеної наукової позиції. Нормотворчість розглядається як ‘процес видання відповідними органами правових приписів’⁴⁶. Проте “приписи”, як відомо, не тотожні “нор-

⁴² Шпак (н 41) 148.

⁴³ Магрело (н 8) 229.

⁴⁴ А Баран, ‘Нормотворення і правотворення: співвідношення понять та теоретичне обґрунтування’ [2021] 4(32) Вісник Національного університету ‘Львівська політехніка’. Серія: Юридичні науки 180.

⁴⁵ А Каленчук, ‘Нормотворчість як сфера можливого завдання державою цивільно-правової шкоди’ [2015] 13(2) Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція 50.

⁴⁶ Каленчук (н 45) 50.

мам права”, а “видання приписів”, яке слід розглядати в контексті процесу їх фіксації, приводить до зближення нормотворчості та правотворчості.

Другою гілкою дивергентного підходу, як зазначалось, є розуміння нормотворчості як більш широкого поняття щодо правотворчості.

Зокрема, на думку І. Сердюка, метою правотворчості є створення юридичних норм, тоді як метою нормотворчості – створення як правових, так і інших соціальних норм⁴⁷. Тобто в межах такого бачення нормотворчість у цілому не зводиться виключно до формування юридичних норм, проте також охоплює так звану технічну й соціальну нормотворчість⁴⁸.

Загалом, убачається, що проблема дивергентного підходу полягає у спробі розмежування форми та змісту. Адже з якої б точки зору не розглядати право, завжди доходимо до його інструментальної складової, тобто до розуміння права як інструменту впорядкування суспільних відносин. У зв’язку з цим “творення права” є нічим іншим, як створенням (становленням, розробкою, формуванням) інструменту правового впливу. Оскільки основним втіленням усталеної або бажаної (рекомендованої) моделі поведінки осіб як учасників відносин є норма права, то саме вона і являє собою основний стрижневий елемент права й відображає його аспекти та інструментальну сутність. Тому спроба повного розмежування “творення права” і “творення норми” завжди пов’язуватиметься з логічною помилкою, оскільки перше приводить до другого, а друге завжди є основним елементом першого.

Саме тому в сучасних теоретичних дослідженнях набув поширення підхід, який ми назвали конвергентним, в основі якого лежить схожість правотворчості і нормотворчості.

Б. Конвергентний підхід

Зовнішніми текстуальними і вербальними ознаками конвергентного підходу виступає парне використання досліджуваних категорій, як, наприклад, нормотворчість (правотворчість)⁴⁹, ототожнення нормотворчого і правотворчого процесів за текстом дослідження⁵⁰ чи змістом нормативно-правового акта тощо.

Своєю чергою із сутнісної точки зору в його основі сьогодні – питання співвідношення змісту, яким виступає норма права, а також правової форми як способу його фіксації. Це певною мірою поглиблений і водночас звужений порівняно з вихідним, початковим підходом до конвергентного визначення правотворчості та нормотворчості, оскільки значно конкретизує останній.

Відмінність полягає в тому, що у вітчизняних юридичних наукових дже-релах початку 1990-х років правотворчість розглядалася як процес установ-

⁴⁷ Сердюк (н 41) 110.

⁴⁸ В Новіков, ‘Щодо розмежування понять “нормотворчість” і “правотворчість”’ [2021] 2 Академічні візії 37.

⁴⁹ Риндюк (н 27) 22; М Цвік, О Петришин (ред), *Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів* (Право 2009) 176.

⁵⁰ Яцинюк (н 30) 285.

лення, зміни чи скасування юридичних норм⁵¹. Лише згодом було більш чітко на категоріальному рівні розмежовано нормотворчість як процес “творення норм” і правотворчість як процес “творення права”. Однак, ураховуючи те, що втілення у праві усталених або бажаних (рекомендованих) моделей поведінки здійснюється за допомогою правових форм фіксації, умовне розмежування “правотворчості”, результатом якої є створення правових норм⁵², здійснено з акцентом на формах такого створення та їх фіксації. Щодо цього доволі чіткою є позиція Д. Бараненка, згідно з якою діяльність щодо створення норми є діяльністю зі створення і системи права, і системи законодавства, що визначає можливість її визнання і правотворенням, і нормотворенням⁵³.

Але проблема полягає в тому, що згодом на рівні наукового осмислення важлива роль у процесі правотворчості була визнана за формою фіксації норми. Адже, як зазначає М. Теплюк, жодне правило не набуває характеру правової норми, доки воно не санкціоноване у формі закону, рішення суду з набуттям ним значення прецеденту або на рівні звичаю⁵⁴. З цього випливає, що процес нормотворчості завершується не просто створенням, а й фіксацією норми. Умовно його можна охарактеризувати як рух від змісту до форми (оформлення).

З іншого боку, розробка нормативно-правового акта має за мету встановлення норм права, тож відповідний процес є рухом від форми до змісту. Проте в обох випадках результатом стає поєднання змісту (норми) і форми (способу її фіксації).

На тлі окресленого “кінцевого ототожнення” правотворчість почали поступово ототожнювати з нормотворчістю з акцентом на формі, внаслідок чого нормотворчість стали визначати, зокрема, як ‘діяльність зі встановлення, зміни чи скасування загальнообов’язкових правил поведінки шляхом розробки і прийняття нормативних актів’⁵⁵ (рух від змісту до форми) або, навпаки, – як ‘вироблення державним апаратом нормативно-правових актів, що містять систему юридичних норм’⁵⁶ (рух від форми до змісту).

У зв’язку з цим натеper у юридичній літературі набув поширення підхід, за яким зміст поняття нормотворчості розкривається через процес прийняття нормативно-правових актів⁵⁷ або їх створення⁵⁸. Вважаємо, що таке

⁵¹ Рабінович (н 28) 85.

⁵² Лепех (н 40) 229.

⁵³ Бараненко (н 30) 70.

⁵⁴ М Теплюк, ‘Правотворчість як діяльність, пов’язана з правом’ [2013] 12 Бюлетень Міністерства юстиції України 95.

⁵⁵ З Погорелова, ‘Нормотворча діяльність Президента України як правова форма реалізації нормотворчих повноважень’ [2022] 73(1) Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО 29.

⁵⁶ Теплюк (н 54) 95.

⁵⁷ Н Дідик, І Бесага, ‘Особливості нормотворчого провадження у публічній сфері’ [2018] 2 Соціально-правові студії 27; І Петрова, ‘Нормотворчий процес і стадії нормотворчості в діяльності Державної фіскальної служби України’ [2017] 865 Вісник Національного університету ‘Львівська політехніка’. Серія: Юридичні науки 313; Є Чернякович, ‘Поняття й завдання нормотворчої діяльності Міністерства внутрішніх справ України’ [2021] 1 Підприємництво, господарство і право 160.

⁵⁸ Н Железняк, ‘Нормотворча діяльність як форма реалізації державної політики: теоретичні та практичні проблеми’ [2004] 26 Наукові записки НаУКМА: Юридичні науки 31.

невиправдане звуження форми фіксації результатів нормотворчості і правотворчості закладає основну проблему в розумінні природи відповідних процесів.

Повертаючись до, як ми зазначили, вихідного, початкового конвергентного розуміння правотворчості й нормотворчості, слід звернутись до праць П. Рабіновича як одного з першопрохідців розроблення порушеної проблеми. Згідно з баченням вченого правотворчістю є діяльність компетентних державних органів, уповноважених державою громадських об'єднань, трудових колективів або (у передбачених законом випадках) усього народу чи його територіальних спільностей з установа, зміни чи скасування юридичних норм⁵⁹.

У рамках такого бачення, по-перше, правотворчість (“творення права”) фактично ототожнюється з нормотворчістю (“творенням норми”); по-друге, визначається широке коло суб'єктів правотворчості (категорія “державні органи” охоплює усі три гілки в межах концепції поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову, що створює більш широку базу для наукового пошуку); по-третє, форми фіксації результатів правотворчості не обмежуються “нормативно-правовими актами”, визначення яких на рівні положень законодавства може звужувати коло суб'єктів відповідного процесу (за умови введення суб'єктної ознаки у визначення таких актів).

Більше того, слід зазначити, що багато сучасних дослідників у сфері права також стоять саме на такій позиції. Зокрема, С. Гусаров, пов'язуючи зміст і форму, визначає правотворчість у тому числі як діяльність, яка полягає у створенні нових або ж зміни чи скасуванні існуючих правових норм і водночас пов'язує її здійснення з виданням правотворчим органом нормативних актів⁶⁰. Своєю чергою І. Сердюк визначає правотворчість, зокрема, як діяльність, спрямовану на виявлення потреб та інтересів суспільства, закономірностей його розвитку з їх переведенням на мову принципів і норм, які набувають зовнішнього вираження й закріплення в нормативно-правовому акті або іншому джерелі об'єктивного права⁶¹. Вживання словосполучення “інше джерело об'єктивного права” залишає відкритим обґрунтування можливості здійснення “правотворчості” в окресленому розумінні у тому числі судом.

Деякі вчені, наприклад Є. Курінний, взагалі не обмежують розуміння правотворчості формою її фіксації, зазначаючи, що вона полягає в організаційно-оформленій діяльності уповноважених суб'єктів і передбачає ухвалення, зміну чи скасування правових норм, яка здійснюється відповідно до суспільних потреб у нормативно-правовому регулюванні⁶².

⁵⁹ Рабінович (н 28) 85.

⁶⁰ С. Гусаров, ‘Поняття та сутність правотворчості в Україні’ [2015] 2 Правова система: теорія і практика 58.

⁶¹ І. Сердюк, ‘Методологічний аналіз інтерпретацій поняття “правотворчість”’ [2017] 2 Науковий вісник ДДУВС 76.

⁶² Є. Курінний, ‘Правові потреби та процеси правоутворення і правореалізації в Україні’, *Актуальні проблеми державотворення, правотворення та правозастосування* (Дніпро 2017) 46.

Обмеження ж нормотворчості (правотворчості) такою формою фіксації його результатів, як “нормативно-правовий акт”, який при цьому ніби детермінує природу відповідного процесу і дає змогу відмежувати “нормотворчість” (“правотворчість”) від “ненормотворчості” (“неправотворчості”), є нічим іншим, як детермінацією формою змісту. Ще одним важливим аспектом окресленого обмеження й порушеної проблеми загалом є те, що сьогодні суб’єктом видання (формування, складання) “нормативно-правового акта” розглядаються переважно органи законодавчої та виконавчої⁶³, проте не судової влади. У зв’язку з цим визначити на рівні правової доктрини в контексті лексико-семантичного аналізу можливості судової влади формувати такі акти можна лише шляхом розкриття їх правової природи, яка, власне, і здатна подолати обмеженість розгляду в якості суб’єктів правотворчості (нормотворчості) органи законодавчої і виконавчої влади.

Водночас навіть при поверхневому погляді очевидним є те, що за окресленого підходу сама прив’язка до суб’єкта правотворчості у формі “державного органу” повністю позитивує відповідний процес і при цьому виводить за його межі, зокрема, процес установлення норм у ході формування звичаю. Адже складатиметься ситуація, за якою, виходячи від народу, а не від органів законодавчої або виконавчої влади, відповідні норми не можуть вважатися правовими.

Поряд із цим актуальність проблеми визначення змісту правотворчості й нормотворчості, а тому й співвідношення між відповідними категоріями, визначається нещодавнім її частковим перенесенням у поле термінології законодавчих актів.

*“Правотворчість” і “нормотворчість”
як елементи понятійно-категоріального апарату
нормативно-правових актів*

До недавнього часу категорії “правотворчість” (“правотворення”) і “нормотворчість” (“нормотворення”) залишались переважно науковими, оскільки відповідна термінологія практично не вживалась у текстах нормативно-правових актів законодавчої чи виконавчої влади.

Лише у Положенні про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731, використовувалося термінологічне словосполучення “суб’єкти нормотворення”⁶⁴.

Поряд із цим 24 серпня 2023 р. Верховної Радою України було прийнято Закон “Про правотворчу діяльність”⁶⁵ (далі – Закон) (що перебуває у про-

⁶³ Р Стефанчук, ‘Про засади правового регулювання правотворчої діяльності в Україні’ [2021] 12 Право України 12; Риндюк (н 26) 139–140.

⁶⁴ Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади: постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/731-92-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 16.03.2024).

⁶⁵ Про правотворчу діяльність: Закон України від 24 серпня 2023 р. № 3354-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3354-20#Text>> (дата звернення: 16.03.2024).

цесі набрання чинності), на рівні якого була здійснена формалізація поняття “правотворчість”. Законом чітко визначено, що його дія не поширюється на правові акти, які не містять норм права, зокрема на рішення і висновки Конституційного Суду України (п. 1 ч. 4 ст. 1), а також судові рішення (п. 2 ч. 4 ст. 1). З цього випливає, що Закон ідентифікує відповідні акти скоріше як такі, що не можуть містити норми права взагалі, аніж як такі, що можуть їх містити, проте він не поширює свою дію на них, якщо такі акти норм права не містять.

Ще одним важливим висновком, який випливає з цього положення, є те, що “нормативно-правовий акт” у розумінні Закону є саме правовим актом, який містить норми, що окремо підтверджується положеннями, відображеними у ст. 8 Закону.

Визначення правотворчості, що закріплене у ч. 1 ст. 2 Закону, повністю формалізувало окреслений нами раніше підхід, за яким визначальним елементом правотворчої діяльності є форма фіксації норм права, якою є нормативно-правовий акт. Правотворча діяльність визначена цим положенням як така, що здійснюється з метою: 1) планування розроблення та прийняття (видання) нормативно-правових актів; 2) розроблення проєктів нормативно-правових актів; 3) прийняття (видання) нормативно-правових актів; 4) ведення обліку нормативно-правових актів; 5) здійснення правового моніторингу⁶⁶.

Вагоме значення має й закріплення у положеннях Закону визначень норми права та власне нормативно-правового акта.

Частиною 1 ст. 8 Закону норма права визначена як загальнообов’язкове формально визначене правило поведінки, що регулює суспільні відносини, яке охороняється й забезпечується державою.

Своєю чергою нормативно-правовий акт визначено як офіційний документ, прийнятий (виданий) суб’єктом правотворчої діяльності в установленому Конституцією України та (або) законом порядку в письмовій формі, який містить норму (норми) права і розрахований на неодноразову реалізацію (ч. 2 ст. 8 Закону)⁶⁷.

Отже, здійснена на рівні положень Закону формалізація поняття “правотворчість” майже повністю виключає можливість використання понятійно-категоріальної конструкції “судова правотворчість” (“судове правотворення”) на рівні нормативно-правових актів і обмежує можливість його використання на рівні юридичної науки у зв’язку з загрозою поглиблення понятійно-категоріальної невизначеності й неоднозначності.

Окреслене водночас закладає нормативно-правову нейтральність щодо понятійно-категоріальної конструкції “судова нормотворчість” (“судове нормотворення”) і не перешкоджає можливості її наукового обстоювання.

Важливою обставиною, яка повинна враховуватись за подальшого наукового розв’язування порушеної проблеми, є те, що нормотворчість у цілому, як процес творення норми, не пов’язується виключно з “чистим” створен-

⁶⁶ Про правотворчу діяльність (н 65).

⁶⁷ Там само.

ням нової норми, тобто створенням правила поведінки у всій його повноті й завершеності. Нормотворчістю також є доповнення⁶⁸, зміна чи скасування правових норм⁶⁹, що створює умови для розмежування різних видів нормотворчості, наприклад, правилостановлювальної, правилодоповнювальної, правилозмінювальної та правилоприпинювальної. Це створює підґрунтя для більш широкого й системного аналізу можливості існування “судової нормотворчості” (“судового нормотворення”).

Важливо при цьому розуміти, що, як зазначає Л. Заморська, норма права як доктринальна конструкція загалом не має ідеального характеру. Однак при цьому статті закону, тобто приписи, можуть не збігатися з трьохелементною будовою норми права. Більше того, самі норми можуть складатися з двох елементів і не мати гіпотези або ж санкції і навіть з одного елементу (що характерно для конституційного права)⁷⁰. Тому обсяг результату процесу створення навіть нової норми може бути різним залежно як від характеру відносин, які така норма регулює, так і конкретних обставин.

Це дає підстави висловити припущення щодо існування різних за телеологічною спрямованістю, а тому наслідками (результатами) “нормотворчостей”.

Висновки і перспективи подальших досліджень

Проведений науковий аналіз дає підстави сформулювати кілька висновків.

1. Термінологічне словосполучення “судова правотворчість” (“судове правотворення”) в сучасних умовах є доволі дискусійним, а тому й вразливим як у доктринальному, так і в нормативно-правовому аспектах.

З точки зору юридичної науки воно стикається з необхідністю розкриття у тому числі через ознаку “нормативно-правового акта” як результату правотворчості. У межах спеціалізованого дослідження цього аспекту проблеми відбулося звуження поняття такого акта і його розгляд через суб’єкта видання (формування), в якості якого розглядається орган законодавчої або виконавчої влади. У зв’язку з цим використання зазначеної термінологічної конструкції потребує більш розширеного погляду на питання природи нормативно-правового акта і суб’єкта, наділеного правовими можливостями його видавати. По суті, це визначає необхідність проведення ревізії таких категорій, як “нормативно-правовий акт”, “правотворчий процес”, “стадії правотворчого процесу”.

З точки зору нормативно-правових положень термінологічне словосполучення “судова правотворчість” є доволі дискусійною лексичною конструкцією, оскільки положення Закону України “Про правотворчу діяльність” майже однозначно не визнають суд суб’єктом правотворчої діяльності, а судові рішення – її результатом і актом, який містить норми права, тобто

⁶⁸ Бараненко (н 30) 70.

⁶⁹ Там само; Гусаров (н 60) 58; Курінний (н 62) 46; Погорелова (н 55) 29; Рабінович (н 28) 85.

⁷⁰ Л. Заморська, ‘Категорія ‘структура норми права’ як основа його нормативності’ [2010] 50 Держава і право 20–24.

нормативно-правовим актом. При цьому це стосується як загальних судів, так і Конституційного Суду України.

2. Термінологічне словосполучення “судова нормотворчість” (“судове нормотворення”) лише певною мірою позбавлене впливу окреслених вище факторів.

З доктринальної точки зору воно також пов’язується з проблемою фіксації норми права в нормативно-правовому акті. Хоча загалом це питання має вторинний і навіть похідний характер, не кажучи вже про те, що доволі значна частина вченої спільноти не розглядає фіксацію норми права в нормативно-правовому акті як ознаку нормотворчості. Більше того, етимологічний аспект “нормотворчості” ставить акцент саме на творенні норми. Питанню форми її фіксації відводиться другорядне значення, а сама вона не зводиться виключно до нормативно-правового акта, виданого органом законодавчої або виконавчої влади.

Більше того, в аспекті формалізації поняття “правотворчість” саме змістова або принаймні термінологічна дивергенція “нормотворчості” дає змогу вивести цю категорію з-під впливу підходу, за яким правотворчість і нормотворчість унаслідок синонімізації розглядаються суто крізь призму поєднання змісту (норми) і форми (способу фіксації) зі зведенням останньої до нормативно-правового акта в найбільш усталеному розумінні як акта законодавчої або виконавчої, проте не судової влади. Інакше кажучи, це дає підстави розглядати поняття нормотворчості автономізовано від формалізованого поняття правотворчості.

Положення чинних нормативно-правових актів при цьому не перешкоджають зазначеній вище можливості, зокрема у зв’язку з відсутністю формалізації терміна “нормотворчість” і його неототожненням з правотворчістю.

Отже, у сучасних умовах у понятійно-категоріальному ключі питання створення судами правових положень, що можуть мати силу норм права, певною мірою перебуває “у заручниках” еволюції категорій “правотворчість” (“правотворення”) і “нормотворчість” (“нормотворення”), яка привела до поступової зміни розуміння їх змісту від позначення процесу створення норм права в аспекті можливої варіації його форм до процесу створення нормативно-правових актів, які містять норми права (“правотворчість” (“правотворення”)) або створення норм права з їх фіксацією у положеннях нормативно-правових актів (“нормотворчість” (“нормотворення”)). Така категоріальна прив’язка норм права до форми їх існування з одночасним визнанням можливості видавати нормативно-правові акти лише органами законодавчої і виконавчої влади повністю закриває або значно мінімізує можливість використання відповідної термінології для позначення процесу створення судом відповідних положень. Адже за таких умов рішення суду, у тексті якого набуватиме закріплення відповідне положення, можна вважати формою фіксації норми права, лише якщо таке рішення має ознаки нормативно-правового акта. При цьому наслідком такого “визначального” зв’язку може виступати, зокрема, і примат форми над змістом,

якщо норма права, отримуючи закріплення в акті, який не має значення нормативно-правового акта, не може вважатися “нормою права”.

З іншого боку, постає питання щодо того, що надає правовому акту значення “нормативно-правового”. Адже якщо цією обставиною виступає закріплення його текстом норм права, то у такому випадку виходить, що сам факт закріплення у судовому рішенні норми права або зміна чи доповнення існуючої норми права рішенням суду надає такому рішенню значення нормативно-правового акта.

Це питання переводить нас до проблем нормативності у праві, а також співвідношення форми і змісту в аспекті конструкції “нормативно-правовий акт”, що повинно стати предметом окремого дослідження. При цьому розв’язання цієї проблеми, своєю чергою, виступатиме ключем до визначення рівня обґрунтованості розуміння правотворчості у тій формі, у якій воно пропонується Законом України “Про правотворчу діяльність”.

Водночас, резюмуючи проведений аналіз, слід визнати, що змістова неусталеність на доктринальному рівні категорій “правотворчість” (“правотворення”) і “нормотворчість” (“нормотворення”), а також ширша змістова історична інтерпретація відповідних процесів як таких, що пов’язані з формуванням норм права безвідносно до конкретних форм фіксації останніх, у цілому визначають допустимість вживання на рівні юридичної науки усього діапазону лексичних конструкцій, зокрема, “судова правотворчість”, “судове правотворення”, “судова нормотворчість” і “судове нормотворення” за умови створення судом у процесі своєї діяльності норм права.

З точки зору сьогоденної ситуації формалізації категорії “правотворчість”, що також непрямо формалізує пов’язану з нею категорію “правотворення”, більш оптимальним для позначення відповідної діяльності суду вбачається вживання термінологічних конструкцій “судова нормотворчість” і “судове нормотворення”. Такий підхід виводитиме ці категорії з-під визначеної Законом стадійності “правотворчості”, що не властива порядку ухвалення судових рішень, а також з-під розуміння “нормативно-правового акта” як форми фіксації норм права, що загалом упорядковуватиме відповідний понятійно-категоріальний апарат.

Важливим аргументом на користь такого підходу є етимологічна і лексична сторони конструкцій “судова нормотворчість” і “судове нормотворення”, які передбачають формування (творення) судом саме норм (за умови, що вони дійсно формуються у процесі діяльності суду). При цьому юридична формалізація власне діяльності суду зі здійснення правосуддя, а також правова природа процесуальної форми, що забезпечує формування відповідних правових положень, сприятиме синергії категорій “судовий” і “нормотворчість” (“нормотворення”) в межах єдиної логічної понятійно-категоріальної конструкції у розуміння “творення судом правових норм”, адже, навіть якщо припустити, що суд формує інші норми (моральні, етичні, естетичні, політичні тощо), можливість чого є вкрай дискусійною, вони набуватимуть правового характеру внаслідок юридичної формалізації процесу здійснення правосуддя і способу фіксації результатів такого процесу.

Загалом слід констатувати, що лексико-семантичний аналіз, як ми і зазначили на початку дослідження, є лише одним з перших інструментів, які можуть бути застосовані у процесі аналізу юридичних категорій. Складність чи нерозкритість останніх, їх необґрунтоване або недоведене звуження або розширення чи закладення в них “логічного дефекту” у процесі категоризації на рівні юридичної доктрини, практики і навіть нормотворення обмежують ефективність відповідного гносеологічного інструментарію.

Водночас відповідь на питання здійснення вітчизняними судами нормотворчості (нормотворення) як процесу створення нових чи вдосконалення існуючих норм є неможливим без розгляду природи діяльності суду в першу чергу в контексті нормативності результатів такої діяльності, а також в аспекті інструментального значення норм права як засобів регулювання суспільних відносин. Адже феномен норми права має чітко визначений телеологічний характер, оскільки норма права спрямовується передусім на упорядкування (врегулювання) суспільних відносин. Звідси впливає неможливість її розгляду відокремлено від правового регулювання у цілому і його феноменології.

Власне це і визначає вектор наукового пошуку з визначення існування судової нормотворчості (судового нормотворення) і його правої природи.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Holovaty S, *Verkhovenstvo prava: u 3 knykhakh. Knyha tretia: Verkhovenstvo prava: ukrainskyi dosvid* (Feniks 2006).
2. Rabinovych P, *Osnovy zahalnoi teorii prava ta derzhavy: posibnyk dlia studentiv spetsialnosti ‘Pravoznavstvo’* (vyd. 2-e, 1994).
3. Ryndiuk V, *Normotvorcha diialnist: navchalno-metodychni posibnyk dlia samostiinoho vyvchennia dystsypliny* (KNEU 2009).
4. Yasynok D, *Sudova pravotvorchist ta yii mezhi v tsyvilnomu sudochynstvi Ukrainy* (Alerta 2024).

Edited and translated books

5. Koziubra M (ed), *Zahalna teoriia prava: pidruchnyk* (Vaite 2015).
6. Marochkin I (ed), *Orhanizatsiia sudovykh ta pravookhoronnykh orhaniv: pidruchnyk* (Pravo 2013).
7. Pohrebniak S ta inshi, *Porivnialne pravoznavstvo: pidruchnyk* (O Petryshyn ed, Pravo 2012).
8. Tsvik M, Petryshyn O (ed), *Zahalna teoriia derzhavy i prava: pidruchnyk dlia studentiv yurydychnykh vyshchykh navchalnykh zakladiv* (Pravo 2009).

Journal articles

9. Baran A, ‘Normotvorennia i pravotvorennia: spivvidnoshennia poniat ta teoretychne obgruntuvannia’ [2021] 4(32) *Visnyk Natsionalnoho universytetu “Lvivska politekhnika”*. Seriia: Yurydychni nauky 175–182.
10. Baranenko D, ‘Poniattia ta sutnist normotvorchoi diialnosti tsentralnykh orhaniv vykonavchoi vlady’ [2020] 6 *Yurydychni visnyk* 68–75.
11. Cherniakovych Ye, ‘Poniattia y zavdannia normotvorchoi diialnosti Ministerstva vnutrishnykh sprav Ukrainy’ [2021] 1 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 158–162.

12. Didyk N, Besaha I, 'Osoblyvosti normotvorchoho provadzhennia u publichnii sferi' [2018] 2 Sotsialno-pravovi studii 25–31.
13. Filyk N, Kalistratov O, 'Osoblyvosti pravotvorennia v diialnosti sudovykh orhaniv' [2012] 4(25) Yurydychni visnyk 40–44.
14. Husarov S, 'Poniattia ta sutnist pravotvorchosti v Ukraini' [2015] 2 Pravova systema: teoriia i praktyka 55–59.
15. Kalenchuk A, 'Normotvorchist yak sfera mozhlyvoho zavdannia derzhavoiu tsyvilno-pravovoi shkody' [2015] 13(2) Naukovyi visnyi Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. Serii: Yurysprudentsiia 50–52.
16. Kroitor V, 'Pretsidentnyi kharakter rishen Yevropeiskoho sudu z prav liudyny v suchasnomu tsyvilnomu protsesualnomu pravi' [2023] 4 Yurydychni naukovyi elektronnyi zhurnal 192–198 <http://www.lsej.org.ua/4_2023/46.pdf> (accessed: 16.03.2024).
17. Lepekh Yu, 'Pytannia pro spivvidnoshennia poniat "pravotvorchist" ta "normotvorchist" [2015] 855 Visnyk Natsionalnoho universytetu "Lvivska politekhnika". Serii: Yurydychni nauky 225–231.
18. Mahrelo M, 'Avtonomna kontsepsiia poniattia 'sud' yak osnova instytutu spravedlyvoho sudu' [2013] 2(27) Visnyk Akademii advokatury Ukrainy 70–77.
19. Mytrofanov I, 'Katehorii yurydychnoi nauky' [2022] 11 Yurydychni naukovyi elektronnyi zhurnal 53–56 <http://www.lsej.org.ua/11_2022/8.pdf> (accessed: 16.03.2024).
20. Novikov V, 'Shchodo rozmezhuвання poniat 'normotvorchist' i 'pravotvorchist' [2021] 2 Akademichni vizii 36–40.
21. Petrova I, 'Normotvorchy protses i stadii normotvorchosti v diialnosti Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy' [2017] 865 Visnyk Natsionalnoho universytetu "Lvivska politekhnika" Serii: Yurydychni nauky 308–315.
22. Petryshyna M, 'Napriam udoskonalennia normotvorchosti v orhanakh mistsevoho samovriaduvannia v Ukraini' [2012] 2(2) Yevropeiski perspektyvy 71–76.
23. Pohorielova Z, 'Normotvorcha diialnist Prezydenta Ukrainy yak pravova forma realizatsii normotvorchykh povnovazhen' [2022] 73(1) Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu. Serii: Pravo 24–30.
24. Pohorielova Z, 'Pryntsypy normotvorchoi diialnosti orhaniv derzhavnoi vlady' [2021] 7 Naukovi zapysky NaUKMA: Yurydychni nauky 52–60.
25. Ryndiuk V, 'Pravotvorchist yak vyd yurydychnoi diialnosti: prakseolohichni aspekt' [2019] 4 Visnyk NTUU "KPI". Politolohiia. Sotsiolohiia. Pravo 137–142.
26. Serdiuk I, 'Metodolohichni analiz interpretatsii poniattia "pravotvorchist" [2017] 2 Naukovyi visnyi DDUVS 69–78.
27. Shpak Yu, 'Metodolohichni pidkhody do vyznachennia poniattia normotvorchosti orhaniv mistsevoho samovriaduvannia' [2013] 1 Naukovyi visnyk Lvivskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav 145–152.
28. Starko V, 'Katehoryzatsiia katehoryzatsii' [2009] 9 Problemy zistavnoi semantyky 57–61.
29. Stasiuk T, 'Katehoryzatsiia yak osnova movnoi reprezentatsii znannia' [2016] 272(260) Naukovi pratsi Chornomorskoho derzhavnoho universytetu imeni Petra Mohyly kompleksu "Kyievo-Mohylianska akademiia". Serii: Filolohiia. Movoznavstvo 91–94.
30. Stefanchuk R, 'Pro zasady pravovoho rehuliuвання pravotvorchoi diialnosti v Ukraini' [2021] 12 Pravo Ukrainy 11–22.
31. Tepluk M, 'Pravotvorchist yak diialnist, poviazana z pravom' [2013] 12 Biuletyn Ministerstva yustyttsii Ukrainy 90–97.
32. Tsuvina T, 'Sud, vstanovlenyi zakonom' yak element prava na spravedlyvyi sudovy rozghliad u tsyvilnomu sudochynstvi' [2019] 2 Chasopys Kyivskoho universytetu prava 137–141.
33. Yatsyniuk V, 'Arkhetypovi konflikt normotvorennia orhaniv publichnogo upravlinnia' [2021] 1(26) Publichne uriaduvannia 280–292.
34. Zamorska L, 'Katehoriia "struktura normy prava" yak osnova yoho normatyvnosti' [2010] 50 Derzhava i pravo 19–25.
35. Zhelezniak N, 'Normotvorcha diialnist yak forma realizatsii derzhavnoi polityky: teoretychni ta praktychni problemy' [2004] 26 Naukovi zapysky NaUKMA: Yurydychni nauky 29–37.

Conference papers

36. Kurinnyi Ye, ‘Pravovi potreby ta protsesy pravotvorennia i pravorealizatsii v Ukraini’, *Aktualni problemy derzhavotvorennia, pravotvorennia ta pravozastosuvannia* (Dnipro 2017).
37. Serdiuk I, ‘Terminolohichna nevyznachenist katehorii, shcho vidobrazhaie diialnist upovnovazhenykh subiektiv prava zi stvorennia, zminy chy skasuvannia pravovykh norm’, *Aktualni problemy derzhavotvorennia, pravotvorennia ta pravozastosuvannia* (Dnipro 2017).

Volodymyr Pohrebniak

“JUDICIAL LAWMAKING” AND “JUDICIAL RULEMAKING”:
LEXICAL AND SEMANTIC ANALYSIS

ABSTRACT. The establishment of international judicial institutions, in particular the European Court of Human Rights, with its judgments binding on national legal systems, the improvement by national courts of methodological tools for researching and resolving court cases, as well as institutional and procedural reforms of judicial systems of the countries of the world have led to a significant improvement in the quality of justice in the current environment. As a result, the nature of the study of the circumstances of legal reality, as well as the depth of analysis of regulatory provisions by courts in the course of resolving individual cases, often contribute to the formation of provisions based on the results of the consideration of cases that are not inferior in content and significance to the rules of law created by the legislative and executive branches of government. This state of affairs is increasingly pushing for a scientific solution to the problem of “judicial lawmaking” and “judicial rulemaking” and providing a reasonable answer to the question of the legal ability of Ukrainian courts to create rules of law. The lexical and semantic analysis of these lexical constructions is the first step towards achieving the goal.

The purpose of the article is to determine, by conducting a lexical-semantic analysis of the relevant terminology, the conceptual possibility of using the lexical constructions “judicial law creation” and “judicial rule creation” in relation to the activity of the court in the aspect of the assumption that its results in the form of legal provisions formed and recorded by the court may acquire the characteristics of regulatory normative-legal prescriptions.

The author defines the methodological features of the study of the terminological constructions “judicial lawmaking” and “judicial rulemaking” and the features of the modern use of the term “court”. The author makes a conditional grouping of scientific provisions on the definition of the essence of “lawmaking” and “rulemaking” within the framework of divergent and convergent approaches with further analysis of the respective positions of legal scholars. The author analyzes the provisions of the Law of Ukraine “On Lawmaking”, which is coming into force, in terms of formalizing the category of “lawmaking”. The scientific analysis is accompanied by the author’s reference to the regulatory provisions of national legislation, the case law of the European Court of Human Rights, and the results of scientific legal research.

The author establishes that the substantive instability at the doctrinal level of the categories “lawmaking” (law creation) and “rulemaking” (rule creation), as well as a broader substantive and historical interpretation of the relevant processes in general, determine the conceptual admissibility of the use of the entire range of conceptual and categorical constructs at the level of legal science, in particular, “judicial lawmaking”, “judicial law creation”, “judicial rulemaking” and “judicial rule creation”. Moreover, from the point of view of the current situation, which is characterized by formalization of the category of “lawmaking” by the provisions of legislation, which also indirectly formalizes the related category of “law creation”, it seems more optimal to use the terminological constructs “judicial law creation” and “judicial rule creation” to refer to the relevant court activities.

KEYWORDS: judicial lawmaking; judicial rulemaking; judicial law creation; judicial rule creation; judicial practice.



Наталія Антонюк

кандидатка юридичних наук, доцентка,
заступниця голови Касаційного кримінального суду
у складі Верховного Суду,
секретар Першої судової палати
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7582-2071>
antoniuknataliasupremecourt@gmail.com

УДК 343.711

ЗМІНА РОЗМІРУ ДРІБНОГО ВИКРАДЕННЯ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ

Анотація. Законодавець внесенням змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення шляхом зміни кількісного критерію дрібного викрадення зумовив дискусію про зворотний вплив таких змін на ті кримінально-карані посягання на власність (крадіжку, шахрайство, привласнення та розтрату), за які особи вже були засуджені або ж які лише перебувають на етапі досудового розслідування чи в суді.

У статті наведено аргументи про те, що зміни у Кодексі України про адміністративні правопорушення, які безпосередньо вплинули на кримінальний закон, також повинні розглядатися як зміни до кримінального законодавства і мати зворотню дію в часі. Наведено аргументи про суттєву різницю між звичайною зміною неоподаткованого мінімуму доходів громадян та зміною величини, з досягненням якої діяння стає кримінально-караним та відповідно перестає оцінюватися як адміністративне правопорушення.

Обґрунтовано доцільність закриття відповідних проваджень у зв'язку із декриміналізацією. Наведено аргументи про те, що зміна суміжного законодавства, а саме Кодексу України про адміністративні правопорушення, може бути одним зі способів декриміналізації.

Ключові слова: дрібне викрадення; диференціація; зворотна дія кримінального закону в часі; декриміналізація.

Нещодавно набув чинності Закон України “Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та деяких інших законів України щодо посилення відповідальності за дрібне викрадення чужого майна та врегулювання деяких інших питань діяльності правоохоронних органів”¹ від 18 липня 2024 року (далі – Закон про зміну розміру дрібного викрадення). Законодавець прийняв рішення щодо зміни максимального розміру дрібного викрадення і цей крок вочевидь зумовив необхідність вирішення низки важливих юридичних питань. Серед цих питань передусім

¹ Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та деяких інших законів України щодо посилення відповідальності за дрібне викрадення чужого майна та врегулювання деяких інших питань діяльності правоохоронних органів: Закон України від 18 липня 2024 р. № 3886-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3886-20#Text>> (дата звернення: 18.07.2024).

варто виокремити такі: чи мають внесені зміни зворотну дію в часі, чи можна ухвалення вищезгаданого закону вважати зміною кримінального закону, які дії має вчинити суд у провадженнях, які ще не завершені постановленням вироку, або ж у провадженнях, у яких вирок уже постановлено.

Наукових публікацій, присвячених безпосередньо цьому питанню, поки що немає, адже проблема лише виникла. Хоча О. Марін висловив свої аргументи у есе “Чи відбулася часткова декриміналізація крадіжки та які наслідки це матиме?”², а інші колеги-вчені зробили декілька висновків у публікаціях у соціальних мережах.

Метою цієї статті є вирішення питання про вплив внесених до Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) змін у частині зміни диференційованого розміру дрібного викрадення на кримінально-правову кваліфікацію крадіжки, шахрайства, привласнення та розтрати. Також у статті планується окреслити процесуальні наслідки, які зумовить зміна матеріального кримінального права в цій частині.

Передусім окреслюю ті аксіоми, з яких виходжу в дослідженні цієї проблематики. Аналізую проблему станом на цей час із чинним законодавством та існуючими рішеннями Конституційного Суду України (далі – КСУ) з метою обґрунтування того, що слід робити, на мою думку, практикам уже сьогодні. Не буду надавати рекомендації законодавцю щодо удосконалення чинного законодавства, оскільки це не допоможе практикам і може перетворитися виключно на теоретичну дискусію. Висновки і пропозиції вважаю за необхідне наводити, виходячи із реальної компетенції і призначення всіх органів у державі, передусім без пропозицій перебирати судам на себе повноваження законодавця.

Зі змісту Пояснювальної записки³ до Закону про зміну розміру дрібного викрадення видно, що всі проаналізовані авторами приклади із судової практики стосуються крадіжок, які кваліфіковані за ч. 4 ст. 185 Кримінального кодексу України⁴ (далі – КК України), тобто крадіжок, вчинених в умовах воєнного стану. ‘Судова практика застосування норм щодо притягнення до кримінальної відповідальності за крадіжку в умовах воєнного стану на території України засвідчує, що покарання за вчинення крадіжки є не співмірним’⁵, – зазначено у тексті Пояснювальної записки.

Поза увагою авторів залишилося те, що суди призначали реальну міру покарання за такі дії у тих випадках, коли особа вчинила крадіжку не вперше. Тобто мало місце застосування призначення покарання або за сукупністю кримінальних правопорушень, або за сукупністю вироків. Дійсно, потенційно суди могли призначити реальне покарання й у разі вчинення

² О. Марін, “Чи відбулася часткова декриміналізація крадіжки та які наслідки це матиме?” <https://www.academia.edu/122719507/Has_theft_been_partially_decriminalized_and_what_consequences_will_it_have> (дата звернення: 18.07.2024).

³ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо посилення відповідальності за дрібне викрадення чужого майна” <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/2247462>> (дата звернення: 18.07.2024).

⁴ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 18.07.2024).

⁵ Пояснювальна записка до проекту Закону України ... (н 3).

крадіжки вперше. Чому законодавець прописав кваліфікуючу ознаку у ч. 4 ст. 185 КК України “в умовах воєнного стану <...>”, а не “з використанням умов воєнного стану <...>” – питання не до судів. О. Марін і Є. Письменський також звернули увагу на те, що законодавець неправильно виклав кваліфікуючу ознаку ч. 4 ст. 185 КК України⁶.

Чи мали суди підмінити собою законодавця? Деякі колеги вважають, що суди могли “виправити” помилку законодавця. Але це не завдання судів. Окрім того, чи можна однозначно стверджувати, що це помилка законодавця, а не безпосередня мета різко посилити відповідальність за посягання на власність, виходячи із факту залишення тисячами українців свого житла, переїзду в західні регіони з речами, у тому числі грошми та іншими цінностями?

Якщо все ж у більшості тих, хто висловлювався про цю проблему, склалися переконання, що має місце помилка законодавця, то, може, саме він і має її виправити? Тим паче, що таке виправлення зробити елементарно і воно не зумовить такої “революції”, як внесення змін до КУпАП щодо критерію – максимального розміру дрібного викрадення. Варто зауважити й на тому, що пропозиція судам протлумачити “в умовах воєнного стану <...>” через фактичне використання таких умов автоматично вплинула б і на інші законодавчі положення, де якраз й малося на увазі підвищення суспільної небезпечності через фактичне запровадження воєнного стану.

До речі, варто замислитися й над тим, що саме такий жорсткий виклад кваліфікуючої ознаки ч. 4 ст. 185 КК України і загроза суворого покарання мали наслідком реально різке зниження рівня злочинності, що під час війни дуже важливо. Утримаюся від коментарів про те, чи максимальне покарання у 10 чи 15 діб адміністративного арешту, передбачене ст. 51 КУпАП, стримає кількість бажаючих винести з магазину товар на кругленьку суму, яка трохи менша, ніж мінімальна пенсія в державі.

Однак повернемося до ситуації, яка вже має місце. Зміни внесені, вони набули чинності й настав час їх реалізовувати на практиці.

Одразу зауважу, що не вважаю, що аналізована ситуація є аналогічною із щорічною зміною неоподаткованого мінімуму доходів громадян (далі – НМДГ). Щодо цього суди керуються рішенням КСУ у справі щодо зворотної дії кримінального закону в часі⁷. У цьому рішенні КСУ зазначено, що щодо юридичної відповідальності застосовується новий закон чи інший нормативно-правовий акт, що пом’якшує або скасовує відповідальність особи за вчинене правопорушення під час дії нормативно-правового акта, яким визначались поняття правопорушення і відповідальність за нього.

Поява Закону про зміну розміру дрібного викрадення зумовила зміну важливого диференціюючого критерію, яким є максимальний розмір дрібного викрадення. Загальновідомо, що у КК України такий мінімальний

⁶ Див., наприклад: Марін (н 2).

⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) від 9 лютого 1999 р. Справа № 1-7/99 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-99#Text>> (дата звернення: 18.07.2024).

розмір не прописано. Однак він існує, адже безпосередньо вказаний у тексті КУпАП.

Чи можна вважати зміну тексту КУпАП такою, що є зміною у кримінальному законі? Вважаю, що так. Адже це наша вітчизняна особливість, що маємо градацію адміністративний проступок – кримінальний проступок – злочин. Тобто адміністративний проступок безпосередньо межує із кримінальним правопорушенням. Зміна критерію у КУпАП зумовлює безпосередній вплив на кримінальний проступок. Ні в кого, мабуть, немає сумніву, що після ухвалення Закону про зміну розміру дрібного викрадення частина діянь, які вважалися кримінально-караними, “перейшли” у адміністративні правопорушення. І ще раз наголошу, це не така сама ситуація як із розміром НМДГ.

Щодо нормативного підґрунтя такого висновку. Необхідно співвіднести терміни “Кримінальний кодекс України”, “закон про кримінальну відповідальність” і “законодавство України про кримінальну відповідальність”. Це питання стало не лише теоретичним, а й безпосередньо практичним.

У ч. 1 ст. 3 КК України вказано, що законодавство України про кримінальну відповідальність ‘становить Кримінальний кодекс України’. Далі у ч. 6 цієї ж статті зазначено, що зміни до законодавства України про кримінальну відповідальність, тобто до Кримінального кодексу України, ‘можуть вноситися виключно законами про внесення змін до цього Кодексу та/або до кримінального процесуального законодавства України, та/або до законодавства України про адміністративні правопорушення’⁸. Тобто сам законодавець прописав, що зміна у КУпАП може бути такою, що змінює КК України.

Зміни у Податковому кодексі, прийняття закону про державний бюджет тощо не є “тілом” кримінального закону, не впливають на його обсяг. А от КУпАП прямо впливає на “тіло” кримінального закону.

Чи має місце декриміналізація у цій ситуації? Адже зазвичай декриміналізація пов’язується із виключенням певної статті із Особливої частини кримінального закону.

Щодо цього у наукових працях уже неодноразово зазначалось, що декриміналізація може бути проведена й іншими способами. Наприклад, зміни, внесені у Загальну частину щодо кола кримінально-караних діянь, за які відповідальність настає з 14-річного віку. Не слід забувати й про інші способи, як-от зміна розуміння певного терміна, який роз’яснено у примітці до статті, шляхом його вужчого тлумачення. Також способом декриміналізації є зміна суміжного законодавства, яким власне й є КУпАП, шляхом підвищення критерію, за яким діяння є адміністративно-караним.

Саме останній варіант декриміналізації й має місце після підвищення величини дрібного викрадення з 0,2 до 2 НМДГ.

Отже, на мою думку, висновок про зворотну дію в аналізованому випадку має бути позитивним.

Побіжно зауважу про те, що маю надію, що законодавець розуміє, що внесені ним зміни вплинуть не лише на ч. 1 або ч. 4 “умовної крадіжки”.

⁸ Кримінальний кодекс України (н 4).

Вони фактично вплинуть на всі кваліфіковані склади статей 185, 190 та 191 кримінального закону, в яких мала місце диференціація за іншими кваліфікуючими ознаками. Адже правило про те, що має місце кваліфікований склад лише тоді, коли є ознаки простого складу, ніхто не відміняв.

Тепер спинимося на питаннях кримінального процесу. Що слід робити із незавершеними провадженнями? Яка підстава для їхнього закриття? Щодо цього зосередимося на аналізі двох підстав для закриття провадження: відсутність у діянні складу кримінального правопорушення (п. 2 ч. 1 ст. 284 Кримінального процесуального кодексу України⁹, далі – КПК України) й втрата чинності законом, яким встановлювалася кримінальна протиправність діяння (п. 4¹ ч. 1 ст. 284 КПК України).

Вважаю, що за відсутністю складу в аналізованій ситуації не слід рухатися. Адже на момент вчинення діяння склад був. А ця підстава має застосовуватися саме тоді, коли на момент вчинення діяння вже не було відповідного інкримінованого особі складу кримінального правопорушення. Буде абсурдом стверджувати, що правоохоронний орган побачив склад кримінально-караного діяння безпідставно. Адже це лише зміна законодавства призвела до того, що складу кримінально-караного діяння нема.

Щодо підстави, передбаченої п. 4¹ ч. 1 ст. 284 КПК України, – втрата чинності законом, яким встановлювалася кримінальна протиправність діяння, маємо певну проблему. Адже втрати чинності кримінального закону немає. Має місце зміна меж караності шляхом внесення змін до КУпАП.

Однак нагадаю, що цю підставу зазвичай скорочено називають “закриття за декриміналізацією”. І в аналізованому нами випадку такі є декриміналізація, і це досліджувалося вище. Тож, на мою думку, саме цю підставу варто застосовувати, закриваючи кримінальне провадження. Чекати на те, що законодавець викладе в іншій редакції п. 4¹ ч. 1 ст. 284 КПК України, мабуть, не варто.

До такого висновку спонукає суть кримінального-процесуального закону, який не може прописати процедуру в усіх життєвих ситуаціях, а тому має застосовуватися з посиланням на загальні засади кримінального провадження. Маю на увазі й можливість застосування аналогії в таких випадках, як аналізується у цьому дослідженні.

Ще одним цікавим питанням є можливість притягнення до адміністративної відповідальності вже за відповідною частиною ст. 51 КУпАП тих осіб, щодо яких кримінальні провадження будуть закриті у зв’язку із декриміналізацією.

Не бачу перешкод для того, щоб особу, дії якої через законодавчі зміни перестали бути кримінально-караними, притягти до адміністративної відповідальності. Принцип “не двічі за одне” порушено не буде. Адже особа не була притягнутою до кримінальної відповідальності. Тож якщо з урахуванням строків для притягнення до адміністративної відповідальності така

⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>> (дата звернення: 18.07.2024).

можливість є, дії порушника мають отримати кваліфікацію як дрібне викрадення.

У висновку варто наголосити на такому.

Кількісна зміна розміру дрібного викрадення з 0,2 НМДГ до 2 НМДГ безпосередньо вплинула на суть відповідних кримінально-караних діянь (крадіжки, шахрайства, привласнення та розтрати), адже в тексті кримінального закону цей розмір прямо не визначено і він вказаний законодавцем у ст. 51 КУпАП України.

Така зміна КУпАП є зміною кримінального законодавства України із усіма наступними наслідками, у тому числі із позитивною відповіддю на питання про зворотну дію аналізованих змін.

Має місце часткова декриміналізація вчиненого, а тому відповідні провадження за наявності підстав можуть бути закриті за п. 4¹ ч. 1 ст. 284 КПК України, тобто у зв'язку із втратою чинності законом, яким встановлювалася кримінальна протиправність діяння.

Підстав для застосування п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК України немає, оскільки на момент вчинення відповідне діяння було кримінально-караним і містило всі ознаки складу інкримінованого кримінального правопорушення.

REFERENCES

Bibliography

Websites

1. Marin O, 'Chy vidbulasia chastkova dekriminalizatsiia kradizhky ta yaki naslidky tse matyme?' <https://www.academia.edu/122719507/Has_theft_been_partially_decriminalized_and_what_consequences_will_it_have> (accessed: 18.07.2024).

Nataliya Antonyk

RESIZING FINE ABDUCTION THROUGH PRISM CRIMINAL LAW

ABSTRACT. By amending the Code of Administrative Offenses of Ukraine by changing the quantitative criterion for petty theft, the legislator caused a discussion about the adverse effect of such changes on those criminally punishable encroachments on property (theft, fraud, embezzlement and embezzlement) for which persons have already been convicted or for which are only at the stage of pre-trial investigation or in court.

The article provides arguments that changes in the Code of Administrative Offenses, which directly affected the criminal law, should also be considered as changes to criminal legislation and have retroactive effect. Arguments are given that there is a significant difference between the usual change in the tax-free minimum income of citizens and the change in the value, upon reaching which the act becomes criminally punishable and, accordingly, ceases to be assessed as an administrative offense.

The expediency of closing the relevant proceedings in connection with decriminalization is substantiated.

The expediency of closing the relevant proceedings in connection with decriminalization is substantiated. Arguments are given that changing related legislation, namely the Code of Administrative Offenses, can be one of the ways of decriminalization.

KEYWORDS: petty theft; differentiation; retroactive effect of the criminal law over time; decriminalization.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО



Микола Галянтич

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
головний науковий співробітник відділу
приватного права та процесу Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0346-5308>
Scopus ID: 57217736289
halyantych@gmail.com

Ростислав Сачок

аспірант Київського університету права НАН України,
адвокат Адвокатського об'єднання "Правовий центр XXI ст."
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-2510-0513>
Advokat.sachok@gmail.com



УДК 347.453

ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРУ НАЙМУ ТА ОРЕНДИ НЕРУХОМОГО МАЙНА

Анотація. У сучасних умовах і умовах післявоєнного відновлення України актуалізується потреба усунення неузгодженостей у чинних і нових законодавчих актах цивільного законодавства на стадії виникнення, оформлення, припинення орендних відносин.

Метою цієї статті є дослідження ознак договору найму (оренди) через призму доктринальних і законодавчих положень, що зумовлює необхідність дослідження нормативно-правової бази, яка забезпечує функціонування механізму цивільно-правового регулювання відносин користування нерухомим майном, і з'ясувати роль договору в цій системі взаємозв'язку правових явищ.

Здійснено систематизацію договорів, за якими майно передається в користування та з'ясується правовий статус сторін у договорах, за якими майно передається в користування; розглядаються особливості правового регулювання окремих видів договірних зобов'язань про передання майна в користування. Розглянуто правові наслідки порушення сторонами зобов'язань за договорами про передання майна в користування нерухомого майна: найм (оренда) та його види: рента, позичка, найм (оренда) житла, комерційна концесія, лізинг. Особлива увага приділена наданню наймачеві права користування земельною ділянкою. Виявлено та запропоновано шляхи вирішення теоретичних і практичних проблем, що виникають при укладанні, зміні та припиненні договорів, за якими майно передається в користування.

Ключові слова: найм; оренда нерухомого майна; державна реєстрація; право користування земельною ділянкою; найм будівлі; найм капітальної споруди; акт приймання-передавання.

Метою цієї статті є дослідження ознак договору найму (оренди) через призму доктринальних і законодавчих положень, що зумовлює необхідність дослідження нормативно-правової бази, яка забезпечує функціонування механізму цивільно-правового регулювання відносин користування нерухомим майном, та з'ясувати роль договору в цій системі взаємозв'язку правових явищ.

Завданнями є визначення механізму реалізації суб'єктів правовідносин наймача / наймодавця та орендаря / орендодавця в цивільно-правових зобов'язаннях через призму виконання договорів про передання нерухомого майна в користування. На основі системи цивільно-правових договорів виокремлюються договірні підтипи (договір найму будівлі або іншої капітальної споруди, договір найму (оренди) житла, договір оренди житла з викупом, договір позички) та визначити способи захисту їхніх прав і прав третіх осіб.

Ринкові відносини найму (оренди) об'єктів нерухомості вимагають нової концепції їх правового регулювання. Сучасна нормативна база відносин тимчасового користування майном представлена значною кількістю нормативно-правових актів і характеризується вдалим поєднанням традиційних положень, які апробовані багатовіковою практикою їх застосування, і нових правил поведінки, зумовлених стрімким розвитком ринкових відносин у нашій державі. Проте судова практика виявляє нечіткість і неузгодженість окремих законодавчих положень про найм (оренду) та стикається з проблемою пріоритетності застосування норм цивільного і господарського законодавства, унаслідок чого непоодинокими є випадки, коли суди неоднозначно застосовують одні й ті ж норми матеріального права, що також зумовлює потребу осмислення їхнього змісту з метою підвищення якості правового регулювання відносин найму (оренди) та ефективності правозастосовної діяльності у цій сфері.

Правові основи розмежування понять найму та оренди нерухомого майна. Інститут найму (оренди) – один із важливих інститутів у системі цивільно-правових договорів, що опосередковують відносини користування майном, що походить з римського права, де договір найму містить три самостійних види договору: найм речей, найм послуг і найм роботи¹.

Норми цивільних кодексів Франції та Німеччини розрізняють договір найму і договір оренди майна. Так, згідно з § 535 Цивільного кодексу Німеччини (BGB)² договір найму – це договір, за яким наймодавець зобов'язується надати наймачу в користування річ на строк найму. За договором оренди орендодавець зобов'язується надати орендарю на час оренди в користування орендоване майно та використання доходів, яке приносить це майно, коли таке використання розглядається як отримання доходу від такого майна, як правило, це стосується оренди сільськогосподарського майна, а також землі. Подібно розмежовуються договори майнового найму також у Франції. Так,

¹ А Телестакова, 'Система договорів про надання послуг в цивільному праві України' (дис канд юрид наук, 2008) 204.

² German Civil Code (BGB) <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb> (accessed: 11.05.2024).

у ст. 1711 Цивільного кодексу Франції (Code civil)³ виділено договір найму будинку та договір сільськогосподарської оренди⁴.

У Німеччині договір найму і договір оренди є окремими договорами. При цьому договір оренди розглядається як різновид договору найму. Таке розмежування договорів і докладне регулювання найму (особливо нерухомого майна) можна пояснити тим, що в Німеччині значна кількість населення проживає в орендованому житлі⁵.

У Франції існує два види договору найму (оренди): найм речей і найм робіт. Цивільний кодекс не містить окремого поняття договору найму нерухомого майна, однак фактично всі статті розділу “Про договір найму” (ст. 1713–1778) присвячені правовому регулюванню найму нерухомого майна.

Цивільний кодекс Німеччини також установлює розмежування між договором найму і договором оренди. Договір оренди розглядається як різновид договору найму й використовується переважно для оренди з підприємницькою метою – оренди земельних ділянок або оренди підприємства.

Найм регулюється положеннями Цивільного кодексу Франції: загальні положення (ст. 1708–1712), положення про найм речей (ст. 1713–1751), положення про особливі правила найму житла та нерухомості (ст. 1752–1762), положення про найм сільськогосподарських земель (ст. 1763–1778), положення про найм робіт та послуг (ст. 1779–1799)⁶.

У французькому цивільному праві існують два види договору найму: найм речей і найм робіт (ст. 1708 Цивільного кодексу Франції). Найм речей – це договір, за яким одна зі сторін зобов’язується надати в користування іншій стороні речі на визначений час і за визначену плату, яку остання зобов’язується їй оплатити (ст. 1709). Цивільний кодекс не містить окремого поняття договору найму нерухомого майна, однак фактично всі статті розділу “Про договір найму” (ст. 1713–1778) присвячені правовому регулюванню найму нерухомого майна. Відповідно до ст. 1774 договір найму сільськогосподарських земель, укладений без письмового оформлення, вважається укладеним на час, який необхідний для того, щоб наймач зібрав усі плоди із земель, зданих у найм. Якщо орендодавець продає здане в оренду майно, новий власник цього майна не може позбавити користування майном фермера-орендаря, який має документально підтверджене право на оренду на певний термін. Проте новий власник має розірвати договір, якщо орендар користується майном з метою, яка не передбачена в договорі оренди (ст. 1743) договору⁷.

³ Code civil <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721> (accessed: 11.05.2024).

⁴ О Кармаза, ‘Договір найму житла та договір оренди житла: їх співвідношення’ [2016] 2 Підприємництво, господарство і право 18–23.

⁵ Property Index. Overview of European Residential Markets. 12th edition, August 2023 <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/at/Documents/presse/at-deloitte-property-index-2023.pdf>> (accessed: 11.05.2024).

⁶ М Матушак, ‘Порівняльно-правова характеристика поняття договору найму (оренди) нерухомого майна’ [2015] 20(2) Вісник Одеського національного університету. Серія: Правознавство 146–153.

⁷ Порядок укладення, зміни та розірвання договору найму (оренди) нерухомого майна: досвід Німеччини та Франції (Інформаційна довідка, підготовлена Європейським інформаційно-дослідницьким центром на запит народного депутата України) <<https://infocenter.rada.gov.ua/uploads/documents/29371.pdf>> (дата звернення: 11.05.2024).

Місце договору найму (оренди) нерухомого майна. У Цивільному кодексі України⁸ (далі – ЦК України) норми про договірні зобов'язання, розміщені в певній послідовності залежно від спрямованості зобов'язання на досягнення певного правового результату, як зазначає М. Сібільов⁹, поділяються на договори про передачу майна в тимчасове користування: найм (оренду) та його види: рента, позичка, найм (оренду) житла, комерційна концесія тощо. Для договорів, спрямованих на передачу майна в користування, оплатними різновидами будуть договори найму (оренди), найму (оренди) житла, ренти, лізинг.

Питанням найму присвячена окрема глава 58 ЦК України, що свідчить про самостійне правове регулювання відносин найму (оренди). В юридичній літературі зазначено, що поняття найму та оренди використовуються як тотожні, оскільки за будь-якої оренди відбувається найм (користування) майном. Застосування то одного, то іншого терміна пов'язано не стільки з відмінностями цих договорів, скільки з практикою найменування їх у певних сферах (так, орендою традиційно називають відносини з користування державним і комунальним майном, оренда землі)¹⁰.

У ч. 1 ст. 760 ЦК України закріплено, що предметом договору найму може бути річ, яка визначена індивідуальними ознаками і яка зберігає свій первісний вигляд при неодноразовому використанні (неспоживна річ). Законом можуть бути встановлені види майна, що не можуть бути предметом договору найму. Відповідно до ЦК України можна виокремити основні риси: за договором найму наймодавець здійснює передачу майна наймачеві в користування; наділення наймача статусом володільця; договір може бути як консенсуальний, так і реальний; договір найму є оплатним; договір найму є двостороннім.

Відповідно до ч. 1 ст. 759 ЦК України за договором найму наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно у володіння та користування за плату на певний строк. Так само згідно зі ст. 283 Господарського кодексу України¹¹ за договором оренди одна сторона (орендодавець) передає другій стороні (орендареві) за плату на певний строк у володіння та користування майно для здійснення господарської діяльності. За договором оренди передається індивідуально визначене майно виробничо-технічного призначення (або єдиний майновий комплекс), що не втрачає у процесі використання своєї споживчої якості (неспоживна річ).

Згідно з Господарським кодексом України об'єктом оренди можуть бути: державні та комунальні підприємства або їх структурні підрозділи як єдині майнові комплекси, тобто господарські об'єкти із завершеним циклом ви-

⁸ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 11.05.2024).

⁹ М Сібільов, 'Основні новели проекту нового Цивільного кодексу України' [1997] 3 Українське право 37–38.

¹⁰ *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. Т. II* (О Дзера (кер авт кол), Н Кузнецова, В Луць ред, 6-те вид, перероб і доповн, Юрінком Інтер 2019) 350.

¹¹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/436-15#Text>> (дата звернення: 11.05.2024).

робництва продукції (робіт, послуг), відокремленою земельною ділянкою, на якій розміщений об'єкт, та автономними інженерними комунікаціями й системою енергопостачання; нерухоме майно (будівлі, споруди, приміщення); інше окреме індивідуально визначене майно виробничо-технічного призначення, що належить суб'єктам господарювання.

Особливості договору найму будівлі або іншої капітальної споруди. Статті 793–797 ЦК України визначають особливості договору найму будівлі або іншої капітальної споруди. Зокрема, згідно зі ст. 793 ЦК України договір найму будівлі або іншої капітальної споруди укладається в письмовій формі. Договір найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) строком на три роки і більше підлягає нотаріальному посвідченню, крім договору, предметом якого є майно державної або комунальної власності, який підлягає нотаріальному посвідченню у разі, якщо він укладений за результатами електронного аукціону строком більше ніж на п'ять років. Як зазначає М. Мороз, правовідносини з найму можуть існувати і поза межами строку дії договору найму, наприклад, у частині невиконаних сторонами обов'язків (щодо внесення плати за найм, сплати неустойки за прострочення повернення орендованого майна тощо). Строком же обмежується існування правовідносин з найму за нормального перебігу правовідносин як у частині належного виконання сторонами своїх обов'язків, так і в частині відсутності впливу сторонніх обставин на орендоване майно (протиправні дії третіх осіб, непереборна сила)¹².

Договір найму будівлі або іншої капітальної споруди, укладений на строк не менше ніж три роки, підлягає державній реєстрації відповідно до закону в порядку, установленому Законом України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень”¹³, п. 3 ст. 5 якого визначає, що право власності на житлове та нежитлове приміщення може бути зареєстровано незалежно від того, чи зареєстровано право власності на житловий будинок, будівлю, споруду, а також їх окремі частини, в яких вони розташовані.

Предмет і характеристика договору. За договором найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві будівлю чи іншу капітальну споруду (її окрему частину) в користування за плату на певний строк. Договір є двостороннім (погоджена дія двох сторін), відплатним (наймач вносить плату за користування), може бути як реальним, так і консенсуальним.

Предметом договору є будівлі або інші капітальні споруди, які відповідно до ст. 181 ЦК України є об'єктами нерухомості, до яких належать об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Ознаки таких об'єктів визначені наказом Міністерства економіки від 16.05.2023 № 3573 “Про затвердження націо-

¹² М. Мороз, ‘Строк договору найму (оренди) та особливості його поновлення’ [2016] 4 Право та інновації 49–55.

¹³ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 1 липня 2004 р. № 1952-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1952-15#Text>> (дата звернення: 11.05.2024).

нального класифікатора НК 018:2023 та скасування національного класифікатора ДК 018-2000¹⁴. Отже, об'єктом найму будівлі або іншої капітальної споруди є нерухоме майно (будівлі, споруди, приміщення) та інше окреме індивідуально визначене майно, але не їх частини, що є значним недоліком. Ю. Паскевич доходить висновку, що право оренди здебільшого вживається у значенні змісту, а не об'єкта цивільних правовідносин. Тому комплекс прав і обов'язків наймача (орендаря), яким для уникнення плутанини можна замінити термін “право оренди”, можна відчужити, тобто передати іншій особі, лише шляхом заміни одного наймача за договором на іншого, при цьому відбудеться зміна, а не припинення цивільних правовідносин¹⁵.

На думку І. Спасибо-Фатєєвої, право оренди є зобов'язальним, а його бачення як речового права є спірним¹⁶. Виходячи з положень ЦК України, істотними умовами договору найму є: об'єкт найму (склад і вартість майна); термін, на який укладається договір; плата з урахуванням її індексації; відновлення майна та умови його повернення; виконання зобов'язань; відповідальність сторін. За згодою сторін у договорі найму можуть бути передбачені й інші умови. Наймодавцями та наймачами можуть бути юридичні особи і фізичні особи. Наймач зобов'язаний використовувати та зберігати майно відповідно до умов договору, запобігати його пошкодженню, псуванню.

Оренда державного та комунального майна регулюється Законом України “Про оренду державного та комунального майна”¹⁷, постановою Кабінету Міністрів України від 27 травня 2022 р. № 634 “Про особливості оренди державного та комунального майна у період воєнного стану”¹⁸.

Закон висуває вимогу про нотаріальне посвідчення тільки до договору найму будівлі або іншої капітальної споруди, який укладається строком не менше ніж три роки і більше. Договір, який укладається строком менше ніж три роки, може бути посвідчений нотаріально за бажанням однієї із сторін, проте закон цього не вимагає.

Передача будівлі або іншої капітальної споруди у найм. Стаття 795 ЦК України передбачає, що передача наймачеві будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) оформляється відповідним документом (актом), який підписується сторонами договору. З цього моменту починається обчислення строку договору найму, якщо інше не встановлено договором. Повернення наймачем предмета договору найму оформляється відповідним документом (актом), який підписується сторонами договору. З цього моменту договір найму припиняється.

¹⁴ Про затвердження національного класифікатора НК 018:2023 та скасування національного класифікатора ДК 018-2000: наказ Міністерства економіки України від 16.05.2023 № 3573 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3573930-23#Text>> (дата звернення: 11.05.2024).

¹⁵ Ю Паскевич, ‘Правова природа договору найму (оренди)’ [2013] 22(І)1 Науковий вісник Ужгородського національного університету, Серія Право 199.

¹⁶ І Спасибо-Фатєєва, ‘Відчуження права оренди’ [2010] 4(63) Вісник Академії правових наук України 118–127.

¹⁷ Про оренду державного та комунального майна: Закон України від 3 жовтня 2019 р. № 157-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/157-20#Text>> (дата звернення: 11.05.2024).

¹⁸ Про особливості оренди державного та комунального майна у період воєнного стану: постанова Кабінету Міністрів України від 27 травня 2022 р. № 634 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/634-2022-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 11.05.2024).

Будівлі, капітальні споруди та інші нежилі приміщення є окремо індивідуально визначеним майном. Передавання об'єкта найму – будівлі, іншої капітальної споруди здійснюється у строки і на умовах, визначених у договорі найму. Фактом початку та відповідно припинення правовідносин з найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди є підписання акта приймання-передавання нерухомого майна. Сторони можуть установити й інший момент відліку початку та припинення строку дії договору найму (оренди) в самому договорі. Право на передання майна у найм (оренду) має його власник або ж особа, якій належать майнові права.

Передавання наймачеві будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) оформляють відповідним документом (актом), який підписують сторони договору. З цього моменту починається обчислення строку договору найму, якщо інше не встановлено договором. Зважаючи на всі ці чинники, не можемо погодитися з Н. Хащівською, яка відносить строк договору найму (оренди) до його істотних умов¹⁹. Наведені вище аргументи прямо та опосередковано доводять, що умова про строк користування майном є необхідною умовою договору найму, адже вона в поєднанні з іншими ознаками цього договору виражає природу та особливості відносин найму. Саме тому умову про строк договору найму І. Калаур відносить у ранг істотних²⁰. Момент обчислення строку договору найму може встановлюватися сторонами в договорі. За загальним правилом строк договору найму починає спливати з моменту передачі об'єкта найму, а не з моменту укладення договору. Передавання будівлі або іншої капітальної споруди і прийняття цього об'єкта здійснюється на підставі акта приймання-передавання, який підписується сторонами та засвідчується їх печатками (для фізичних осіб посвідчується нотаріально). Вимоги до змісту акта приймання-передавання ЦК України не встановлено. Акт приймання-передавання нерухомого майна повинен містити назву об'єкта, його місцезнаходження, вартість об'єкта станом на дату оцінки. У договорі або акті приймання-передавання може бути передбачено строк, протягом якого здійснюється передавання об'єкта. Вона може бути пов'язана з моментом надходження коштів у розмірі, установленому договором.

Повернення наймачем предмета договору найму оформляється відповідним документом (актом), який підписується сторонами договору. Повернення будівлі, іншої капітальної споруди повинно здійснюватися в тому самому порядку, як і передавання з дотриманням обов'язкової письмової форми.

Договір найму вважається припиненим з моменту передачі наймачем майна наймодавцю. За недотримання вимог як наймач, так і наймодавець вправі вимагати передання майна відповідно до умов договору.

¹⁹ Н. Хащівська, 'Цивільно-правове регулювання строків у договорах про передавання майна у тимчасове користування' (автореф дис канд юрид наук, 2011) 20.

²⁰ І. Калаур, 'Строк користування майном як істотна умова договору найму (оренди)' [2009] 21 Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України 109–113.

Як зазначається в науковій літературі, необхідність особливого порядку передачі будівлі (споруди) пояснюється специфікою цих об'єктів. Вони мають особливу цінність. Факт передачі будівлі або споруди в оренду породжує правові та майнові наслідки. Тому дуже важливо гранично точно встановлювати, чи відбулася передача нерухомості орендарю і якщо відбулася, то коли саме. Важливо також зафіксувати, в якому стані нерухомість була передана орендарю. Крім того, факт передачі будівлі (споруди) орендарю важко встановити через те, що це майно фізично не пересувається. Акт не тільки визначає момент (дату) передачі об'єкта найму, а й містить певні характеристики останнього, зокрема технічний та санітарний стан будівлі. Ці характеристики мають істотне значення при вирішенні питання про належний стан будівлі при її поверненні наймодавцеві по закінченні строку договору²¹.

Надання наймачеві права користування земельною ділянкою. Відповідно до ст. 796 ЦК України одночасно з правом найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) наймачеві надається право користування земельною ділянкою, на якій вони знаходяться, а також право користування земельною ділянкою, яка прилягає до будівлі або споруди, у розмірі, необхідному для досягнення мети найму. Стаття 796 ЦК України визначає два випадки: наймодавець будівлі або споруди є власником земельної ділянки і коли земельна ділянка, на якій знаходиться будівля (споруда), не належить йому на праві власності. Якщо розмір земельної ділянки в договорі не визначений, наймачеві надається право користування усією земельною ділянкою, якою володів наймодавець. Цивільні кодекси Франції та Німеччини виділяють, окрім загальних положень про найм, спеціальні правила сільськогосподарської оренди, на відміну від ЦК України, що не містить спеціального окремого розділу, присвяченого регулюванню договірних відносин найму (оренди) саме земель сільськогосподарського призначення. Положення про договір найму (оренди) землі у цивільному законодавстві Франції та ФРН, у порівнянні з Україною, не містять будь-яких прямих приписів щодо істотних умов такого договору²².

Виходячи з положень чинного цивільного та земельного законодавства України, одночасно з виникненням права користування будівлею або іншою капітальною спорудою (їх окремою частиною), при укладенні відповідного договору найму в наймача виникає право користування і земельною ділянкою, на якій розташована будівля, і ділянкою, що забезпечує функціонування будівлі.

Відповідно до ст. 93 Земельного кодексу України право оренди земельної ділянки – це засноване на договорі строкове платне володіння і користування земельною ділянкою, необхідною орендареві для провадження підприємницької та іншої діяльності. Орендодавцями земельних ділянок є їх

²¹ О Семенька, 'Договір найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди за цивільним законодавством України' (дис канд юрид наук, 2018) 186.

²² М Лавриненко, 'Істотні умови договору найму (оренди) земель сільськогосподарського призначення у цивільному праві України, Франції та ФРН' [2019] 33 Правова держава 92–101.

власники або уповноважені ними особи. Відповідно до ст. 125 Земельного кодексу України право власності на земельну ділянку, а також право постійного користування та право оренди земельної ділянки виникають з моменту державної реєстрації цих прав.

Якщо в договорі найму будівлі буде передбачено право користування земельною ділянкою в розмірі більшому, ніж територія, на якій розташована будівля, та територією, що прилягає до будівлі, необхідною для досягнення мети найму, то в цьому випадку має місце договір оренди землі, що регулюється Законом України “Про оренду землі”²³.

У договорі найму будівлі або іншої капітальної споруди, крім умов, що стосуються найму будівлі, сторони можуть визначити і розмір земельної ділянки, яка передається наймачеві, без укладення додаткового договору найму земельної ділянки. Коли розмір земельної ділянки в договорі не визначений, наймачеві надається право користування усією земельною ділянкою, якою володів наймодавець. Виходячи з наведеного положення, не виникає проблем у випадку, коли наймодавець є одноособовим власником будівлі з чітко визначеними межами земельної ділянки, закріпленими відповідним державним актом. Проте в разі найму окремої частини будівлі, яка належить на праві спільної часткової власності декільком співвласникам, виникає необхідність визначення частки власності (користування) земельної ділянки наймодавця. Частка власності (користування) земельної ділянки кожного власника нежитлого приміщення у спільній частковій власності визначається належністю загальної площі нежитлових приміщень, що перебувають у його власності, до спільної площі всіх квартир і нежитлих приміщень будинку. Виділення частки земельної ділянки власникам нежитлих приміщень у натурі та їх окреме відчуження не допускається. Якщо наймодавець не є власником земельної ділянки, вважається, що власник земельної ділянки погоджується на надання наймачеві права користування земельною ділянкою, якщо інше не встановлено договором наймодавця з власником земельної ділянки. Це закріплює права наймача будівлі на земельну ділянку, хоча вони і не впливають з прав наймодавця, який не є власником земельної ділянки, без особливих на це розпоряджень власника, якщо інше не встановлено договором між наймодавцем і власником земельної ділянки. Договором між наймодавцем і власником земельної ділянки може бути передбачена згода власника земельної ділянки на передачу її наймачеві.

Плату за користування земельною ділянкою для використання будівлі або іншої капітальної споруди, розмір якої визначено виключно її функціональним призначенням, не можна ототожнювати з платою за землю, яка прилягає до будівлі й на яку поширюється правовий режим, визначений земельним законодавством.

Стаття 797 ЦК України закріплює, що плата, яка справляється з наймача будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини), складається з плати за користування нею і плати за користування земельною ділянкою.

²³ Про оренду землі: Закон України від 6 жовтня 1998 р. № 161-XIV <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/161-14#Text>> (дата звернення: 11.05.2024).

Зазначена особливість договору найму будівлі (споруди) пов'язана з тим, що користування такими об'єктами з боку орендаря передбачає наявність у нього певних прав і щодо земельної ділянки, на якій знаходиться будинок (споруда). Договір найму будівлі (споруди) завжди передбачає порядок використання земельної ділянки, на якій вони знаходяться, а отже, договір найму будівлі (споруди) є змішаним із договором найму (оренди) земельної ділянки²⁴.

Окрім цього, у договорі найму будівлі (споруди) передбачені додаткові платежі, такі, як плата за комунальні послуги, утримання та ремонт прибудинкової території загального користування, за технічне обслуговування будівлі (споруди) тощо.

Договір найму (оренди) відрізняється від договорів про надання послуг (зберігання, перевезення тощо) тим, що передача майна під час надання послуги здійснюється не для тимчасового власного користування виконавцем, а з метою отримання корисного для замовника результату²⁵.

Висновки. Суттєвої відмінності між договором оренди та договором найму в законодавстві не закріплено. Оренда традиційно вживається у господарських відносинах при оренді об'єктів нерухомості, державного, комунального майна, землі тощо.

Відносини найму (оренди) встановлюються з метою використання майна орендарем для отримання ним корисних властивостей з нього. Для договору оренди характерним є тимчасовий перехід правомочностей власника – володіння і користування. Відмінність між договором оренди і договором найму має полягати в такому: комерційна мета; договір оренди обов'язково є строковим; у оренду передається визначений об'єкт нерухомості; сплачує за договором оренди той, хто приймає річ (орендар); орендар самостійно обирає та визначає майно, яке бере в оренду; орендар самостійно визначає порядок використання ним орендованого майна, для ведення господарської діяльності; на орендаря покладається ризик випадкового знищення майна у разі затримання повернення речі орендодавцеві.

Особливістю договору найму будівлі (споруди) є те, що наймачеві надається право користування земельною ділянкою, на якій вони знаходяться, а також право користування земельною ділянкою, яка прилягає до будівлі.

Договір найму будівлі (споруди) є правовстановлюючим юридичним фактом, що зумовлює виникнення відносин: відносин з тимчасового володіння і користування будівлею (спорудою) і відносин щодо використання частини земельної ділянки, зайнятої таким об'єктом нерухомості і необхідної для його використання.

²⁴ Семенька (н 21).

²⁵ Там само 25.

REFERENCES

Bibliography

Edited books

1. *Naukovo-praktychnyi komentar Tsyvilnoho kodeksu Ukrainy: U 2 t. T. II* (O Dzera (ker avt kol), N Kuznietsova, V Luts red, 6-te vyd, pererob. i dopovn, Yurinkom Inter 2019).

Journal articles

2. Kalaur I, 'Strok korystuvannya mainom yak istotna umova dohovoru naimu (orendy)' [2009] 21 Aktualni problemy vdoskonalennia chynnoho zakonodavstva Ukrainy 109–113.
3. Karmaza O, 'Dohovir naimu zhytla ta dohovir orendy zhytla: yikh spivvidnoshennia' [2016] 2 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo 18–23.
4. Lavrynenko M, 'Istotni umovy dohovoru naimu (orendy) zemel silskohospodarskoho pryznachennia u tsyvilnomu pravi Ukrainy, Frantsii ta FRN' [2019] 33 Pravova derzhava 92–101.
5. Matushchak M, 'Porivnialno-pravova kharakterystyka poniattia dohovoru naimu (orendy) nerukhomoho maina' [2015] 20(2) Visnyk Odeskoho natsionalnoho universytetu. Serii: Pravoznavstvo 146–153.
6. Moroz M, 'Strok dohovoru naimu (orendy) ta osoblyvosti yoho ponovlennia' [2016] 4 Pravo ta innovatsii 49–55.
7. Paskevych Yu, 'Pravova pryroda dohovoru naimu (orendy)' [2013] 22(I)1 Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu, Serii Pravo 199.
8. Sibilov M, 'Osnovni novely proektu novoho Tsyvilnoho kodeksu Ukrainy' [1997] 3 Ukrainske pravo 37–38.
9. Spasybo-Fatieieva I, 'Vidchuzhennia prava orendy' [2010] 4(63) Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy 118–127.

Conference papers

10. Semenka O, 'Dohovir naimu (orendy) budivli abo inshoi kapitalnoi sporudy za tsyvilnym zakonodavstvom Ukrainy' (dys kand yuryd nauk, 2018).
11. Telestakova A, 'Systema dohovoriv pro nadannia posluh v tsyvilnomu pravi Ukrainy' (dys kand yuryd nauk, 2008).
12. Khashchivska N, 'Tsyvilno-pravove rehuliuвання strokiv u dohovorakh pro peredannia maina u tymchasove korystuvannya' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2011).

Mykola Haliantsykh
Rostyslav Sachok

LEGAL CHARACTERISTICS OF REAL ESTATE LEASE AND RENTAL AGREEMENTS

ABSTRACT. In the current conditions and post-war reconstruction of Ukraine, there is a need to eliminate some inconsistencies in existing and new legislative acts of civil law at the stage of emergence, registration of termination of lease relations.

The purpose of this article is to study the features of a lease contract through the prism of doctrinal and legislative provisions, which necessitates the study of the legal framework that ensures the functioning of the mechanism of civil law regulation of the use of real estate and to clarify the role of the contract in this system of interconnection of legal phenomena.

The author made a system of agreements that gives possibility to give property for use and clarifies the legal status of the parties in the agreements. Considers the peculiarities of the legal regulation of certain types of contractual obligations to transfer property for use. The author

examines the legal consequences of breaching obligations which were taken by the parties on themselves by signing contracts that transfers property for use: hiring (rent) and other types, such as rent, loan, commercial concession, leasing. Particular attention is paid for granting the tenant the right to use a land plot. The author identifies and suggests ways to solve theoretical and practical problems that arise from conclusion, amendment, and termination of contracts under which property is transferred for use.

KEYWORDS: lease; lease of immovable property; state registration; right to use a land plot; lease of a building; lease of a capital structure; acceptance certificate.



Оксана Хорватова

кандидатка юридичних наук, доцентка,
докторантка кафедри цивільно-правової політики,
права інтелектуальної власності та інновацій
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1467-3797>
Researcher ID: KIB-5117-2024
ksenja-mail@ukr.net

УДК 347.440

СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТА СТРАХУВАННЯ ЖИТТЯ КРИЗЬ ПРИЗМУ ДЕМОГРАФІЧНОЇ КРИЗИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

АНОТАЦІЯ. Актуальність проведеного дослідження зумовлена сучасними демографічними змінами останніх десятиліть, а також міграційними процесами та викликами, спричиненими воєнним станом у державі. Демографічні процеси безпосередньо впливають на такі важливі соціально-економічні показники, як кількість працюючих, рівень безробіття, кількість пенсіонерів та осіб, які потребують державної соціальної допомоги, розміри сплачених у державний бюджет податків, зборів, а відповідно й грошовий розмір соціальної допомоги та пенсії громадянам, які її потребують.

Метою статті є цивільно-правовий аналіз сфери страхування життя і пенсійного забезпечення через вплив демографічної кризи та міграції, що пов'язані з воєнним станом у державі.

У статті проаналізовано демографічну ситуацію в Україні за останні три десятиліття, вказано на негативні тенденції зменшення кількості населення держави в цілому та кількості осіб працездатного віку зокрема; наведено соціальні, економічні, побутові причини, що впливають на демографічний стан, а також вплив показників смертності серед працюючого населення на проблему, що розглядається. Обґрунтовано негативний вплив воєнного стану на кількість громадян держави та пов'язані з ним міграційні процеси.

Авторкою докладно досліджено стан і проблеми діючої системи державного пенсійного забезпечення та наведено аргументи щодо запровадження недержавного пенсійного забезпечення через інститут страхування життя. На підставі норм чинного законодавства роз'яснено переваги добровільної накопичувальної системи як елементу недержавного пенсійного забезпечення за допомогою довгострокового договору страхування життя та пенсії.

У межах статті значну увагу приділено прогнозам майбутнього розвитку повоєнної України та перспективам реформування сфери страхування життя та пенсійного забезпечення.

Зроблено висновок про необхідність запозичення позитивного світового досвіду у сфері страхування життя та пенсійного забезпечення як надійного інструменту убезпечення свого майбутнього та різновиду соціального захисту, що є рушійною силою для формування новітньої страхової культури в українському суспільстві.

Ключові слова: пенсія; пенсійне забезпечення; соціальне забезпечення; страхування життя; демографія; демографічна криза; демографічні показники; воєнний стан; довгостроковий договір страхування життя.

Демографічні показники в будь-якій державі завжди під пильною увагою не лише вчених усіх галузей, а й практиків, представників органів державної влади, політиків, соціологів та політологів. І якщо 10–15 років тому питання демографії цікавили всіх переважно в контексті впливу на збільшення або зменшення показників економічної сфери, то натеper, у 2024 р., коли в державі два роки триває активна фаза війни, що розв'язана РФ, демографи та вчені дедалі частіше звертають увагу саме на наслідки війни та вплив демографії на розвиток повоєнної України. Адже саме населення, його соціальне самопочуття та розвиток є визначальною ознакою суспільства, основою могутності держави та її повоєнної відбудови.

Слід також наголосити на тому, що питання демографії безпосередньо впливають на такі показники в державі, як кількість працюючих і рівень безробіття, кількість пенсіонерів та осіб, які потребують державної соціальної допомоги. Адже від співвідношення кількості працюючих до осіб, що отримують державні соціальні допомоги, залежить кількість сплачених податків, а отже, й якість і грошовий розмір соціальної допомоги, у тому числі державної пенсії. Чим більше в державі працюючого населення, тим більшим є наповнення державного бюджету у вигляді сплачених податків, зборів та інших обов'язкових платежів, і тим більшою стає можливість держави надавати соціальну допомогу та здійснювати пенсійне забезпечення відповідних категорій населення. Але за останні 30 років ситуація в Україні кардинально змінилась: кількість населення зменшується, розмір державних допомог та пенсії – на низькому рівні, медичне забезпечення часто є недоступним. Ситуація ж з державним пенсійним забезпеченням майбутніх поколінь узагалі під великим питанням. Однією з причин такого стану речей є погіршення демографічної ситуації.

Питання демографії та її впливу на всі сфери життєдіяльності держави в різних історичних і соціально-економічних умовах вивчали такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як В. Стещенко¹, А. Стефановський², О. Макарова, О. Пожняк, В. Шишкін³, Е. Лібанова⁴, П. Шевчук⁵ та ін.

Проблемами недержавного пенсійного забезпечення, соціального страхування, їх взаємодії зі сферою страхування життя та здоров'я останніми роками займалися відомі вітчизняні економісти та юристи, зокрема: О. Залетов⁶, Г. Григораш, Т. Григораш, В. Олійник, І. Субачов⁷, М. Мних⁸, С. Осадець, Т. Артюх, О. Гаманкова⁹, О. Хорватова¹⁰. Проте питання негативного впливу демографічної кризи на систему страхування життя в контексті недержавно-

⁷ Г. Григораш, Т. Григораш, В. Олійник, І. Субачов, *Системи соціального страхування зарубіжних країн: навч. посібник для студ. вищих навч. закл.* (Центр учбової літератури 2008) 144.

⁸ М. Мних, 'Страхування та його роль у забезпеченні соціального захисту населення' [2007] 6 *Фінанси України* 39–45.

⁹ *Страхові послуги: підручник* (С. Осадець, Т. Артюх ред, КНЕУ 2007) 464.

¹⁰ О. Хорватова, *Страхування життя: навч. посіб. для юристів, економістів та фін. консультантів* (Видво Європейського університету 2012) 40; О. Khorvatova, 'The legal environment of insurance business in Europe and Ukraine' *Zbior raportow naukowych. "Badania naukowe naszych czasow". Sekcja 26. Prawoznawstwo (Diamond trading tour 2013)* 29–33; О. Khorvatova, 'Legal and Economic Features of Corporate Life Insurance Policy: International and National Experience' *The First International Scientific Conference on Private and Public Law. Proceedings of the Conference* (March 29, 2014) ("East West" Association for Advanced Studies and Higher Education GmbH, 2014) 68–71.

го пенсійного забезпечення і кризь призму тривалого воєнного стану та його наслідків, міграційних процесів, що тривають, повоєнної відбудови України та її розвитку поки що залишаються непіднятою цілиною для вчених.

Метою статті є аналіз з цивільно-правових позицій сфери страхування життя та пенсійного забезпечення через вплив демографічної кризи та міграції, що пов'язані з воєнним станом у державі.

Два роки тому життя України та громадян держави змінилось назавжди через повномасштабне вторгнення РФ. Через війну з держави виїхали близько 10 млн громадян¹¹. Згодом, звичайно, частина з них повернулися, проте, за офіційними даними ООН, станом на 15 лютого 2024 р. у світі зафіксовано 6 479 700 осіб – громадян України – шукачів притулку від війни, з яких лише в державах Європи перебуває 6 004 100 громадян України та 475 600 громадян в інших державах світу. Така еміграційна ситуація матиме значні соціальні наслідки для майбутнього України. До повномасштабного вторгнення в Україні проживали 41 130 400 осіб (станом на 01.02.2022)¹². Нескладна арифметика показує нам сьогодні 34 650 700 осіб, які проживають на території України. Проте, на нашу думку, ці дані неточні, адже поки що неможливо підрахувати усіх загиблих військових і цивільних осіб, а також осіб, які зникли безвісти та отримали важкі поранення, ампутації, а отже, у майбутньому не зможуть працювати та сплачувати податки, а навпаки, потребуватимуть державної соціальної підтримки. Складною також є ситуація з викраденими українськими дітьми на окупованих територіях: за неофіційною інформацією радниці – уповноваженої Президента України з прав дитини й дитячої реабілітації Д. Герасимчук¹³, “744 тисячі українських дітей нібито евакуйовано до рф”. Проте правозахисні організації стверджують, що це не евакуація, а безпосереднє викрадення, депортація та примусове переміщення дітей¹⁴. Діти – майбутнє будь-якої держави. І такий стан речей свідчить про те, що генофонд української нації втрачається в катастрофічних масштабах.

Наведені вище факти є свідченням негативного відтоку з держави громадян усіх вікових категорій і те, як ситуація розвиватиметься найближчим часом, ніхто спрогнозувати наразі не в змозі. Одним із важливих і непередбачуваних у цьому контексті напрямів є соціально-економічна ситуація у сфері пенсійного забезпечення та проведення реформи недержавного пенсійного забезпечення через, зокрема, інститут страхування життя. Річ у тому, що демографічна ситуація та еміграція громадян за кордон прямо пропорційно впливають на кількість працюючого населення, кількість пенсіонерів і на

¹¹ Ukraine Refugee Situation (Operational Data Portal) <<https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>> (accessed: 22.02.2024).

¹² Населення України (МінфінМедіа) <<https://index.minfin.com.ua/ua/reference/people>> (дата звернення: 22.02.2024).

¹³ Росія викрадає українських дітей: як їх повернути? (Укрінформ, 18.08.2023) <<https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3750020-rosia-vikraadae-ukrainskih-ditej-ak-ih-povernuti.html>> (дата звернення: 13.03.2024).

¹⁴ Way home: внутрішній та зовнішній вимір репатріації, реабілітації та (ре)інтеграції дітей, депортованих, примусово переміщених або в інший спосіб розлучених з родинами у зв'язку зі збройною агресією РФ проти України (Регіональний центр прав людини, 2023) <<https://rchr.org.ua/analytics/way-home-mehanizm-i-osnovy-polityky-povernennya-nezakonno-deportovanyh-i-prymusovo-peremishhenyh-ditej>> (accessed: 13.03.2024).

можливість держави гарантувати хоча б мінімальний розмір пенсії в майбутньому. Аргументуємо це твердження.

Результати проведеного декілька років тому вітчизняними науковцями дослідження щодо демографічного прогнозу в Україні на період до 2050 р.¹⁵ свідчать про те, що 'скорочення чисельності населення, зниження тривалості життя і народжуваності, від'ємне сальдо міграції стали характерними ознаками новітніх демографічних тенденцій'. Причини цього вчені вбачають в історичних аспектах, що накопичувалися протягом тривалого часу. Так, за оцінками експертів,

<...> Перша та Друга світові війни, три Голодомори (1921, 1932–1933, 1947 рр.), форсована індустріалізація, примусова колективізація, масові репресії 1930–1950-х рр., Чорнобильська катастрофа, затяжна системна криза 1990-х рр. вкрай негативно вплинули на нормальний процес демографічної трансформації, призвели до помітних деформацій статеві-вікового складу населення, передчасної смерті близько 16 млн осіб¹⁶.

Трагічні періоди розвитку української історії у ХХ ст. негативно відбилися на динаміці чисельності населення, а також значно змінилась статеві й вікова структура, кількість членів родини та часом взагалі бажання народжувати дітей. Вчені довели, що в поєднанні з тривалою консервацією народжуваності на рівні, що не забезпечує навіть простого відтворення поколінь, це зумовило вичерпання демографічного потенціалу й неминуче призвело до депопуляції¹⁷.

Річ у тому, що населення держави є своєрідною системою, якій притаманні соціальні, психологічні, моральні, релігійні та інші ознаки, і саме тому, якщо є потреба в прогнозах розвитку народонаселення конкретної держави, обов'язковим є урахування саме цих ознак. Слід також відмітити те, що демографічні прогнози кінця ХХ ст. правдиво відображали реалії часу, проте в підсумку ніхто з вчених не зміг передбачити різке падіння народжуваності та загальний показник зменшення тривалості життя в державі на початок ХХІ ст., причиною яких стали соціально-економічні та політичні зміни, а також наслідки розпаду СРСР. Можна з упевненістю констатувати, що спрацювала так звана теорія демографічного переходу¹⁸, згідно з якою на останньому етапі рівень народжуваності, як і смертності, сягає дуже низького рівня. А тому на кінець 2020 р., як підтверджують дослідження¹⁹, в Україні 'сформувалась особлива фаза демографічного переходу з типом відтворен-

¹⁵ Комплексний демографічний прогноз України на період до 2050 р. (н 4) 4–5.

¹⁶ Там само 5.

¹⁷ Там само 19–20.

¹⁸ Теорія демографічного переходу: термін був уперше введений у науковий вжиток американським демографом Френком Ноутстейном у 1945 р. Сама концепція демографічного переходу набула особливої популярності пізніше, у зв'язку з демографічними змінами, що відбулися після Другої світової війни в країнах, що звільнилися від колоніалізму. Загальна схема процесу демографічного переходу складається з п'яти послідовних фаз, кожна з яких у різних регіонах Землі відбувається за власним сценарієм, але має певні спільні риси з аналогічними фазами в інших регіонах.

¹⁹ О Рудницький, 'Історична еволюція чисельності населення України у світлі теорії демографічного переходу' [2020] 3(41) Демографія та соціальна економіка 13.

ня людності, характерним для країн у стані тривалої війни: наднизька народжуваність, надмірно висока смертність, високий рівень депопуляції²⁰. І якщо в середині 90-х років ХХ ст. середньорічний темп скорочення чисельності населення України становив 0,6 %, то за 2000–2001 рр. кількість жителів держави зменшилась на 1,1 %²⁰. Середньорічний природний убуток людності України у 1991–1995 рр. дорівнював 173 тис. осіб, а 2002–2018 рр. – уже понад 240 тис.

Водночас слід зазначити, що не лише низький рівень народжуваності вплинув на зменшення чисельності жителів України. Велику роль зіграв, по-перше, занепад великих підприємств, безробіття та еміграція за кордон у пошуках заробітків та кращого життя наприкінці 90-х років ХХ ст. По-друге, відбулось стрімке зростання цінності вищої освіти та її доступність через появу великої кількості приватних закладів освіти. По-третє, запозичення європейських та американських соціально-економічних цінностей почало приводити до того, що молодь стала спочатку обирати освіту, кар'єру, побутовий добробут, і лише потім – створення сім'ї та народження дітей. Це, своєю чергою, уперше привело до так званого ефекту відкладання народження дітей. Таке демографічне явище було зафіксоване вперше вченими в скандинавських державах у середині 60-х років ХХ ст.²¹, де у 2002–2004 рр. сумарний коефіцієнт народження дітей зростав не за рахунок других народжень, а за рахунок реалізації поколіннями 1970-х відкладених перших народжень²². Урешті-решт, вітчизняні демографи дійшли висновку, що наразі довгостроковий прогноз більше, ніж на покоління, стає майже непередбачуваним, оскільки у фертильний вік²³ приходять особи, про репродуктивні настанови яких нічого невідомо, а тому з 2025 р. демографічний прогноз перестає бути аналітичним.

Ще одним негативним демографічним фактором є динаміка смертності. Так, результати демографічних досліджень і медичних звітів останніх років свідчать про те, що найбільш значною різноманітністю причин смерті вирізняється вікова група 20–39 років²⁴. Згідно з даними статистики для чоловіків віком 20–39 років характерними причинами смерті є травми, отруєння, інфекційні та паразитарні хвороби, хвороби системи кровообігу, зайва вага. Жінки віком 20–39 років здебільшого помирають від онкологічних захворювань. За показниками Національного канцер-реєстру України²⁵, смертність від онкології у 2021–2022 рр. серед жінок становила

²⁰ Рудницький (н 19) 12.

²¹ Н-Р Kohler, J A Ortega, 'Tempo-Adjusted Period Parity Progression Measures, Fertility Postponement and Completed Cohort Fertility' [2002] 6 Demographic Research 92–144; T Sobotka, 'Tempo-Quantum and Period-Cohort Interplay in Fertility Changes in Europe. Evidence from the Czech Republic, Italy, the Netherlands and Sweden' [2003] 8 Demographic Research 152–214; J M Home, 'Why does Sweden have such high fertility?' [2005] 13 Demographic Research 559–572.

²² Комплексний демографічний прогноз України на період до 2050 р. (н 4) 47–48.

²³ Фертильний (репродуктивний) вік – період у житті жінки, протягом якого вона здатна до вагітності та пологів. У демографії фертильний (репродуктивний) вік вважається від між менархе і менопаузою – від 15 до 49 років, у країнах з низькою народжуваністю – від 15 до 44 років (у цілих роках).

²⁴ Комплексний демографічний прогноз України на період до 2050 р. (н 4) 61.

²⁵ Канцер-реєстр – це картотека відомостей про кожний випадок онкологічного захворювання, його перебіг та лікування. Збираючи й аналізуючи індивідуалізовану інформацію, організація проводить

найбільше: від раку молочної залози – 22,2 %, немеланомного раку шкіри – 10,1 %, раку тіла матки – 10,1 %. Серед чоловіків найбільша кількість онкології: це ураження трахеї, бронхів, легень – 14,5 %, передміхурової залози – 12,7 %, немеланомного раку шкіри, раку шлунка – 8,3 %²⁶. Важливими у звіті є показники смертності саме осіб працездатного віку, де на вікову категорію 18–59 років у 2021 р. припадало 30,0 % випадків захворювань на онкологію чоловічого населення і 37,8 % жіночого населення. Особи репродуктивного віку 18–44 роки становили 6,2 % захворілих чоловіків і 11,6 % захворілих жінок²⁷. У принципі таку ситуацію вітчизняні демографи²⁸ передбачили ще у 2006 р. та спрогнозували, що до 2050 р. ризик смерті вікової категорії працездатних громадян України від повних 20 до 40 років становитиме 18 %, осіб віком 40–60 років – 85 %. Смертність у віці 60 років і старше за цим варіантом прогнозу в короткостроковій перспективі повільно зростатиме до 2030 р.

Також негативним чинником, що безпосередньо впливає на досліджувану проблему, є міграція. І тут важливо проаналізувати ситуацію до 2022 р. та після 24 лютого 2022 р. Загалом, міграційні процеси в Україні останніми десятиліттями зумовлені відтоком громадян держави за кордон у пошуках роботи або кінцевої еміграції, тобто свідомого переїзду на постійне місце проживання в іншу державу. Водночас кількість населення України дещо збільшувалась за рахунок іммігрантів з афроазіатських країн у середньому від 70 до 122 тис. осіб на рік у віковій групі 15–34 роки²⁹. Переважно це були абітурієнти або студенти, які після закінчення закладів вищої освіти залишались працювати та жити в Україні.

Проте такі демографічні прогнози, моделі й оцінки експертів не врахували й не могли врахувати війну, в якій опинилась Україна з 22 лютого 2024 р. Інститут демографії та соціальних досліджень також робить невтішні прогнози про те, що через 10 років в Україні в кордонах 1991 р. проживатимуть не більше 35 млн осіб³⁰. Отже, можна попередньо констатувати, що внаслідок повномасштабного вторгнення громадяни України, які виїхали за межі держави і не повернулись протягом двох років, навряд чи повернуться в майбутньому. Сьогодні вони активно інтегруються в суспільство в тих державах, які надали їм статусу шукача притулку, вивчають мову, працевлаштовуються, часто укладають шлюби з місцевими громадянами та народжують дітей, а діти – громадяни України вже отримують освіту в місцевих школах та університетах. А це означає, що про повернення в Україну таких

повноцінні статистичні, епідеміологічні й клінічні дослідження, оцінює фактори ризику виникнення раку, ефективність методів лікування, виживання хворих, складає прогностичні оцінки розвитку онко-епідеміологічного процесу.

²⁶ *Рак в Україні 2021–2022. Захворюваність, смертність, показники діяльності онкологічної служби* (З Федоренко керівник проєкту, О Єфіменко ред) [2023] 24 Бюлетень Національного канцер-реєстру України 24.

²⁷ Там само 15.

²⁸ *Комплексний демографічний прогноз України на період до 2050 р.* (н 4) 71.

²⁹ Там само 101–102.

³⁰ У 2033 році населення України становитиме близько 35 мільйонів – Лібанова (*Інститут демографії та соціальних досліджень*, 19.09.2023) <<https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3763296-u-2033-roci-naselenna-ukraini-stanovitime-blizko-35-miljoniv-libanova.html>> (дата звернення: 13.03.2024).

громадян не йдеться. І тому найближчими десятиліттями держава матиме негативну динаміку в демографічній ситуації.

Українська нація старітиме стрімкими темпами, оскільки велика кількість непрацездатного населення залишилась у державі, однак народжуваність упала в рази. Так, за даними Міністерства юстиції України, у 2023 р. у країні народилося 187 387 тис. маленьких українців. Для порівняння: у 2010 р. народилось 497 689 діток³¹. Це означає, що народжуваність зменшилась у 2,7 раза. Таким чином замала кількість народжених дітей сьогодні стане великою проблемою в майбутньому. І навіть якщо припустити найскорішу перемогу України у війні, що розв'язала РФ, то навіть за умови збільшення народжуваності протягом 15–20 наступних років, демографічна, соціальна та фінансово-податкова ситуація не зміниться, адже передусім дітей необхідно вивчити та сприяти отриманню ними професії. І лише після цього такі члени суспільства зможуть працювати, сплачувати податки, з яких надалі проводитимуться як соціальні виплати, так і виплати з державного пенсійного забезпечення.

Мала чисельність народжених протягом останнього десятиліття та еміграція мільйонів українців за кордон унаслідок війни в наступні роки визначатиме дефіцит трудових ресурсів. Натомість останні три десятиліття кількість осіб похилого віку то зростає, то зменшується. А це означає, що потреба в державному фінансуванні пенсійних виплат нікуди не зникає. Станом на 1 січня 2024 р. кількість пенсіонерів в Україні становить 10 516 000 осіб, водночас на початку минулого 2023 р. було зареєстровано 10 687 000 пенсіонерів. Для порівняння: у 1991 р. кількість пенсіонерів становила 13 100 000 осіб³². Тут варто наголосити на тому, що натепер інформація щодо офіційної статистики стосовно кількості пенсіонерів на сайтах державних органів частково обмежена через воєнний стан у державі. Тож наводимо статистичні дані з відкритих джерел.

Ще однією проблемою, що насувається шаленими темпами, є зростання кількості осіб з інвалідністю через війну. Якщо у 2021 р. в Україні налічувалось 2,7 млн осіб з інвалідністю, то за 18 місяців війни їх кількість збільшилась на 300 000 осіб³³. Спричинено це численними фактами травмування, пораненнями на фронті, мінно-вибуховими травмами як у військових, так і у цивільного населення. Понад 50 тис. громадян сьогодні потребують протезування однієї чи декількох кінцівок³⁴.

³¹ В Україні народилося понад 187 тисяч немовлят у 2023 р. (Міністерство юстиції України, 26.01.2024) <<https://minjust.gov.ua/news/ministry/v-ukraini-narodilosya-ponad-187-tisyach-nemovlyat-u-2023-rotsi>> (дата звернення: 13.03.2024).

³² Скільки пенсіонерів в Україні – статистика на початок 2024 року (Факти, 19.01.2024) <<https://fakty.com.ua/ua/ukraine/suspilstvo/20240129-v-ukrayini-skorotylasya-kilkist-pensioneriv-skilky-lyudej-otrymuyut-pensiyi-ta-rozmiry-vyplat>> (дата звернення: 13.03.2024).

³³ В Україні налічується 3 мільйони людей з інвалідністю – Жолнович (Укрінформ, 19.09.2023) <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3763345-v-ukraini-nalicutsa-3-miljoni-ludej-z-invalidnistu-zolnovic.html?fbclid=IwAR10hQsNP_wKrm3BgQBJHmsChSlRirnvSMHxw5gnkpiwERS71xYrQT0Yaxg> (дата звернення: 13.03.2024).

³⁴ В Pancevski, 'In Ukraine, Amputations Already Evoke Scale of World War I' (The Wall Street Journal, Aug. 1, 2023) <<https://www.wsj.com/articles/in-ukraine-a-surge-in-amputations-reveals-the-human-cost-of-russias-war-d0bca320>> (accessed: 13.03.2024).

Наведена аналітика демографічного стану України свідчить про неухильне старіння населення держави. Сьогодні все ще існує солідарна система пенсійного забезпечення і часом така державна пенсія є єдиним джерелом коштів для більшості пенсіонерів. І, незважаючи на те, що держава намагається проводити реформування системи пенсійного забезпечення уже понад 20 років, – так і не запрацював її важливий другий рівень – накопичувальна система загальнообов’язкового державного пенсійного страхування. У таких складних демографічних умовах, враховуючи солідарну пенсійну систему, низьку народжуваність і відтік працездатного населення, невдовзі держава стане неспроможною утримувати зростаючу кількість осіб пенсійного віку, інвалідів та інших осіб, які постійно потребують державної соціальної допомоги.

У контексті описаної проблеми актуальним і надійним способом забезпечення свого майбутнього в старості, у тому числі й соціального захисту, має, нарешті, стати третій рівень пенсійної системи – недержавне пенсійне забезпечення, де одним із інститутів є страхування життя та здоров’я, пенсійного забезпечення та інвестиційне страхування життя.

З цих позицій насамперед необхідно нагадати сутність пенсійної реформи, яка розпочалась в Україні ще 2004 р. із прийняттям низки профільних законів, зокрема, “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування”³⁵ від 09.07.2003 та “Про недержавне пенсійне забезпечення”³⁶ від 09.07.2003. Основною метою пенсійної реформи мало стати зменшення дефіциту Пенсійного фонду України та введення трирівневої системи пенсійного забезпечення, де перший рівень – це солідарна система пенсійного забезпечення, другий – обов’язкова накопичувальна система пенсійного забезпечення і третій рівень – недержавне пенсійне забезпечення. За правильного поєднання всі три рівні мають забезпечити гідну пенсію кожному громадянину України. Проте й натепер, у 2024 р., за двадцять років від початку реформи системи пенсійного забезпечення, в Україні ситуація на краще не змінилась. І на те є як об’єктивні, так і суб’єктивні причини. Обґрунтуємо.

Солідарна система пенсійного забезпечення, що склалася за часів СРСР і більш-менш успішно працювала до 1991 р., у сучасних умовах ХХІ ст. є нежиттєздатною, економічно необґрунтованою та фінансово неспроможною, оскільки надмірно високі ставки пенсійних внесків спричиняють додаткове навантаження як на економіку в цілому, так і на суб’єктів господарювання зокрема. Ще у 2009 р. вчені звернули увагу на те, що часом роботодавці змушені сплачувати до Пенсійного фонду третину від фонду заробітної плати (33,2 % суми фактичних витрат на оплату праці працівників)³⁷, що є негативним фактором для розвитку підприємницької та го-

³⁵ Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 9 липня 2003 р. № 1058-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 49–51. Ст. 376.

³⁶ Про недержавне пенсійне забезпечення: Закон України від 9 липня 2003 р. № 1057-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 47–48. Ст. 372.

³⁷ О Хорватова, ‘Основні проблеми діючої системи пенсійного забезпечення’, *Правове регулювання вищої освіти України: сучасний стан та перспективи розвитку: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф.* (Видво Європ. ун-ту 2009) 192–198.

сподарської діяльності, адже надалі підвищується собівартість продукції, знижується її конкурентоспроможність, стримується зростання заробітної плати, часто неможливим є залучення інвестицій.

Ситуація не покращилась й із запровадженням єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування (далі – ЄСВ) на підставі Закону України “Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування”³⁸ від 8 липня 2010 р. Розрахунок був на те, що суб'єкти підприємницької діяльності, переважно фізичні особи – підприємці (далі – ФОП), за рахунок щомісячної сплати ЄСВ покращать ситуацію з наповненістю бюджету Пенсійного фонду. Проте ситуація кардинально не змінилась через соціально-демографічні показники, оскільки станом на 01.01.2000 в Україні налічувалось 14 529 800 пенсіонерів, на 01.01.2011 – уже 13.738.000 пенсіонерів³⁹, а у 2019 р. – 10 900 000 пенсіонерів. Проте кількість офіційно працюючих громадян, у тому числі ФОП, становила на 01.01.2000 – 18 520 700 осіб працездатного віку, у 2011 р. – 17 520 800 осіб, а у 2019 р. – уже 15 894 900 осіб⁴⁰. З цього можна зробити висновок про те, що останні 20 років у середньому на 10 працюючих припадає 7–8 платників податків. Таке співвідношення між чисельністю пенсіонерів і платників податків і обов'язкових пенсійних внесків впливає на загальну економічну ситуацію в державі, постійно залежить від рівня зайнятості та оплати праці, і головне – від таких демографічних факторів, як рівень смертності у вікових групах.

Водночас наведені вище статистичні показники демографічного стану в умовах воєнного стану в Україні також мають величезний вплив на майбутнє держави. Як би не хотілось усім українцям найшвидшої перемоги, слід реально розуміти ситуацію на фронті та всередині держави. Саме тому сьогодні складно прогнозувати розвиток подій, кількість та якісний склад населення країни після війни. Згідно з дослідженням, проведеним Українським інститутом майбутнього, у 2023 р. в Україні

<...> економічно активними є близько 11,7 млн українців, з яких працюють орієнтовно до 9,3 млн, ще майже 2,7 млн є безробітними. У цілому у 2023 р. в Україні є близько 28,5 млн людей. Але важлива не загальна цифра, а структура. Серед усіх цих 28,5 млн у нас 16,8 млн це так зване економічно неактивне населення – пенсіонери, діти. Економічно активними є десь 11,7 млн, але працюють реально з них тільки орієнтовно 9–9,3 млн. Якщо від цієї цифри відняти ще працівників бюджетної сфери, то залишається 6–7 млн людей, які, по суті, є тією “упряжкою”, яка везе на собі всю економіку⁴¹.

³⁸ Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування: Закон України від 8 липня 2010 р. № 2464-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 2–3. Ст. 11.

³⁹ Середній розмір місячної пенсії та кількість пенсіонерів (за даними Пенсійного фонду) <https://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2007/sz/sz_u/srp_07rik_u.html> (дата звернення: 21.05.2024).

⁴⁰ Основні показники ринку праці (річні дані) <https://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2007/rp/ean/ean_u/arh_osp_rik_u.htm> (дата звернення: 21.05.2024).

⁴¹ Ілюзія зростання. Прогноз економіки України 2023–2024 (Український інститут майбутнього) <<https://uifuture.org/publications/ilyuziya-zrostannya-prognoz-ekonomiky-ukrayiny-2023-2024>> (дата звернення: 21.05.2024).

Із урахуванням таких показників прогноз майбутнього розвитку системи державного пенсійного забезпечення виглядає вкрай негативним, адже за кількості пенсіонерів в державі 10,5 млн у 2024 р. та працюючого населення 6–7 млн навантаження становить уже близько 13 пенсіонерів на 10 працюючих.

Ще один фактор взаємозалежності інституту страхування життя, системи пенсійного забезпечення та стану демографії – це пенсійний вік. Право на пенсію за віком в Україні мають: чоловіки – після досягнення 60 років і при стажі роботи не менше 25 років та жінки – після досягнення 55 років і при стажі роботи не менше 20 років (ст. 12 Закону України “Про пенсійне забезпечення”⁴²). І тут також є негативна демографічна тенденція: середній період отримання пенсій наближається до середньої тривалості сплати пенсійних внесків. За таких умов неможливо оптимізувати співвідношення між розмірами заробітної плати, пенсійних внесків і пенсій. А тому можна зробити висновок про те, що навіть ліквідація безробіття, скасування пільг та повна сплата пенсійних внесків не можуть вирішити фінансових проблем солідарної пенсійної системи без подовження пенсійного віку.

Євроінтеграційні процеси навіть у довоєнній Україні потребували комплексного та досконалого реформування системи пенсійного забезпечення, приведення її до європейських стандартів, коли кожен працюючий накопичує собі власні кошти на пенсійному рахунку в спеціально створених установах – страхових компаніях через укладання довгострокового договору страхування життя з пенсійною складовою, або в банківських установах через пенсійні депозити, чи відповідні заощадження в недержавних пенсійних фондах.

Соціальні показники діяльності системи пенсійного забезпечення свідчать про незахищеність людей похилого віку та часте позиціонування їх як найбіднішої верстви населення через малий розмір щомісячного державного пенсійного забезпечення. Так, станом на 01.01.2024 мінімальний розмір пенсії за віком становив 2361 гривню⁴³ (або 56 євро в перерахунку за курсом НБУ на цю дату⁴⁴). Для порівняння, у Німеччині, за неофіційними даними⁴⁵, середня пенсія становить приблизно 1538 євро брутто (брутто-зарплата, пенсія – розмір заробітної плати, пенсії або інших соціальних виплат до вирахування податків, зборів та інших обов’язкових платежів); у Франції – близько 1860 євро⁴⁶. Варто зазначити, що така середня пенсія в європейських державах визначена для осіб зі стажем роботи не менше ніж

⁴² Про пенсійне забезпечення: Закон України від 05.11.1991 № 1788-12. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 3. Ст. 10.

⁴³ О Зайцева, ‘Яка пенсія буде у 2024 році: кому її підвищують?’ (УНІАН 09.01.24) <<https://www.unian.ua/economics/finance/minimalna-pensiya-v-ukrajini-2024-yakoyu-vona-bude-i-komu-pidvishchat-pensiji-12475233.html>> (дата звернення: 21.05.2024).

⁴⁴ Архів валютних курсів (МінфінМедіа) <<https://index.minfin.com.ua/ua/exchange/archive/ua/2024-01-01/>> (дата звернення: 21.05.2024).

⁴⁵ Пенсія в Німеччині – скільки отримують німецькі пенсіонери? (06.03.2023) <<https://europa.jobs.ua/blog/kandydat/pensija-w-nimechyni-skilky-otrymujut-nimetski-pensionery/>> (дата звернення: 21.05.2024).

⁴⁶ Я Вальтер, ‘Пенсійні протести у Франції: про що йдеться?’ (Deutsche Welle, 28.03.2023) <<https://www.dw.com/uk/pensijni-protesti-u-francii-pro-so-jdetsa-v-evropejskomu-konteksti/a-65152404>> (дата звернення: 21.05.2024).

45 років; в інших людина може розраховувати на пенсію не більше 1000 євро бруто. Також, за даними платформи відкритих даних Опендатабот з посиленнями на дані Пенсійного фонду України⁴⁷, 51 % пенсіонерів держави отримують пенсію менше 4000 гривень (або близько 95 євро за офіційним обмінним курсом НБУ на 08.04.2024⁴⁸). Водночас прожитковий мінімум для осіб, які втратили працездатність, на 2024 р. визначений у розмірі 2361 гривня (ст. 7 Закону України “Про Державний бюджет України на 2024 рік”⁴⁹). З наведених статистичних даних однозначним є висновок про катастрофічну ситуацію у сфері державного пенсійного забезпечення. І йдеться наразі про тих осіб, які декілька десятиліть тому хоча й одержували високі заробітки та сплачували страхові внески, а сьогодні отримують пенсії на межі виживання та голоду.

Отже, діюча система пенсійного забезпечення має серйозні суперечності з новими соціально-економічними реаліями. І навіть реформування податкового законодавства, системи оплати праці та зростання легальних доходів населення, економічний розвиток держави до лютого 2022 р. не вплинули на зростання рівня державного пенсійного забезпечення. А тому подальше зволікання з проведенням пенсійної реформи неминуче може призвести до чергового підвищення пенсійного віку або до збільшення розмірів пенсійних внесків, що матиме наслідком загострення економічної ситуації та посилення соціальної напруженості.

Пенсійні системи удосконалюються практично в усьому світі, й у першу чергу в країнах з високорозвиненими суспільними відносинами. І для України в сучасних умовах воєнного стану та невизначеності найбільш прийнятною є багаторівнева пенсійна система. Сьогодні розвитку саме цього напрямку сприяє й законодавство, зокрема Закон України “Про страхування”⁵⁰ від 18 листопада 2021 р., який можна назвати клієнтоорієнтованим та який є рушійною силою для формування страхової культури в новому українському суспільстві. Закон про страхування спрямований на сучасні способи та методи регулювання відносин у сфері страхування в цілому; визначає нові вимоги до надання посередницьких послуг у сфері довгострокового страхування життя та пенсійного забезпечення; встановлює частково нові вимоги до порядку укладання, обслуговування та виконання договорів страхування життя зокрема.

З правової позиції, на нашу думку, і про що ми вже неодноразово говорили⁵¹, позитивним аспектом, наприклад, убачається зміна регулятора

⁴⁷ Л Ільченко, ‘Кожен другий пенсіонер в Україні отримує менше ніж 4 тисячі’ (*Економічна правда*, 17.01.2024) <<https://www.epravda.com.ua/news/2024/01/17/708843>> (дата звернення: 08.04.2024).

⁴⁸ Курс євро до гривні на 8 квітня 2024 <<https://minfin.com.ua/ua/currency/eur/2024-04-08>> (дата звернення: 08.04.2024).

⁴⁹ Про Державний бюджет України на 2024 рік: Закон України від 9 листопада 2023 р. № 3460-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/3460-20#Text>> (дата звернення: 08.04.2024).

⁵⁰ Про страхування: Закон України від 18 листопада 2021 р. № 1909-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1909-20#Text>> (дата звернення: 08.04.2024).

⁵¹ О Хорватова, “Тенденції ринку страхування життя та здоров’я у 2024 році в контексті нового Закону України “Про страхування”, *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб’єктивних цивільних та сімейних прав у сучасних умовах в Україні: ма-*

на Національний банк України (п. 40 ст. 1 Закону); визначення поняття “клієнт” як особи, яка звернулася за отриманням або користується страховою чи перестраховою послугою (п. 21 ст. 1 Закону); запровадження класів страхування замість обов’язкової та добровільної форми (ст. 4 Закону) та закріплення п’яти основних класів страхування життя: довгострокове страхування життя, страхування життя до шлюбу та до народження дитини, інвестиційне страхування життя, безперервне страхування здоров’я, пенсійне страхування (ч. 2 ст. 4 Закону).

Насамкінець стисло перелічимо переваги довгострокового договору страхування життя, договору інвестиційного страхування життя та договору пенсійного страхування як альтернативного способу забезпечення свого майбутнього: довгостроковість, адже відповідно до п. 14.1.52 ст. 14 Податкового кодексу України договір довгострокового страхування життя укладається строком на п’ять і більше років⁵²; передбачає страхову виплату одноразово або у вигляді анuitету, якщо застрахована особа дожила до закінчення терміну дії договору страхування чи події, передбаченої у договорі страхування, або досягла віку, визначеного договором; забезпечує соціальний захист у вигляді страхування здоров’я у випадках, прямо передбачених конкретною програмою та Правилами страхування; передбачає гарантований інвестиційний бонус та можливість покриття інфляції.

Висновки. Наведений вище ґрунтовний аналіз впливу демографічної кризи в Україні на соціально-економічний розвиток держави, міграційні процеси через воєнний стан, систему державного пенсійного забезпечення та перспективні можливості системи недержавного пенсійного забезпечення, її сучасне прогресивне цивільно-правове регулювання та взаємозв’язок із інститутом страхування життя дають можливість зробити однозначний висновок про те, що в найближчій перспективі необхідним для кожного громадянина працездатного віку стане прийняття рішення про самостійне забезпечення свого майбутнього у вигляді пенсії через наявні фінансові інструменти, зокрема договір страхування життя з пенсійною складовою. Саме інститут страхування життя протягом століть є одним з найпопулярніших та надійних способів забезпечення свого майбутнього у світі, а віднедавна й в Україні.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Zaliyev O, *Ubezpechennia zhyttia* (BIZON 2006) 688.
2. Hryhorash H, Hryhorash T, Oliinyk V, Subachov I, *Systemy sotsialnoho strakhuvannia zarubizhnykh krain. Navch. posib* (Tsentr uchbovoi literatury 2008).

теріали науково-практичної конференції, присвяченої пам’яті проф. Чингізхана Нуфатовича Азімова (Харків 2024) 135–137.

⁵² Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 13–14, № 15–16, № 17. Ст. 112.

3. Khorvatova O, *Strakhuvannia zhyttia. Navch. posib.* (Vyd-vo Yevropeiskoho universytetu 2012).

Edited books

4. *Demohrafichni perspektyvy Ukrainy do 2026 roku* (V Steshenko ed, 1999).
5. *Kompleksnyi demohrafichniy prohnoz Ukrainy na period do 2050 roku* (E Libanova ed, Ukrainskyi tsentr sotsialnykh reform 2006).
6. *Rak v Ukraini 2021–2022, Zakhvoriuvanist, smertnist, pokaznyky diialnosti onkologichnoi sluzhby* (Z Fedorenko kerivnyk proiektu, O Yefimenko red) [2023] 24 Biuletten Natsionalnoho kantser-reiestru Ukrainy.
7. *Strakhovi posluhy: Pidruchnyk* (S Osadets, T Artiukh ed, KNEU 2007).

Journal articles

8. Home J M, ‘Why does Sweden have such high fertility?’ [2005] 13 Demographic Research 559–572.
9. Kohler H-P, Ortega J A, ‘Tempo-Adjusted Period Parity Progression Measures, Fertility Postponement and Completed Cohort Fertility’ [2002] 6 Demographic Research 92–144.
10. Sobotka T, ‘Tempo-Quantum and Period-Cohort Interplay in Fertility Changes in Europe. Evidence from the Czech Republic, Italy, the Netherlands and Sweden’ [2003] 8 Demographic Research 152–214.
11. Libanova E, Makarova O, Pozniak O, Shevchuk P, Shyshkin V, ‘Demohrafichni perspektyvy Ukrainy: 2000–2075 roky’ [1999] 11 Zainiatist ta rynek pratsi 126–141.
12. Makarova O, Pozniak O, Shyshkin V, ‘Prohnoz demohrafichnoho rozvytku Ukrainy do 2010 r.’ [1997] 5 Ukraina: aspekty pratsi 25–27.
13. Mnykh M, ‘Strakhuvannia ta yoho rol u zabezpechenni sotsialnoho zakhystu naselennia’ [2007] 6 Finansy Ukrainy 39–45.
14. Rudnytskyi O, ‘Istorychna evoliutsiia chyselnosti naselennia Ukrainy u svitli teorii demohrafichnoho perekhodu’ [2020] 3(41) Demohrafiia ta sotsialna ekonomika 13.
15. Stefanovskyi A, ‘Adaptatsiia modyfikovanoi modeli Brassia dlia pobudovy povnykh tablyts smertnosti naselennia Ukrainy’ [2007] 2 Demohrafiia ta sotsialna ekonomika 38–55.
16. Shevchuk P, ‘Zastosuvannia formalnykh metodiv do prohnozuvannia smertnosti naselennia’ [2011] 2(16) Demohrafiia ta sotsialna ekonomika 73–83.

Conference papers:

17. Khorvatova O, ‘Legal and Economic Features of Corporate Life Insurance Policy: International and National Experience’ *The First International Scientific Conference on Private and Public Law. Proceedings of the Conference* (March 29, 2014) (“East West” Association for Advanced Studies and Higher Education GmbH, 2014) 68–71.
18. Khorvatova O, ‘The legal environment of insurance business in Europe and Ukraine’ Zbiro raportow naukowych. “Badania naukowe naszych czasow”. Sekcja 26. Prawoznawstwo (Diamond trading tour 2013) 29–33.
19. Khorvatova O, ‘Osnovni problemy diuchoi systemy pensiinoho zabezpechennia’, *Pravove rehuliuвання vyshchoi osvity Ukrainy: suchasnyi stan ta perspektyvy rozvytku: materialy Vseukr. nauk.-prakt. konf.* (Vyd-vo Yevrop. un-tu 2009) 192–198.
20. Khorvatova O, ‘Tendentsii rynku strakhuvannia zhyttia ta zdorov’ia u 2024 rotsi v konteksti novoho Zakonu Ukrainy “Pro strakhuvannia”’, *Problemy vdoskonalennia pryvatnopravovykh mekhanizmiv nabuttia, peredachi, zdiisnennia ta zakhystu sub’iektivnykh tsyvilnykh ta simeinykh prav u suchasnykh umovakh v Ukraini: materialy naukovo-praktychnoi konferentsii, prysviachenoї pam’iaty prof. Chynhizkhana Nufatovycha Azimova* (Kharkiv 2024) 135–137.

Newspaper articles

21. Pancevski B, 'In Ukraine, Amputations Already Evoke Scale of World War I' (*The Wall Street Journal*, Aug. 1, 2023) <<https://www.wsj.com/articles/in-ukraine-a-surge-in-amputations-reveals-the-human-cost-of-russias-war-d0bca320>> (accessed: 13.03.2024).
22. V Ukraini nalichuietsia 3 miliony liudei z invalidnistiu – Zholnovych (*UkrInform* 19.09.2023) <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3763345-v-ukraini-nalichuetsa-3-miljoni-ludej-z-invalidnistu-zolnovic.html?fbclid=IwAR10hQsNP_wKrm3BgQBJHmsChSlRirrvSMHxw5gnkpiwERS71xYrQT0Yaxg> (accessed: 13.03.2024).
23. Valter Ya, 'Pensiini protesty u Frantsii: pro shcho ydetsia?' (*Deutsche Welle*, 28.03.2023) <<https://www.dw.com/uk/pensijni-protesti-u-francii-pro-so-jdetsa-v-evropejskomu-konteksti/a-65152404>> (accessed: 21.05.2024).
24. Zaitseva O, 'Iaka pensia bude u 2024 rotsi: komu yii pidvyshchuiut?' (*UNIAN*, 09.01.24) <<https://www.unian.ua/economics/finance/minimalna-pensiya-v-ukrajini-2024-yakoyu-vona-bude-i-komu-pidvishchat-pensiji-12475233.html>> (accessed: 21.05.2024).
25. Ilchenko L, 'Kozhen druhyi pensioner v Ukraini otrymuie menshe nizh 4 tysiachi' (*Ekonomichna pravda*, 17.01.2024) <<https://www.epravda.com.ua/news/2024/01/17/708843>> (accessed: 08.04.2024).
26. Pensia v Nimechchyni – skilky otrymuiut nimetski pensionery? (06.03.2023) <<https://europa.jobs.ua/blog/kandydat/pensija-w-nimechyni-skilky-otrymujut-nimetski-pensionery>> (accessed: 21.05.2024).
27. Rosiia vykradaie ukrainskykh ditei: yak yikh povernuty? (*Ukrinform*, 18.08.2023) <<https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3750020-rosia-vikradae-ukrainskih-ditej-ak-ih-povernuti.html>> (accessed: 13.03.2024).
28. Skilky pensioneriv v Ukraini – statystyka na pochatok 2024 roku (*Fakty*, 19.01.2024) <<https://fakty.com.ua/ua/ukraine/suspilstvo/20240129-v-ukrayini-skorotylasya-kilkist-pensioneriv-skilky-lyudej-otrymuyut-pensiyi-ta-rozmiry-vyplat>> (accessed: 13.03.2024).
29. U 2033 rotsi naselennia Ukrainy stanovytyme blyzko 35 milioniv – Libanova (*Instytut demografii ta sotsialnykh doslidzen*, 19.09.2023) <<https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3763296-u-2033-roci-naselenna-ukraini-stanovitime-blizko-35-miljoniv-libanova.html>> (accessed: 13.03.2024).

Websites

30. Way home: vnutrishnii ta zovnishnii vymir repatriatsii, rehabilitatsii ta (re)intehratsii ditei, deportovanykh, prymusovo peremishchenykh abo v inshyi sposib rozluchenykh z rodynamy u zv'iazku zi zbroinoiu ahresiiu RF proty Ukrainy (*Rehionalnyi tsentr prav liudyny*, 2023) <<https://rchr.org.ua/analytics/way-home-mehanizm-i-osnovy-polityky-povernennya-nezakonno-deportovanyh-i-prymusovo-peremishhenykh-ditej>> (accessed: 13.03.2024).
31. V Ukraini narodylosia ponad 187 tysiach nemovliat u 2023 rotsi (*Ministerstvo Yustytzii Ukrainy*, 26.01.2024) <<https://minjust.gov.ua/news/ministry/v-ukraini-narodilosya-ponad-187-tisyach-nemovlyat-u-2023-rotsi>> (accessed: 13.03.2024).
32. Iliuziia zrostannia. Prohnoz ekonomiky Ukrainy 2023–2024 (*Ukrainskyi Instytut maibutnoho*) <<https://uifuture.org/publications/ilyuziya-zrostannya-prognoz-ekonomiky-ukrayiny-2023-2024>> (accessed: 21.03.2024).

THE STATUS AND PROSPECTS OF PENSION SYSTEM
AND LIFE INSURANCE THROUGH THE DEMOGRAPHIC CRISIS
UNDER THE CONDITIONS OF THE STATE OF WAR:
A CIVIL LEGAL ANALYSIS

ABSTRACT. The relevance of the conducted research is due to the modern demographic changes of the last decades, as well as migration processes and challenges caused by the state of war in Ukraine. Demographic processes directly affect such important socio-economic indicators as the number of employees, the unemployment rate, the number of pensioners and persons in need of state social assistance, the amount of taxes and fees paid to the state budget, and, accordingly, the monetary amount of social assistance and pensions to citizens who they need it.

The purpose of the article is a Civil Law analysis of the sphere of life insurance and pension system due to the impact of the demographic crisis and migration associated with the state of war in Ukraine.

Within the framework of the article, the demographic situation in Ukraine over the past three decades is analyzed, the negative trends of the decrease in the number of the population of the state as a whole, and the number of persons of working age in particular, are pointed out; social, economic, everyday reasons affecting the state of demography, as well as the influence of mortality rates among the working population on the problem under consideration are given. The negative influence of the state of war on the number of citizens of the state and the associated migration processes is substantiated.

The author has studied in detail the state and problems of the current system of state pension system and given arguments for the introduction of non-state pension system through the life insurance. Based on the norms of the current legislation, the advantages of the voluntary savings system as an element of non-state pension system with the help of a long-term life insurance and pension contract are clarified.

Within the scope of the article, considerable attention is paid to forecasts of the future development of post-war Ukraine and prospects for reforming the sphere of life insurance and pension system.

It was concluded that it is necessary to borrow positive world experience in the field of life insurance and pension system as a reliable tool for securing one's future and a type of social protection, which is the driving force for the formation of the latest insurance culture in Ukrainian society.

KEYWORDS: pension; pension system; social welfare; life insurance; demography; demographic crisis; demographic indicators; civil law; long-term life insurance contract.



Пилип Пилипенко

доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України,
завідувач кафедри соціального права
Львівського національного університету імені Івана Франка
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3382-3033>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/GMX-3153-2022>
pylyp.pylypenko@lnu.edu.ua

УДК 349.2

ТРУДОВІ ВІДНОСИНИ І ТРУДОВИЙ ДОГОВІР У ПРОЄКТІ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Анотація. Україна – єдина з держав на пострадянському просторі, яка все ще продовжує використовувати для регулювання трудових відносин ухвалений у 1971 р. Кодекс законів про працю. Попри усі зміни й доповнення, що були внесені до цього нормативного акта за більш ніж півстолітній період функціонування, він сьогодні вже не відповідає сучасному стану розвитку суспільно-трудова відносин, а тому існує нагальна потреба кодифікації трудового законодавства для узгодження його з вимогами, що існують для регулювання трудових відносин у країнах Європейського Союзу.

Усі спроби ухвалення нового Трудового кодексу України, що відбувалися, починаючи з кінця минулого століття, так і не були доведені до завершення. Жоден з проєктів кодексу, що подавався на розгляд Верховної Ради України, не зміг подолати етап другого читання, залишившись десь на архівних полицях парламенту. Тому поява чергового проєкту Трудового кодексу дає надію сподіватися, що наша держава, урешті-решт, отримає сучасний кодифікований акт, з яким не соромно буде долучатись до системи законодавства об'єднаної Європи.

Щоправда, уже перші враження від ознайомлення з поданим до парламенту проєктом цього кодексу виявились зовсім не обнадійливими. Доволі слабкою, на жаль, видається концептуальна складова проєкту. Серйозні зауваження викликають питання структури кодексу, об'єкта його регулювання, принципів (засад), на яких таке регулювання базуватиметься, сфери чинності тощо. Тому метою цієї статті є перегляд деяких концептуальних підходів до визначення найбільш важливих понять і термінів трудового права й внесення пропозицій і рекомендацій розробникам проєкту та суб'єкту подання для покращення його нормативного наповнення. Пропонується, зокрема, переглянути деякі визначальні для трудового права формулювання таких правових понять, як трудові відносини, трудовий договір, форма трудового договору тощо.

Зроблено висновок, що перспективним варіантом в умовах глобалізації ринку праці є ухвалення кодифікованого акта для регулювання лише індивідуальних трудових відносин. Колективні відносини та відносини, що так чи інакше залежать від трудових, повинні регулюватись спеціальними законодавчими актами.

Ключові слова: трудове право; трудові відносини; трудовий договір; трудовий кодекс; форма трудового договору.

На початку ХХІ ст. Міністерство праці та соціальної політики України та Міжнародна організація праці започаткували проєкт технічного співробітництва “Україна: сприяння реалізації основних принципів та прав у сфері праці”, основною метою якого було напрацювання пропозицій для вироблення концепції та підготовки проєкту нового трудового кодексу. Бо насправді на той час лише Україна та Молдова користувались старим радянським законодавством для регулювання трудових відносин. Усі інші так звані республіки колишнього СРСР уже мали нові трудові кодекси, ухвалені ще наприкінці минулого століття.

Утворена на виконання проєкту технічного співробітництва група фахівців науковців і представників профспілок спільно з роботодавцями на кінець 2001 р. завершила роботу над проєктом Трудового кодексу, який був поданий Міністерством праці та соціальної політики до Верховної Ради України. Однак, крім рекомендації на друге читання, він жодних інших позитивних відгуків не отримав. А тому впродовж наступних десяти–п’ятнадцяти років після незначних “доопрацювань” проєкт кодексу подавався до парламенту вже від інших суб’єктів законодавчої ініціативи. Але і їх спіткала та ж сама доля. Друге читання жоден з них також не подолав. Натомість законодавці Молдови свою місію завершили позитивним результатом, ухваливши відповідний кодифікований нормативний акт.

Потрібно відзначити, що після підписання у 2014 р. Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом і його державами-членами, з іншої сторони¹ можна було навіть почути схвальні відгуки провідних науковців сфери трудового права, які вважали, що затримка з ухваленням Трудового кодексу може зіграти позитивну роль, бо, підписавши Угоду, ми, нарешті, зможемо його ухвалити вже з урахуванням вимог до законодавства про зайнятість Європейського Союзу. Однак після того, як Міністерство економіки, яке перебрало на себе повноваження щодо забезпечення відносин зайнятості, на кінець 2019 р. подало до Верховної Ради проєкт під назвою “Закон про працю України”², стало зрозуміло, що адаптації вітчизняного трудового законодавства до законодавства ЄС годі сподіватися. Благо, що після нищівної критики від профспілок, громадськості та науковців цей законопроєкт був узагалі знятий з розгляду.

І ось, наприкінці минулого, 2023, року Кабінет Міністрів України вніс для обговорення черговий проєкт Трудового кодексу України (далі – проєкт), який за текстом преамбули до нього

є <...> продовженням *сторічної (?) традиції кодифікації трудового законодавства* та відображає новочасний етап унормування індивідуальних та колективних трудових відносин на принципах свободи, рівності, забезпечення гідної праці з імплемента-

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text> (дата звернення: 20.05.2024).

² Проєкт Закону про працю від 28.12.2019 № 2708 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/86>> (дата звернення: 20.05.2024).

цією міжнародних стандартів регулювання трудових відносин у національне законодавство³.

З огляду на такі презентаційного характеру вступні слова можна було б сподіватись, що проблема з відсутністю на третьому десятку років незалежності сучасного Трудового кодексу в Україні, нарешті, буде вирішеною. Та виявилось, що насправді все не так просто, як про це можна судити, виходячи із уже цитованої преамбули. Бо, власне, та згадка про “сторічну традицію кодифікації трудового законодавства” повертає нас у далекі двадцять роки минулого століття, коли з’явився перший Кодекс законів про працю України (далі – КЗпП України). Він, як про це писав свого часу В. Прокопенко, ‘<...> був розроблений у Росії і як проєкт одержаний Україною у червні 1922 року’⁴. Зрозуміло, що й нині чинний КЗпП України⁵ 1971 р., у основі своїй, є типовим зразком радянських підходів до регулювання трудових відносин й, незважаючи на численні зміни до нього, усе ще залишається далеким від світових зразків сучасного забезпечення таких відносин в умовах глобалізації ринку праці та інтеграції України до європейської спільноти. Тому новий кодекс мав би вочевидь відповідати найсучаснішим вимогам правового забезпечення відносин найманої праці та враховувати відповідні міжнародні стандарти і світовий досвід регулювання соціально-партнерських стосунків.

Уже перші враження від ознайомлення з представленим проєктом Трудового кодексу України виявились далекими від очікуваних. Бо насправді доволі слабкою видається його концептуальна складова, яка навряд чи зможе стати основою для підготовки нового сучасного кодексу. І навіть з цієї причини його можуть не рекомендувати до розгляду у Верховній Раді України вже на стадії першого читання. У контексті цього суттєвих доопрацювань потребує, як видається, Книга перша, де йдеться про основні, засадничі положення майбутнього кодифікованого акта, які визначатимуть характер і зміст наступних його підрозділів. Адже неправильно обрані орієнтири, проігноровані або відхилені наукові рекомендації та практичні висновки й побажання самих учасників трудових відносин можуть негативно відбитися на ефективності його правових норм.

Чимало зауважень концептуального характеру викликає, зокрема, та частина проєкту, де йдеться про *трудова відносини* як об’єкт регулювання (ст. 8). Тут зібрано фактично майже усі постулати останнього періоду розвитку радянської науки трудового права: це і поділ їх на “індивідуальні та колективні трудові відносини”, й так звані “пов’язані” з індивідуальними трудовими відносинами: до укладення трудового договору (працевлаштування), після припинення трудового договору, під час вирішення індивідуальних трудових спорів та під час здійснення державного нагляду

³ Трудовий кодекс: проєкт 2023 р. <https://spo.fpsu.org.ua/wp-content/uploads/2024/01/1proekt_trudovogo_kodeksu_12.01.2024.pdf> (дата звернення: 20.05.2024).

⁴ В Прокопенко, *Трудове право України: підручник* (Консум 1998) 66.

⁵ Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 № 322-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text>> (дата звернення: 20.05.2024).

та контролю за додержанням трудового законодавства. Тобто все, що зазвичай подається як предмет трудового права, тепер, на думку розробників, має бути відображено у кодексі.

Але нагадаємо, що предмет галузі трудового права і об'єкт регулювання нормативного акта – не тотожні речі. І в нашому випадку Трудовий кодекс як основний нормативний акт (джерело) трудового права зовсім не обов'язково повинен містити норми і правила регулювання усіх відмінних за своєю соціально-правовою природою відносин, які формують предмет цієї галузі. Зрештою, навіть візуальний аналіз поданих у ст. 8 таких відносин і порівняння їх зі змістом кодексу ілюструє відсутність у поданому проекті відповідних книг і розділів, де йшлося б про регулювання тих же відносин працевлаштування чи відносин після укладення трудового договору. І це цілком закономірно, бо відносинам працевлаштування зовсім не місце у Трудовому кодексі, як і таким, що можуть поставати після припинення трудового договору. Останні, хоча й пов'язані з колишніми трудовими відносинами, але їхня сутність зовсім інша. Вони можуть з'являтися зазвичай у сфері відносин з вирішення індивідуальних трудових спорів. Але тут не важко переконатись, що йтиметься в такому випадку про відносини поза сферою чинності Трудового кодексу. Так само парадоксальним видається варіант з відносинами “під час здійснення державного нагляду і контролю за додержанням трудового законодавства”. Це стовідсотково(!) адміністративні стосунки і їм також не місце у кодексі, який регулює трудові відносини.

Існування цих відносин і їх залежність від трудових відносин об'єктивно потребуватиме ухвалення спеціальних законів, як це, зрештою, практикується й тепер. Норми таких законодавчих актів, як і самі відносини, залишатимуться в межах трудового права. Належність до цієї галузі колективних трудових відносин так само не можна розглядати як об'єкт регулювання норм Трудового кодексу. Соціальне партнерство, соціальний діалог, колективні трудові спори, локаут, правовий статус профспілок, об'єднань роботодавців тощо мають регулюватись профільними законодавчими актами. І практика правового забезпечення аналогічних відносин у країнах – членах ЄС може бути тут яскравим прикладом і визначальним орієнтиром для наших законодавців. Тобто сферою регулювання нового сучасного Трудового кодексу є лише *індивідуальні трудові відносини*. Саме з визначення цих відносин має починатися побудова нормативного матеріалу кодексу. А саме цього визначення у проекті й бракує.

Але перш ніж аналізувати норми проекту Трудового кодексу, які стосуються визначення поняття трудових відносин, характеристики їхніх ознак, підстав виникнення та припинення, суб'єктного складу тощо, спробуємо розібратися з деякими термінологічними аспектами цього, без сумніву, чи не найважливішого суспільно-правового явища, задля регулювання якого й потрібен цей кодекс. Йдеться про використання відносного прикметника “індивідуальні”, який використано, зокрема, й у назві Книги другої “Індивідуальні трудові відносини” проекту.

Насправді така комбінація цих трьох слів є властивою тільки щодо характеристики предмета трудового права і лише для того, щоб відокремити у його структурі *індивідуальні трудові відносини* від таких же трудових, але *колективних відносин*. Крім того, характеризуючи систему трудового права, ми також використовуємо цей прикметник, показуючи поділ нормативного матеріалу цієї галузі на *індивідуальне* та *колективне* трудове право. У решті випадків, чи то аналізуючи чинне трудове законодавство, чи практику його застосування, як і в контексті наукових досліджень, потрібно оперувати терміном *трудова відносина*.

Принагідно зауважимо, що увесь цивілізований світ, як на рівні міжнародно-правових документів (ООН, МОП), так і нормативних актів, наприклад держав – членів ЄС, використовує в таких випадках поняття – *трудова відносина*. Тому й вітчизняний законодавець мав би в кодифікованому акті, який призначений для регулювання таких відносин, надати їх визначення. Натомість поняття, яке мало б відобразити об’єкт правового регулювання, а отже, й сферу застосування та все інше, від чого залежатиме подальша кодифікація, у цьому проєкті просто упущено.

І тут варто нагадати про багаторічний Проєкт ЄС – МОП “На шляху до безпечної, здорової та задекларованої праці в Україні”, який фінансувався Європейським Союзом і який мав на меті виробити, у тому числі й рекомендації щодо кодифікації трудового законодавства України в напрямі його наближення до європейських соціально-трудова стандартів. Однак складеться враження, що він фактично проігнорований⁶.

А в цьому документі, нагадаємо, чітко вказується на необхідність легітимації визначення поняття *трудова відносина*. І якби таке визначення надавалося у проєкті Трудового кодексу, то не потрібні були б, наприклад, статті 9, 10 у пропонованій редакції, оскільки відносини, про які йдеться тут, не підпадають під ознаки трудових. Більше того, ст. 9 “Праця окремих категорій осіб” виписана у кращих традиціях радянського трудового права, яке, нагадаємо, “регулювало” чомусь не трудові відносини, а власне працю (?).

Ще один дуже суттєвий аспект, який пов’язаний із чітким визначенням у кодексі поняття трудових відносин, стосується розділу II “Акти, що регулюють трудові відносини”. Бо тут, не кажучи вже про суцільні нісенітниці з характеристикою різних нормативних актів, які мають забезпечувати регулювання трудових відносин, фігурує ст. 15 з промовистою назвою “Аналогія”. Вона, по-перше, виписана на тому ж рівні, що й увесь другий розділ проєкту, а тому зрозуміти, у чому ж суть такої аналогії, просто неможливо. А по-друге, у кодексі, де було б чітко визначено поняття *трудова відносина*, жодної згадки про аналогію чи то закону, чи права бути не повинно. Констатація на практиці факту існування трудових відносин за ознаками,

⁶ Проєкт ЄС – МОП “На шляху до безпечної, здорової та задекларованої праці в Україні” <<https://web.archive.org/web/20230326072510/https://www.ilo.org/budapest/what-we-do/projects/declared-work-ukraine/lang-uk/index.htm>> (дата звернення: 20.05.2024).

що визначені у Рекомендації МОП щодо трудових відносин⁷ № 198 2006 р., мала б означати *безсумнівне* (!) застосування щодо їхнього регулювання норм цього Трудового кодексу. Поза сферою його впливу трудових відносин існувати не повинно.

Згадуваний Проект ЄС – МОП “На шляху до безпечної, здорової та задекларованої праці в Україні” пропонує визначати трудові відносини як відносини, за якими фізична особа (працівник) зобов’язується виконувати за відповідну винагороду розумову чи фізичну роботу для іншої особи (роботодавця) під керівництвом, наглядом і контролем останньої та з її дозволу.

З цього визначення не важко окреслити найбільш характерні ознаки цих відносин, завдяки яким проявляється юридична природа таких відносин та існують реальні можливості для відокремлення їх від інших подібних відносин, що існують у суспільстві й пов’язані з використанням чужої праці для отримання певної вигоди особами, що її використовують. Це дуже важливо, бо від цього залежатиме обрання правових норм, які застосовуватимуться для регулювання таких відносин, а отже, й рівень гарантій трудових прав їхніх суб’єктів. При цьому варто мати на увазі, що в разі спору з приводу існування трудових відносин чи, навпаки, – про їхню відсутність, тягар доведення покладається на особу, яка використовує таку чужу працю.

Беручи до уваги сучасне розмаїття форм використання чужої праці, іноді на практиці можуть виникати труднощі щодо встановлення факту існування чи, навпаки, відсутності трудових відносин у тих випадках, коли права і обов’язки сторін не чітко прописані, а особливо, коли робляться спроби замаскувати фактичні трудові відносини, або ж, коли в нормативних актах, що їх регулюють, мають місце нечіткі й незрозумілі формулювання. Тому Рекомендація МОП № 198 та Директива (ЄС) 2019/1152 Європейського Парламенту і Ради від 20 червня 2019 р. про прозорі та передбачувані умови праці в Європейському Союзі⁸ пропонують для цього встановлювати на законодавчому рівні так звану правову презумпцію існування трудових відносин шляхом визначення наявності однієї чи декількох відповідних ознак таких стосунків, незалежно від відсутності формального трудового договору та, незважаючи на те, як вони характеризуються у будь-якій домовленості (договірній чи іншій), що укладена між особою, яка виконує роботу, і особою, яка є її вигодонабувачем⁹.

Стаття 29 “Ознаки трудових відносин” проекту Трудового кодексу таку презумпцію визначає, вказуючи, що “договірні відносини незалежно від їх назви та виду визнаються трудовими за наявності трьох і більше зазначених ознак”. Тобто такий крок авторів проекту можна вітати, бо це дуже важливо для забезпечення гарантій працівникам у разі оспорування факту наявності

⁷ Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198). ILO Recommendation adopted 15 Jun 2006 <https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535> (accessed: 20.05.2024).

⁸ Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1152/oj>> (accessed: 20.05.2024).

⁹ Employment Relationship Recommendation (n 7).

чи відсутності трудових відносин у певному конкретному випадку. Інша річ, що в цитованій статті наведено вичерпний перелік ознак трудових відносин, а це не найкращий варіант, оскільки зазвичай рекомендується у таких випадках не обмежуватись певними їх видами, а вказувати на можливість застосування й інших ознак, які можуть засвідчувати наявність трудових відносин. Тим більше, що фактичний перелік ознак, які містяться у Рекомендації МОП № 198, значно ширший від наданого у ст. 29. І це при тому, що такі ознаки можуть бути встановлені судами додатково, під час вирішення трудових спорів. Для прикладу, у п. 8 Директиви (ЄС) 2019/1152 наголошується, що для встановлення факту існування трудових відносин слід урахувати критерії визначення статусу працівника, установлені в судовій практиці Суду Європейського Союзу¹⁰. А отже, при ухваленні Трудового кодексу доцільно було б відмовитись від вичерпного переліку ознак трудових відносин, як і констатації факту їхнього існування за наявності трьох і більше ознак (презумпції). Бо насправді для цього достатньо й однієї ознаки¹¹.

Визначивши на рівні кодифікованого нормативного акта поняття трудових відносин, які є об'єктом регулювання його норм, зможемо, урешті-решт, упорядкувати та звести до єдиного “знаменника” усю нормативну базу трудового права, позбувшись принагідно багатьох постулатів радянського минулого, які, на жаль, усе ще містить і цей проєкт. Особливо це стосується поняття та сутності трудового договору, на феномені якого вибудовувалась фактично уся радянська система регулювання трудових відносин, а зрештою, й однойменна доктрина. Також варто наголосити, що чимало наративів минулого, які пов'язані з трудовим договором, набули відображення у розділі I “Трудові відносини і трудовий договір” проєкту.

Показовою тут є ст. 30 “Підстави виникнення трудових відносин”, де, зокрема, зазначається, що “підставою для виникнення трудових відносин є трудовий договір”. Тобто нічого нового автори проєкту нам “не відкрили”, бо про таку його роль дуже добре усі знають з курсу трудового права. Й, здавалося б, що усе правильно і так має бути, але (!) уже наступне речення п. 3 цієї ж ст. 30 наголошує, що

у випадках, передбачених законодавством, установчими документами та/або локальними нормативними актами роботодавця, трудовий договір укладається (змінюється) на підставі: призначення на посаду, обрання на посаду та за результатами конкурсу. А далі йдеться про те, що трудовий договір може укладатися й на інших підставах, визначених законом¹².

Тобто в одному випадку трудовий договір як юридичний факт вважається *підставою* виникнення трудових відносин, а в інших – для його укладення вже існують якісь інші підстави (юридичні факти). При цьому останні можуть визначатися на рівні локальних актів чи установчих документів,

¹⁰ Directive (EU) 2019/1152 (n 8).

¹¹ Employment Relationship Recommendation (n 7).

¹² Трудовий кодекс: проєкт (n 3).

якщо це передбачено *законодавством*. Але як слід трактувати поняття “законодавство” у трудовому праві – усім відомо¹³.

Насправді ж перелічені у п. 3 ст. 30 проекту три види “підстав” для укладення трудового договору є нічим іншим, як *підставами* (юридичними фактами) виникнення трудових відносин, для оформлення яких, зрештою, укладається трудовий договір. Й у цьому не важко переконатись, уявивши зміст п. 5 цієї статті, де йдеться, про те, що до відносин, за якими робота виконувалась *без укладення трудового договору* та які в установленому законом порядку визнано *трудовими*, застосовуються норми трудового законодавства. А отже, правило п. 3 ст. 30, де зазначено, що “підставою для виникнення трудових відносин є трудовий договір”, не можна вважати таким уже безальтернативним. Тому найбільш вірогідною редакцією цієї норми міг би бути такий її виклад: “Підставою для виникнення трудових відносин, як *правило*, є трудовий договір”. Усе решта, що міститься у п. 3 цієї статті, належить подати відповідно до такого формулювання, залишивши пункти 4 і 5 у поданій тут редакції.

Ну й, нарешті, про сам *трудовий договір*. У ст. 31 проекту його визначено як угоду між працівником і роботодавцем, за якою працівник зобов’язується у інтересах роботодавця особисто виконувати роботу, визначену такою угодою, а роботодавець зобов’язується надати працівникові роботу за такою угодою, своєчасно та в повному обсязі виплачувати винагороду й забезпечувати належні умови праці.

Ось таке, доволі знайоме й звичне для нас поняття, яке, здавалося б, навряд чи потрібно змінювати, додавати до нього щось чи якимось інакше коригувати. Та все ж спробуємо поміркувати. Даруйте, що при цьому доведеться поспілкуватись подекуди термінологією нашого східного сусіда, та без цього, у контексті наведеної вище цитати В. Прокопенка, нам не обійтись.

Отже, якщо “трудовий договір” є підставою виникнення трудових відносин (ч. 3 ст. 30 Проекту), то буквально з визначення цього поняття достатньо всього лиш досягти “угоди” між працівником і роботодавцем. Тому можна зробити висновок, що саме ця “угода” і є підставою виникнення трудових відносин. Чому ж ми її називаємо – трудовим договором? Можливо, це якраз і пов’язано з “подарованим” свого часу нам Росією Кодексом законів про працю?

Нагадаємо принагідно, що концепція договірного (зобов’язального) права найбільш напрацьована й походить фактично з цивільного права. Тому не секрет, що до трудових відносин, які в оригіналі подавались колись як “відносини купівлі-продажу робочої сили”, цілком слушно застосовувалась ця ж цивільно-правова конструкція для визначення трудового договору як договору найму. А у колишньому Цивільному кодексі Української РСР¹⁴

¹³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміна “законодавство”) від 9 липня 1998 р. № 12-рп/98 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-98#Text>> (дата звернення: 20.05.2024).

¹⁴ Цивільний кодекс Української РСР від 18.07.1963 № 1540-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06#Text>> (дата звернення: 20.05.2024).

(далі – ЦК УРСР) “договір” визначався “як угода двох чи більше осіб, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних правовідносин”. Тобто договорами вважалися дво- або багатосторонні угоди. Й не дивно, що для визначення трудового договору було обрано аналогічний підхід: *трудо-вий договір – це угода*.

Чинний Цивільний кодекс України¹⁵ (далі – ЦК України) кардинально змінив правила визначення договору й узагалі відмовився при цьому від використання слова “угода”, яким свого часу позначались “дії громадян і організацій, що спрямовані на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав або обов’язків” (ст. 41 ЦК УРСР). Тепер для цього використовується поняття – правочин (ст. 202 ЦК України). А договором прийнято вважати “домовленість двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов’язків” (ст. 626 ЦК України).

Щоб зрозуміти логіку законодавця щодо зміни підходів у визначенні цивільного договору та відмову від використання при цьому слова “угода”, дозволимо собі повернутися на чверть століття назад, коли у тодішній, уже незалежній Україні, наближались до завершення кодифікаційні процеси, спрямовані на створення власної (не радянської) системи законодавства. І вочевидь перегляду підлягали також термінологічні поняття багатьох юридичних формулювань і визначень, які свого часу були нам щедро “даровані” російськомовними “основами законодавства СРСР”.

Само собою зрозуміло, що нове українське законодавство мало базуватись на термінології, яка б відповідала вимогам сучасної української мови. І в нашому варіанті ЦК України й став таким зразком нового українського законодавчого акта, змінивши “угоду (соглашение)” на *правочин* та визначив *договір* як “домовленість”, а не як “угоду”. І лише “трудовики”, попри усі спроби кодифікувати трудове законодавство, залишаються “вірними” старим радянським постулатам і уперто намагаються протягти в черговий проєкт Трудового кодексу визначення “трудоного договору” через “угоду”. А це, як видається, є абсолютно неприйнятним за сучасних умов.

Річ у тому, що слова “договір” і “угода” в українській мові є словами-синонімами. І це чітко простежується у тлумачних словниках сучасної української мови. Зокрема, Великий тлумачний словник сучасної української мови¹⁶ та чотирьохтомний Новий тлумачний словник української мови¹⁷ подають слова – “договір – як угоду”, а “угоду – як договір”. Більше того, якщо скористатись Російсько-українським словником складної лексики Святослава Караванського, то можна навіть помітити, що слово “договор” з російської перекладається на нашу мову як “угода”¹⁸. А тому спроба визначати *трудоий договір* як угоду дуже нагадує відомий латинський вираз *idem per idem*, тобто – те саме через те саме.

¹⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 20.05.2024).

¹⁶ В Бусел (уклад і голов ред), *Великий тлумачний словник сучасної української мови* (Перун 2004) 1285.

¹⁷ *Новий тлумачний словник української мови у чотирьох томах: у 4 т. Том 4: РОБ–Я* (В Яременко, О Сліпущко уклад, Аконті 1999) 612.

¹⁸ С Караванський, *Російсько-український словник складної лексики* (Бак 2006) 86.

Насправді те, що слова “договір” і “угода” є словами-синонімами у трудовому праві вже давно відомо. Щоправда, лише у тій його частині, яка називається – колективне трудове право. Тут, нагадаємо, залежно від рівнів соціально-партнерських стосунків розрізняють два види форм соціального діалогу – колективні угоди та колективні договори. Й про те, що в обох випадках йдеться про одне й те ж явище, можна зробити висновок, переглянувши їхні визначення, що надаються у ст. 2 Закону України “Про колективні угоди та договори”¹⁹, де вони визначаються, як “письмовий нормативний документ”.

Отже, потрібно, нарешті, визначитись із поняттям “трудового договору” та узгодити його з правилами і вимогами українського словотворення, уніфікувавши у такий спосіб конструктивні елементи з дефініціями цивільного, договірного права. Безперечно, при цьому необхідно зберегти усі ознаки, які відображають специфіку й характеризують юридичну природу соціально-трудових відносин. Тому ст. 31 проекту пропонується викласти у такій редакції: “Трудовим договором є домовленість між працівником і роботодавцем, за якою працівник зобов’язується в інтересах роботодавця та під його керівництвом особисто виконувати роботу, визначену цим договором, а роботодавець зобов’язується таку роботу надати, створивши належні, безпечні й здорові умови праці та своєчасно й у повному обсязі виплачувати заробітну плату”.

У цьому визначенні трудового договору, на відміну від варіанта, пропонуваного у проекті, додано обов’язок працівника виконувати роботу “під керівництвом роботодавця”, оскільки це чи не найважливіша ознака трудових відносин, і замість “виплачувати винагороду” зроблено акцент на “заробітну плату”, бо “винагорода” вважається більш широким за змістом поняттям і стосується будь-яких виплат за виконану особою роботу, у тому числі й поза сферою трудових відносин. Натомість “заробітна плата” належить до категорій трудового права й, зрештою, саме в такому аспекті вона закріплена у ст. 43 Конституції України²⁰.

І на завершення ще кілька слів про укладення трудового договору, бо тут, як видається, розробники проекту Трудового кодексу дещо “перестаралися”. Зокрема, у ч. 2 ст. 31 передбачається, що “працівник має право укладати трудові договори з одним або одночасно з декількома роботодавцями, якщо інше не передбачено законодавством”. Але ж трудовий договір, нагадаємо, є юридичним фактом, що породжує зазвичай трудові відносини. Одним з учасників цих відносин є роботодавець, який зацікавлений у продуктивному та ефективному виконанні працівником своїх трудових обов’язків упродовж визначеної норми робочого часу. Тому цілком логічно, що однією з умов трудового договору може бути застереження про заборону укладення працівником трудових договорів з іншими роботодавцями. Й таке право ро-

¹⁹ Про колективні угоди та договори: Закон України від 23 лютого 2023 р. № 2937-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2937-20#Text>> (дата звернення: 20.05.2024).

²⁰ Конституція України від 28 червня 1996 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 20.05.2024).

ботодавця передбачає чинний КЗпП України. Тобто визначати обмеження тут лише на рівні “законодавства”, очевидно, не можна.

Нагадаємо принагідно, що аналогічна норма з’явилась у вітчизняному трудовому законодавстві ще у 1991 р. як реакція на фактичну заборону сумісництва, що була властива для радянського трудового права. Однак така “демократизація” сфери трудових відносин уже й тоді вступала у суперечність з гарантіями конституційного права особи на відпочинок та правилами регулювання робочого часу. Тому в сучасних умовах жодних законодавчих заборон щодо участі особи в декількох трудових чи інших відносинах зайнятості бути не може. Єдине, що кожен випадок такого сумісництва мав би відбуватися в межах розумного поєднання різних видів зайнятості й не використовуватись на шкоду обом учасникам основних трудових відносин.

Таким же неприйнятним видається і правило ч. 4 цієї ж статті, за яким “типові форми трудового договору затверджуються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує функціонування та реалізує державну політику у сфері праці”. Та якщо пригадати, що трудовий договір за визначенням ст. 31 проєкту є всього лиш *домовленістю (угодою, як було)* двох сторін, то, отже, йому, як юридичному факту, що породжує трудові відносини, жодна форма не притаманна. Інша річ, що кожен трудовий договір мав би укладатися в письмовій формі, але, навіть за цих умов, типова форма такого документального для закріплення договірних домовленостей навряд чи потрібна. Очевидно, презюмується, що наявність її мала б полегшити процедуру оформлення прийняття на роботу та допомогти сторонам визначитись з усіма умовами трудових відносин. Та чи не зіграє такий варіант протилежну роль? Бо навіть за радянських часів, коли фактично держава була єдиним роботодавцем, жодної типової форми письмового трудового договору не існувало. Сьогодні ж, в епоху цифрових технологій і наявності різних за статусом і значущістю роботодавців, важко погодитись на запровадження такої типової форми. Зрештою, поява свого часу у сфері освіти типової форми контракту після того, як законом було передбачено його укладення з деякими категоріями науково-педагогічних працівників, виявилась насправді неефективною. Більше того, укладення трудового договору в електронній формі, як про це йдеться у ч. 4 ст. 32 проєкту, може бути ще одним свідченням недоцільності використання типової письмової форми трудового договору.

Висновки. Можна й далі продовжувати аналіз представленої проєкту Трудового кодексу й пропонувати ті чи інші рекомендації щодо його удосконалення та поліпшення викладу формулювань його статей, які, за невеликим винятком, усе ще залишаються далекими від бажаного варіанта. Однак вимоги щодо обсягу цієї статті ставлять нас у певні межі. І все ж маємо надію, що наведені деякі теоретичні міркування концептуального характеру допоможуть розробникам цього проєкту та суб’єкту законодавчої ініціативи суттєво покращити його нормативний матеріал, а Україна, нарешті, отримає Трудовий кодекс, здатний забезпечити належний рівень регулювання трудових відносин у сучасних умовах глобалізованого ринку праці.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Prokopenko V, *Trudove pravo Ukrainy: Pidruchnyk* (Konsum 1998).

Dictionaries

2. Busel V (uklad i holov red), *Velykyi tлумachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy* (Perun 2004).
3. Karavanskyi S, *Rosiisko-ukrainskyi slovnyk skladnoi leksyky* (Bak 2006).
4. *Novyi tлумachnyi slovnyk ukrainskoi movy u chotyrok h tomakh: U 4 t. Tom 4: ROB-Ia* (V Yaremenko, O Slipushko ukklad, Akonit 1999).

Pylyp Pylypenko

LABOUR RELATIONS AND EMPLOYMENT CONTRACT IN THE DRAFT LABOUR CODE OF UKRAINE

ABSTRACT. Ukraine, as the sole post-Soviet country still reliant on the Labour Code of 1971 to govern labour relations, faces a critical need for an update. Despite numerous amendments over its half-century lifespan, this regulatory act no longer aligns with the current state of social and labour relations. The urgency to codify labour legislation to meet European Union standards is paramount, underscoring the significance of this endeavour.

Since the end of the last century, all attempts to adopt a new Labour Code of Ukraine have never been completed. None of the drafts of the Code submitted to the Verkhovna Rada of Ukraine managed to overcome the so-called “second reading” stage, remaining somewhere on the archival shelves of the Parliament. Therefore, the emergence of the next draft Labour Code gives us hope that our country will finally receive a modern codified act that will not be ashamed to join the system of legislation of the united Europe.

However, the very first impressions from reading the draft of this code submitted to the Parliament were not encouraging. Unfortunately, the conceptual component of the draft looks relatively weak. Serious concerns are raised about the structure of the code, the object of its regulation, the principles (foundations) on which such regulation will be based, the scope of its validity, etc. Therefore, the purpose of this article is to review some conceptual approaches to defining the most important concepts and terms of labour law and to make suggestions and recommendations to the drafters and the submitting entity to improve its regulatory content. It is proposed, in particular, to revise some of the wording of such legal concepts as labour relations, employment contracts, a form of employment contracts, etc., that are crucial for labour law.

The author concludes that a promising option in the context of the globalization of the labour market is the adoption of a codified act to regulate only individual labour relations. Special legislative acts should regulate collective relations and relations that depend on labour relations.

KEYWORDS: labour law; labour relations; employment contract; labour code; a form of the employment contract.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

DOI: 10.33498/Юш-2024-05-103



Микола Тітов

кандидат юридичних наук, доцент, заслужений юрист України, перший віцепрезидент – виконавчий директор Асоціації органів місцевого самоврядування Харківської області (Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1440-0035>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/B-6314-2019>
n.i.titov@ukr.net



Ксенія Кухар

аспірантка кафедри трудового права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
kseniia2000kukhar@gmail.com

УДК 342.55

ПРЕФЕКТУРИЗАЦІЯ МІСЦЕВИХ ДЕРЖАВНИХ АДМІНІСТРАЦІЙ І МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ: ПОШУК БАЛАНСУ

АНОТАЦІЯ. Реформу децентралізації влади в Україні, започатковану десять років тому зі схваленням Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, не тільки не згорнуто у зв'язку з російською військовою агресією, яка триває вже третій рік поспіль, а навпаки – активізовано. Певним свідченням того є завершальний етап роботи у Верховній Раді України та Міністерстві розвитку громад, територій та інфраструктури України над новою редакцією Закону України “Про місцеві державні адміністрації”.

Реорганізація адміністративно-територіального устрою субрегіонального рівня в Україні та утворення 136 укрупнених районів замість 490 районів стали основою для удосконалення організації та діяльності органів державної влади на місцях. Крім того, позбавлення органів прокуратури повноважень щодо здійснення загального нагляду за дотриманням законності в державі створило певний вакуум у частині адміністративного нагляду за органами місцевого самоврядування та дисбаланс системи стримувань і противаг у відносинах між державою та місцевим самоврядуванням.

Як результат – виникла необхідність удосконалення механізму такої взаємодії шляхом підготовки змін і доповнень до чинного законодавства. Пропозиція про утворення місцевих державних адміністрацій (далі – МДА) префектурного типу (до внесення відповідних змін до

© Микола Тітов, Ксенія Кухар, 2024

Микола Тітов, Ксенія Кухар

Конституції України) є, на думку законодавців, одним із варіантів правового врегулювання зазначених проблем.

Метою статті є аналіз змін і доповнень передусім до Закону України “Про місцеві державні адміністрації” та окреслення окремих пропозицій, що спрямовані на удосконалення правового механізму взаємодії органів державної влади та органів місцевого самоврядування в сучасних суспільно-політичних та фінансово-економічних реаліях.

Установлено, що проблеми децентралізації влади, адміністративно-територіального устрою, реалізації власних повноважень органами місцевого самоврядування та їх взаємодії з органами державної влади в Україні досліджували відомі вчені та дослідники: П. Любченко, В. Мамонова, С. Серьогіна, Т. Єгорова-Луценко, І. Бодрова, В. Негода, В. Куйбіда, С. Чернов, Ю. Ганущак, А. Ткачук, В. Козіна та інші, але ці питання ще потребують додаткового вивчення та обґрунтування.

Автори доходять висновку, що префектуризація МДА може поставити крапку у визначенні сучасної ролі та місця МДА у структурі державних органів влади (до внесення змін до Основного Закону) та виключити Україну з переліку європейських країн, які не мають механізму адміністративного нагляду за діяльністю місцевих рад.

Ключові слова: децентралізація; місцеві державні адміністрації; місцеві ради; асоціації; повноваження; префектуризація; адміністративний нагляд; субсидіарність.

Реформу децентралізації влади в Україні, яку започатковано десять років тому зі схваленням Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні¹, не тільки не згорнуто у зв’язку з російською військовою агресією, яка триває вже третій рік поспіль, а навпаки – активізовано. Певним свідченням того є завершальний етап роботи у Верховній Раді України та Міністерстві розвитку громад, територій та інфраструктури України над новою редакцією Закону України “Про місцеві державні адміністрації”².

Реорганізація адміністративно-територіального устрою субрегіонального рівня в Україні та утворення 136 укрупнених районів замість 490 районів стали основою для удосконалення організації і діяльності органів державної влади на місцях³. Крім того, позбавлення органів прокуратури повноважень щодо здійснення загального нагляду за дотриманням законності в державі створило певний вакуум у частині адміністративного нагляду за органами місцевого самоврядування та дисбаланс системи стримувань і противаг у відносинах між державою та місцевим самоврядуванням.

Як результат – виникла необхідність удосконалення механізму такої взаємодії шляхом підготовки змін і доповнень до чинного законодавства. Пропозиція про утворення місцевих державних адміністрацій (далі – МДА) префектурного типу (до внесення відповідних змін до Конституції України)

¹ Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80#n8>> (дата звернення: 19.04.2024).

² Проект Закону про внесення змін до Закону України “Про місцеві державні адміністрації” та деяких інших законодавчих актів України щодо реформування територіальної організації виконавчої влади в Україні від 30.10.2020 № 4298 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/4479>> (дата звернення: 19.04.2024).

³ М Тітов, *Вибрані праці: монографії, підручники, навчальні посібники, коментарі, статті* (Право 2023) 968.

є, на думку законодавців, одним із варіантів правового врегулювання зазначених проблем⁴.

Метою статті є аналіз змін і доповнень передусім до Закону України “Про місцеві державні адміністрації” та окреслення окремих пропозицій, що спрямовані на вдосконалення правового механізму взаємодії органів державної влади та органів місцевого самоврядування в сучасних суспільно-політичних та фінансово-економічних реаліях.

Процес підготовки будь-якого законопроекту, а тим більше щодо кардинальних змін відносин держави і місцевого самоврядування, – це дуже важлива й копітка професійна робота. Один із авторів це особисто засвоїв під час підготовки у 1994–1996 рр. тексту нової Конституції України у складі Конституційної Комісії, затвердженої Постановою Верховної Ради України від 10 листопада 1994 р.⁵

Отже, під час роботи над законопроектом необхідні не тільки професійні знання юриспруденції в певних галузях права та сферах, які підлягають унормуванню, а й розуміння та підтримка колег і експертів при визначенні механізму досягнення завдань і цілей, які мають бути наслідком прийняття відповідного закону. Оскільки зазначений законопроект водночас передбачає зміни деяких норм законів України: “Про місцеве самоврядування в Україні”⁶, “Про державну службу”⁷, “Про Кабінет Міністрів України”⁸, “Про запобігання корупції”⁹, а також низки законодавчих актів, як от Кодексу адміністративного судочинства в Україні¹⁰, – то без спільного бачення підходів комплексного вирішення такого значного обсягу завдань фактично неможливо підготувати виважений законопроект.

Проаналізувавши в цілому зміни до законопроекту “Про місцеві державні адміністрації”, відзначимо їхню важливість і комплексність, оскільки положення законопроекту визначають, наприклад, статус керівників МДА, перелік оновлених повноважень місцевих державних адміністрацій щодо порядку взаємодії та відносин із територіальними підрозділами центральних органів виконавчої влади, а також з органами місцевого самоврядування, а відтак і варіанти певного впливу на роботу місцевих рад тощо.

Доцільно зазначити, що на ще триваючій стадії підготовки до другого читання аналізованого законопроекту у результаті певного компромісу усіх стейкхолдерів у робочій групі вже були погоджені деякі зміни та доповнен-

⁴ *Юридична енциклопедія. Т. 6: Т–Я* (Ю Шемшученко ред, Українська енциклопедія 2004).

⁵ Про склад Комісії з опрацювання проекту нової Конституції України (Конституційної Комісії): Постанова Верховної Ради України від 10 листопада 1994 р. № 231/94-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/231/94-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 19.04.2024).

⁶ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 19.04.2024).

⁷ Про державну службу: Закон України від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19#Text>> (дата звернення: 19.04.2024).

⁸ Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 27 лютого 2014 р. № 794-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/794-18#Text>> (дата звернення: 19.04.2024).

⁹ Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>> (дата звернення: 19.04.2024).

¹⁰ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>> (дата звернення: 19.04.2024).

ня, а саме щодо: спрощення процедури висловлення місцевою радою недовіри керівнику МДА; участі постійних комісій місцевої ради у цьому процесі; щодо необхідності участі у роботі у складі Єдиної комісії з формування керівного складу МДА представників від усіх асоціацій органів місцевого самоврядування із верифікованим складом всеукраїнського статусу; щодо виключення із переліку повноважень МДА норми про те, що під час реалізації органами місцевого самоврядування делегованих повноважень нагляд МДА може охоплювати критерії доцільності, економності чи ефективності, визначені Кабінетом Міністрів України; щодо збільшення граничного строку перебування на посаді керівника МДА в одній адмінтеродинаміці тощо. Така позиція розробників є свідченням їхнього конструктивного підходу до вдосконалення законопроекту.

До принципів новел законопроекту передусім варто віднести трансформацію МДА в органи префектурного типу та наділення їх правом здійснення нагляду за законністю актів органів місцевого самоврядування. Новелою є також повноваження МДА з координації діяльності територіальних органів центральних органів виконавчої влади. Уперше також визначається право МДА на надання консультацій за запитами місцевих рад. Крім того, чимало новел у підходах до відбору кандидатів на посаду керівника МДА, термінів перебування на посаді, проходження державної служби та інших аспектів трудового права.

Варто зазначити, що визначені у законопроекті нові повноваження МДА зі здійснення нагляду за рішеннями органів місцевого самоврядування фактично випливають із положень ст. 119 Конституції України¹¹ про те, що державні адміністрації забезпечують на відповідній території законність і правопорядок, додержання прав і свобод громадян.

Але деталізація механізму забезпечення нагляду за законністю актів органів місцевого самоврядування передбачена саме в законопроекті, що аналізується. Так, зокрема, місцеві державні адміністрації мають здійснювати моніторинг таких актів, як на стадії їхньої підготовки, так і після ухвалення місцевими радами відповідних рішень. На першій стадії МДА можуть надавати місцевим радам консультації, які мають рекомендаційний характер, а на другій – направляти вимоги про усунення в досудовому порядку порушення законності при прийнятті конкретного рішення. Такі вимоги для місцевих рад мають обов'язковий характер. Керівник МДА при поданні вимоги про добровільне усунення порушення може, у необхідних випадках, призупинити дію прийнятого акта на час добровільного усунення порушення, якщо його виконання може призвести до негативних наслідків. У разі відмови місцевої ради у визначений термін добровільно виконати вимогу керівник МДА звертається з позовом до суду про зупинення дії такого акта на час розгляду справи в суді та скасування оскаржуваного рішення місцевої ради.

¹¹ Конституція України від 28 червня 1996 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 19.04.2024).

Оскільки МДА залишаються квазівиконавчими органами районних та обласних рад і не можуть одночасно здійснювати нагляд за актами цих місцевих рад, то розробники законопроекту визначили, що за рівнем повноважень районні державні адміністрації здійснюють нагляд лише за актами сільських, селищних, міських рад району, а обласні МДА – за рішеннями районних рад. Органом із забезпечення законності центрального рівня є центральний орган виконавчої влади, визначений Кабінетом Міністрів України, який забезпечує законність у діяльності обласних рад.

Щодо механізму нагляду за законністю актів з боку державних органів, то варто зазначити, що практично всі місцеві ради працюють гласно й відкрито, а проекти рішень і регуляторних актів завчасно розміщуються на відповідних сайтах та є публічними, навіть в умовах обмежених можливостей під час військового стану, який спричинений російською військовою агресією. Прийняті місцевими радами рішення також є публічними та ще будуть обов'язково розміщуватись у новоутвореному Єдиному державному реєстрі. Тобто фахівці МДА самостійно зможуть здійснювати моніторинг, долучатися до ознайомлення з ними та не завантажувати місцеві ради відповідними запитами.

Доцільно наголосити, що з метою убезпечення від надмірності впливу державного органу влади, а точніше можливого зловживання з боку керівника МДА та блокування роботи місцевої ради, законодавець передбачив певний запобіжник. Так, у законопроекті передбачено не тільки право керівника МДА на оскарження рішень місцевої ради, а й його відповідальність за систематичне та безпідставне звернення до суду. Зокрема, голова МДА може бути звільнений Президентом України із займаної посади в разі набрання законної сили рішенням суду про залишення без задоволення поданого за підписом такого голови позову про визнання акта органу місцевого самоврядування незаконним, якщо протягом року таких рішень було прийнято не менше третини від загальної кількості рішень суду, що набрали законної сили.

Крім того, законодавець пропонує ще один запобіжник – зберегти право депутатів обласної, районної ради на висловлення недовіри керівнику МДА, яке передбачено нормами Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”. Так, якщо за результатами його щорічного звіту, або звіту на вимогу депутатів, таку недовіру висловлено депутатами в кількості не менш як дві третини від складу ради, Президент України приймає рішення про відставку такого голови МДА.

Запропоновані правові конструкції взаємовідносин, на нашу думку, суттєво допоможуть забезпечити необхідний баланс взаємодії місцевих рад і МДА, а гарантії судового захисту прав та інтересів учасників цих правовідносин – забезпечити верховенство права!

Ще одне. Особливої уваги заслуговують запропоновані зміни до порядку відбору кандидатур на посаду керівника МДА та інші новели з кадрових питань. Варто наголосити, що, наділяючи керівників МДА новими повноваженнями, зокрема щодо права на здійснення нагляду за законністю актів

місцевих рад, законодавець водночас удосконалив механізм кадрової роботи щодо керівників МДА, а саме: значно підсилив вимоги до кандидатів на ці посади; запровадив єдиний кадровий резерв і конкурсний відбір; запровадив також Єдину комісію з відбору кандидатів (у тому числі за участю представників місцевого самоврядування у її складі); передбачив обов'язкову ротацію керівників; обмежив термін перебування на посаді в одній адміністративній одиниці тощо.

Запровадження таких новацій, на нашу думку, має максимально виключати корупційні ризики та підвищувати прозорість і ефективність роботи керівника МДА, а також забезпечувати ділові відносини та збалансовану взаємодію із місцевими радами.

Водночас під час роботи над законопроектом учасники цього процесу, на жаль, не досягли консенсусу щодо деяких пропозицій, які б, на нашу думку, мали посилити роль органів місцевого самоврядування та їх організаційну самостійність, як цього і вимагають норми Європейської хартії місцевого самоврядування, яку Україна ратифікувала 1997 р. без будь-яких зауважень¹². Передусім це стосується порядку призначення керівника МДА, що є логічним у процесі реалізації реформи з децентралізації влади. Так, законопроект визначає коло осіб, які можуть бути кандидатами на призначення на посаду голови МДА. Серед них – особи, які: обіймають посаду голови МДА в іншій області, районі (у порядку переведення); перебувають у кадровому резерві на посаді голів МДА; звільнені з посади голови МДА у зв'язку із закінченням строку призначення на посаду або за власним бажанням (протягом не більше двох років з дня звільнення, станом на дату внесення кандидатури) тощо.

Але розробники законопроекту при цьому не врахували чинну норму Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, а саме про те, що кандидатуру на посаду голови МДА має право рекомендувати Кабінету Міністрів України відповідна районна чи обласна рада. Така норма є логічною, оскільки керівник МДА, за Конституцією України та Законом, є очільником її власного виконавчого органу, і вона має бути відтворена у законопроекті.

Також доволі зарегульованим, вважаємо, є запропонований порядок призначення представників асоціацій органів місцевого самоврядування із всеукраїнським статусом до складу Єдиної комісії з формування керівного складу МДА. За законопроектом, цей порядок має визначатись і затверджуватись Кабінетом Міністрів України, що фактично є надмірним втручанням у організаційну самостійність асоціацій органів місцевого самоврядування.

Переконані, що в межах статутних повноважень правління чи президія, як керівні органи таких асоціацій, за відповідним зверненням центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері державної служби, самостійно мають визначати свого представника до складу Єдиної комісії.

¹² Європейська хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_036#Text> (дата звернення: 19.04.2024).

Недостатньо вмотивованою та надмірною, на нашу думку, є норма про збільшення кількості депутатів для ініціювання скликання сесії місцевої ради для розгляду питання щодо висловлення недовіри керівнику МДА. Так, законопроект передбачає необхідність участі у такій ініціативі не менше 50 % депутатів для скликання сесії ради, але відповідно до чинних норм Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” для скликання сесії з будь-якого питання достатньо ініціативи однієї третини депутатів від загального складу відповідної ради.

Необхідно також завершити процес розмежування на делеговані та власні повноваження місцевих рад, оскільки це безпосередньо впливає на обсяг повноважень МДА зі здійснення нагляду за законністю актів органів місцевого самоврядування. Вирішення цього питання, на нашу думку, зменшить ризик надмірного втручання МДА у діяльність місцевих рад.

Заслуговує на окремий розгляд і оцінка законопроекту наших європейських партнерів, яка висловлена у Висновку від 21 лютого 2024 р. Центру експертизи доброго врядування, що функціонує в межах Секретаріату Конгресу місцевих та регіональних влад Ради Європи¹³. Загалом їх оцінка законопроекту доволі позитивна, але були висловлені й певні застереження. Так, зокрема, було зазначено, що

створення механізму нагляду за законністю актів місцевого самоврядування саме по собі є розвитком подій, що вітається; однак у поєднанні з великою кількістю повноважень МДА за умови відсутності чіткого розмежування повноважень між державою та місцевим самоврядуванням, а також їхніми рівнями, за відсутності посилань на принцип субсидіарності у здійсненні наглядової функції, це може призвести до ре-централізації та містить потенціал для зловживань¹⁴.

Така оцінка заслуговує на особливу увагу розробників законопроекту, а також загалом підтримується представниками місцевого самоврядування¹⁵.

Висновок. Переконані, що за остаточного доопрацювання законопроекту у профільному Комітеті Верховної Ради України народні депутати не проігнорують зазначені нами пропозиції та застереження, а також інші пропозиції науковців, експертів і практиків місцевого самоврядування з тим, щоб підготувати до голосування у другому читанні комплексний і виважений законопроект, який стане ще одним важливим документом запровадження МДА префектурного типу як складової реформи з децентралізації влади в Україні та забезпечуватиме збалансованість можливостей територіальних органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування щодо розвитку територіальних громад, а відтак і підвищення, зокрема, спроможностей і врядування територіальних громад.

¹³ Рада Європи підготувала новий висновок щодо проекту закону про реформування місцевих державних адміністрацій в Україні (26.02.2024) <<https://decentralization.ua/news/17725>> (дата звернення: 19.04.2024).

¹⁴ Висновок щодо проекту 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) 21 лютого 2024 р. CEGG/LEX(2024) <<https://rm.coe.int/cegg-lex-2024-1-local-state-administrations-draft-law-4298-as-of-21-fe/1680aea85f>> (дата звернення: 19.04.2024).

¹⁵ *Місцеве самоврядування: термінологічний словник* (В Тихонов ред, Фактор 2011) 240.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Titov M, *Vybrani pratsi: monohrafii, pidruchnyky, navchalni posibnyky, komentari, staty* (Pravo 2023).

Encyclopedias and dictionaries

2. *Mistveve samovriaduvannia: terminolohichniy slovnyk* (Tykhonov V red, Faktor 2011).
3. *Yurydychna entsyklopediia. T. 6: T-Ya* (Yu Shemshuchenko red, Ukrainska entsyklopediia 2004).

Mykola Titov
Kseniia Kukhar

PREFECTUREIZATION OF LOCAL STATE ADMINISTRATIONS AND LOCAL SELF-GOVERNMENT IN UKRAINE: FINDING A BALANCE

ABSTRACT. The reform of the decentralization of power in Ukraine, which was initiated 10 years ago with the adoption of the Concept of Reforming Local Self-Government and Territorial Organization of Power in Ukraine, was not only not curtailed in connection with the Russian military aggression, which has been going on for the third year in a row, but on the contrary, it has been intensified. Certain evidence of this is the final stage of work in the Verkhovna Rada of Ukraine and the Ministry of Development of Communities, Territories and Infrastructure of Ukraine on the new edition of the Law of Ukraine “On Local State Administrations”.

The reorganization of the administrative-territorial system at the sub-regional level in Ukraine and the formation of 136 consolidated districts instead of 490 districts became the basis for improving the organization and activities of local state authorities. In addition, the deprivation of powers of the prosecutor’s office to exercise general supervision over compliance with the law in the state has created a certain vacuum in terms of administrative supervision of local self-government bodies and an imbalance of the system of checks and balances in relations between the state and local self-government.

As a result, there was a need to improve the mechanism of such interaction by preparing changes and additions to the current legislation. The proposal for the establishment of local state administrations (hereinafter referred to as local state administrations) of the prefecture type (before appropriate amendments to the Constitution of Ukraine) is, according to the legislators, one of the options for legal settlement of the above-mentioned problems.

The purpose of the article is to analyze changes and additions, first of all, to the Law of Ukraine “On Local State Administrations” and to outline individual proposals aimed at improving the legal mechanism of interaction between state authorities and local self-government bodies in modern socio-political and financial-economic realities.

It was established that the problems of decentralization of power, administrative-territorial organization, implementation of their own powers by local self-government bodies and their interaction with state authorities in Ukraine were studied by well-known scientists and researchers: P. Lyubchenko, V. Mamonova, S. Seryogina, T. Yehorova-Lutsenko, I. Bodrova, V. Negoda, V. Kuybida, S. Chernov, Yu. Hanushchak, A. Tkachuk, V. Kozina and others, but these issues still require additional study and justification.

The authors come to the conclusion that the prefecturalization of MDA can put an end to the definition of the modern role and place of MDA in the structure of state authorities (before amendments to the Basic Law) and exclude Ukraine from the list of European countries that do not have a mechanism of administrative supervision over the activities of local councils.

KEYWORDS: decentralization; local state administrations; local councils; associations; powers; prefecturization; administrative supervision; subsidiarity.



Андріанна Бадида

кандидатка юридичних наук,
доцентка кафедри теорії та історії держави і права
Ужгородського національного університету
(Ужгород, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5980-5132>
Andrianna.badyda@gmail.com

УДК 342.72/73(44)“19”

ЗАХИСТ ФУНДАМЕНТАЛЬНИХ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ У ФРАНЦУЗЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ

Анотація. Розуміння конституційних принципів, на яких заснована будь-яка сучасна держава, є одним із сучасних трендів у юриспруденції. Конституційні принципи характеризуються високим рівнем стабільності, а їх захист забезпечується самим конституційним текстом.

У Французькій Республіці, окрім принципів Конституції, існує поняття фундаментальних принципів, визнаних законами Республіки (PFRLR). Іншими словами, певний принцип може бути визнаний рішенням Конституційної ради Франції саме “фундаментальним принципом, визнаним законами Республіки”. Проте є умова – вони можуть стосуватись лише основних прав і свобод, національного суверенітету або організації органів державної влади.

Поняття фундаментальних принципів, визнаних законами Республіки (PFRLR), – це особлива формула з Преамбули Конституції 1946 р., яка з самого початку не використовувалась у позитивному праві. Преамбула фактично підтверджує, що після прав і свобод людини і громадянина, закріплених у Декларації прав 1789 р., існують фундаментальні принципи, визнані законами Республіки. У 1971 р. Конституційна рада вперше надає цим принципам зовсім іншого масштабу. Конституційна рада фактично зарезервувала за собою право контролювати відповідність закону не лише Конституції, а й основним правам і свободам, які містяться у Декларації 1789 р. та Преамбулі Конституції 1946 р.

Принципи, визнані законами Республіки (PFRLR), попередньо хоча й створені законодавцем, але конституційної сили надає їм орган конституційної юрисдикції – Конституційна рада. Остання, по суті, розгортає зміст цих принципів у своїх рішеннях. Аналіз таких рішень, у яких Конституційна рада “називає”, доповнює, чи взагалі заперечує (“відмінює”) певний принцип, визнаний законами Республіки, і є метою цієї статті.

Ключові слова: Французька Республіка; конституційні принципи; конституційний блок; рішення Конституційної ради; Конституція Франції 1958 р.; Преамбула Конституції Франції 1946 р.; права і свободи людини; основні принципи, визнані законами Республіки (PFRLR); принцип індивідуальної свободи; принцип рівності між чоловіками та жінками; принцип свободи асоціацій; одностатеві шлюби.

Важливий аспект існування будь-якої держави – принципи, що закріплені у конституції. Це такі основоположні стандарти, які визначають вектори та

сутність існування держави. Звісно, що присутність принципів у конституційному тексті надає їм найвищого ступеня стабільності та захисту.

У Французькій Республіці є певна специфіка розуміння саме конституційних принципів права і окремо – фундаментальних принципів, визнаних законами Республіки (PFRLR). Принципи, визнані законами Республіки (PFRLR), попередньо хоча й створені законодавцем, але конституційної сили надає їм орган конституційної юрисдикції – Конституційна рада. Остання, по суті, розгортає зміст цих принципів у своїх рішеннях. Аналіз таких рішень, у яких Конституційна рада “називає”, доповнює чи взагалі заперечує (“відмінює”) певний принцип, визнаний законами Республіки, і є метою цієї статті.

Внесок у питання розуміння принципів права в Україні є вагомим, зокрема, таких українських вчених, як М. Козюбра, В. Лемак, М. Савчин та ін. У статті використано надбання французьких вчених Д. Фенуйє, П. Ваксманна, а також кілька актуальних рішень органу конституційної юрисдикції Французької Республіки – Конституційної ради.

Почнемо зі специфіки певних принципів у Французькій Республіці. Передусім це пов'язано з поняттям “конституційного блоку”. Нагадаємо, що це поняття було введено одночасно з прийняттям рішення Конституційної ради Франції від 16 липня 1971 р. Термін “конституційний блок” відображає те, що норми, які становлять його зміст, теоретично на одному рівні в ієрархії норм, а саме на конституційному рівні. Тож до цього “блоку” входять Конституція 1958 р. та її Преамбула, Преамбула до Конституції 1946 р., Декларація прав людини та громадянина 1789 р., основні принципи, визнані законами Республіки (з рішень Конституційної ради), а також Закон “Про хартію навколишнього середовища” від 1 березня 2005 р.¹ Із цього переліку цікавим є поняття “основні принципи, визнані законами Республіки” (PFRLR). Це особлива формула з Преамбули Конституції 1946 р., яка з самого початку не використовувалась у позитивному праві. Преамбула фактично підтверджує, що після прав і свобод людини і громадянина, закріплених у Декларації прав 1789 р., існують фундаментальні принципи, визнані законами Республіки. І саме згадане рішення Конституційної ради від 16 липня 1971 р. надає певним принципам значно іншого масштабу. Конституційна рада фактично зарезервувала за собою право контролювати відповідність закону не лише Конституції, а й основним свободам, які містяться у Декларації 1789 р. та Преамбулі Конституції 1946 р. Враховуючи зміст Преамбули Конституції 1946 р., яка включає посилання на фундаментальні принципи, визнані законами Республіки (PFRLR), принцип свободи асоціації є основоположним і відповідно до нього асоціації утворюються вільно².

¹ А Бадида, ‘Поняття “конституційного блоку” у Французькій Республіці: доктрина і судова практика’, *Сучасний конституціоналізм: проблеми теорії та практики: матеріали наукового семінару* (19 червня 2020 р.) (Н Лепіш упор, ЛьвДУВС 2020) 12.

² Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971. Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>> (accessed: 02.04.2024).

Принципи, визнані законами Республіки (PFRLR), попередньо хоча й створені законодавцем, але “конституційної” сили надає їм орган конституційної юрисдикції – Конституційна рада. По суті, Конституційна рада розганяє зміст цих принципів у своїх рішеннях³. Крім того, Рада може просто створювати нові принципи. Ось приклади. Принципові рівності, який Цивільний кодекс Франції виразив ще у 1804 р. у такій формулі: “усі французи користуються особистими правами” (ст. 11), Конституційна рада надає зовсім іншу сферу дії, символічно посилаючись на конституційний текст, який прямо забороняє певні форми дискримінації (походження, раса, релігія, переконання та стать), практично розширюючи сферу рівності, незалежно від того, чи йдеться про її отримувачів (оскільки принцип рівності приносить користь не лише усім французам, а й також потенційно має свої наслідки, виходячи за межі, на користь іноземців, і нав’язує себе державі, яка має не лише забезпечувати рівне користування цивільними правами, а й забезпечувати повагу до рівності у здійсненні прав у приватних відносинах, наприклад, у сімейному чи трудовому праві)⁴.

Інший приклад, коли Рада створює нові принципи. Кілька прикладів проілюструють це: право на сімейне життя, створене рішенням від 13 серпня 1993 р., що стосується закону про контроль імміграції та в’їзду, прийому та проживання іноземців у Франції; право на презумпцію невинуватості, яке з’явилося ще в 1981 р. у прецедентному праві Конституційної ради, прямо додане до ст. 9 Декларації прав людини і громадянина 1789 р., а закріплено до Цивільного кодексу Законом від 4 січня 1993 р.; право на гідне житло, встановлене як конституційна ціль у 1995 р. на основі принципу гідності та параграфів 10 і 11 Преамбули до Конституції 1946 р.; право на захист персональних даних, закріплене автономно на підставі ст. 2 Декларації прав людини і громадянина з 2012 р.; право на здорове довкілля, згадане у ст. 1 Екологічної хартії, яке Конституційна рада визнала обов’язковим для усіх тощо⁵.

Зосередимось на деяких базових конституційних принципах, які впливають з рішень Конституційної ради Франції. Зокрема, це такі, як: принцип людської гідності (у Франції завдяки рішенням Конституційної ради цей принцип натеper домінує в законі про охорону здоров’я (тексти, що стосуються переривання вагітності та дослідження ембріона), у кримінальному праві (умови ув’язненого тощо), права іноземців, положення, що стосуються житла), принцип індивідуальної свободи, свободи договору, принцип відповідальності, принцип незалежної адміністративної юрисдикції тощо.

Огляд рішень Конституційної ради в аспекті розуміння деяких основоположних принципів. У одному з рішень Конституційної ради Франції від 12 січня 1977 р. (щодо оцінки на відповідність Закону, що дозволяє перевірку транспортних засобів з метою розслідування та запобігання криміналь-

³ Бадида (н 1) 11.

⁴ D Fenouillet, ‘La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes. Promotion ou déformation?’ [2018] 20–21 Jus Politicum. Revue de droit politique 10–11.

⁵ Ibid 13.

ним правопорушенням) йдеться про розкриття суддями принципу індивідуальної свободи. Французький вчений П. Ваксман вважає, що це рішення є одним із тих, які сприяли встановленню іміджу Конституційної ради як “охоронця” прав та свобод людини. Проте він не розуміє, для чого Рада звертається до основоположних принципів, визнаних законами Республіки та проголошених Преамбулою Конституції 1946 р. (у цьому рішенні), якщо він прямо закріплений у одній зі статей Конституції 1958 р. У рішенні йшлося не про арешт по суті, а про “посягання на основні принципи, на яких ґрунтується захист свободи особи”. Тобто Рада засуджує рішення через надмірний обсяг повноважень, що надані органам судової поліції та їх агентам, якщо стисло – йдеться про порушення у підсумку вимог верховенства права. У пріоритеті – захист приватного життя, а відповідно певні її елементи були пов’язані з індивідуальною свободою. Тож законодавець зайшов надто далеко і це, вважає Суд, є нападом на свободу особи⁶.

Важливим з точки зору трактування принципу свободи та рівності між чоловіками і жінками є рішення Конституційної ради від 7 жовтня 2010 р., у якому остання перевіряла відповідність Закону, що забороняє приховувати обличчя у громадських місцях, Конституції.

Стаття 1 і 2 зазначеного Закону передбачає власне саму заборону та перелічує громадські місця, де не можна з’являтися у паранджі. Рада у своєму рішенні вказала на ст. 4 Декларації прав людини і громадянина 1789 р., де нагадала сутність принципу свободи. Тобто людина є вільною доти, доки не порушує права інших людей або норму закону. Проте законом можуть передбачатись обмеження. Також узято до уваги ст. 10 Закону, у якій йдеться про те, що “нікого не можна турбувати за його погляди, у тому числі релігійні, за умови, що їх прояв не порушує громадського порядку, встановленого законом”; а також параграф 3 Преамбули Конституції 1946 р., що передбачає гарантування жінкам у всіх сферах права рівні з чоловіками права. Конституційна рада вважає, що статті 1 і 2 Закону прийняті законодавцем для запобігання можливим загрозам громадській безпеці та вважає, що жінки, які приховують своє обличчя, добровільно чи ні, опиняються у ситуації ізоляції і неповноцінності, що є явно несумісним з конституційними принципами свободи та рівності і що законодавець, прийнявши ці положення, цим самим доповнив та узагальнив правила, які до цього часу були передбачені для конкретних ситуацій для захисту громадського порядку. Крім того, законодавець, на думку Конституційної ради, ухвалив положення, які забезпечують захист громадського порядку та гарантують конституційні права, і це не є явно непропорційним. Заборона приховувати своє обличчя у громадських місцях не може обмежувати здійснення релігійної свободи у місцях відправлення культу, відкритих для публіки. Ці положення не суперечать Конституції. Інші статті Закону, у тому числі й ст. 4, що передбачає покаран-

⁶ P Wachsmann, ‘Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire’ [2018] 20–21 Jus Politicum. Revue de droit politique 244–245.

ня у вигляді одного року позбавлення волі і штрафу у розмірі 30 тисяч євро, також визнані Радою такими, що не суперечать Конституції⁷.

Серед рішень Конституційної ради варто згадати ще одне – від 13 серпня 2021 р.), у якому орган конституційної юрисдикції перевіряв на відповідність Конституції Закон, який посилює повагу до принципів Республіки. Депутати та сенатори звернулися до Конституційної ради з оскарженням порядку прийняття та деяких положень Закону, що закріплює повагу до принципів Республіки (зокрема, ст. 12 і 26 тощо). Деякі з оскаржуваних положень зобов'язують будь-яку асоціацію або фонд, які вимагають надання субсидії від адміністративного органу, підписатися на республіканський трудовий договір. Із цих положень виходить, що зобов'язання, передбачені чинним договором, полягають у повазі принципів свободи, рівності, братерства та гідності людської особистості. У цьому рішенні (п. 22) підкреслено: ‘Свобода об’єднань є одним із основоположних принципів, визнаних законами Республіки і урочисто підтверджених у Преамбулі Конституції. Згідно з цим принципом асоціації створюються вільно і можуть бути оприлюднені лише за умови подання попередньої заяви’. Якщо стисло, то оспорювані положення передбачають, що у випадку порушення трудового договору державна субсидія буде скасована за мотиваційним рішенням органу влади. Однак ця відмова не може, не викликаючи жодного пропорційного зазіхання на свободу об’єднань, призвести до повернення сум, виплачених за період до порушення трудового договору. Скарга по цьому пункту була відхилена. Деякі положення згаданого Закону (зокрема, третій та четвертий абзаци п. 1 ст. 16) визнані такими, що суперечать Конституції. Йдеться про рішення про призупинення діяльності асоціації або фактичної групи, процедуру здійснення якої депутати, що подали це звернення, вважають такою, що ігнорує свободу об’єднань. Суть полягає у тому, що нова стаття Закону дозволяє міністру внутрішніх справ дати наказ про призупинення діяльності асоціації у випадку надзвичайної ситуації як запобіжний захід на строк не більш як на три місяці з можливістю продовження один раз. Тож Рада вважає, що законодавець зробив посягання на свободу об’єднань, яке не є необхідним, доречним і пропорційним⁸.

Як впливає з зазначених рішень, Конституційна рада з’ясовує сутність (зміст) та розгорнуто подає деякі принципи, які містяться в “конституційному блоці”. Проте є й зворотний бік цього процесу – відмова (заперечення) визнати певний принцип основоположним принципом, визнаним законами Республіки (PFRLR). Прикладом такої “відмови” є рішення від 17 травня 2013 р. щодо перевірки на конституційність Закону, що дозволяє вступати у шлюб одностатевим парам. Конституційна рада у рішенні перевіряла порядок прийняття Закону, парламентську процедуру тощо. Щодо власне шлюбу, то ст. 1 Закону передбачає, що шлюб укладають дві особи різної або од-

⁷ Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010. Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010613DC.htm>> (accessed: 02.04.2024).

⁸ Décision n° 2021-823 DC du 13 août 2021. Loi confortant le respect des principes de la République <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021823DC.htm>> (accessed: 02.04.2024).

нієї статі. На думку заявників, укладення шлюбу між одностатевими парами ігнорує основоположний принцип, визнаний законами Республіки, згідно з яким шлюб є союзом чоловіка та жінки, крім того, зміни визначення (поняття) шлюбу порушує вимоги параграфу 14 Преамбули Конституції 1946 р. Своєю чергою сенатори вважають, що шлюб між особами однієї статі ігнорує “природні засади цивільного права”, за якими сексуальна “інакшість” є основою шлюбу та те, що дозвіл на шлюб для одностатевих пар “спрямує інститут шлюбу на цілі, що не пов’язані з інститутом шлюбу”. Аргументи Конституційної ради полягають у такому:

1. Правила щодо шлюбу стосуються становища людини, тобто скарга, заснована на тому, що ст. 34 Конституції не надає законодавцю повноваження встановлювати якості та умови, необхідні для одруження, має бути відхилена.

2. Враховуючи, що на республіканську традицію не можна з користю посилатися, щоб довести, що законодавчий текст, який суперечить їй, суперечитиме Конституції, якщо тільки ця традиція не породила б основоположний принцип, визнаний законами Республіки у сенсі першого параграфу Преамбули Конституції 1946 р.; якщо республіканське законодавство до 1946 р. та наступні закони до згаданого закону розглядали шлюб як союз чоловіка і жінки, то це правило, яке не стосується ні основних прав і свобод, ні національного суверенітету, ні організації публічної влади може бути основоположним принципом, визнаним законами Республіки у сенсі першого параграфу Преамбули 1946 р. Тобто скарга заснована на тому, що шлюб “природно” буде союзом чоловіка та жінки, повинна бути відхилена.

3. Враховуючи те, що, надавши доступ до інституту шлюбу одностатевим парам, законодавець вважав, що відмінність між одностатевими та різностатевими парами не виправдовує їх неможливість доступу до інституту шлюбу, статусу та правового захисту, пов’язаних зі шлюбом, Конституційна рада не вправі підміняти своєю оцінкою оцінку законодавця щодо врахування у питаннях шлюбу цієї відмінності у становищі.

4. Враховуючи, що положення ст. 1 не зачіпають права, набуті у результаті попередніх шлюбів, а отже, скарга ґрунтується на посяганнях на свободу шлюбу, що становить особисту свободу, яка захищається статтями 2 і 4 Декларації 1789 р., та на право зберігати законно укладені угоди, що впливає зі ст. 4, її необхідно відкласти.

5. Враховуючи, що положення ст. 1 не мають ні мети, ні ефекту відступу від принципу, згідно з яким будь-який діючий договір є обов’язковим для сторін і повинен виконуватися ними добросовісно; у результаті скарги повинні бути відхилені. Висновок Ради із вказаного полягає у тому, що положення Цивільного кодексу не ігнорують конституційні вимоги.

Крім цього, заявники висловили побоювання, що результатом введення Закону в дію буде стимулювання іноземців приїхати у Францію, щоб “обходити перешкоди їх національного законодавства”, чи підтримка “фіктивних шлюбів”. Рада на це контраргументує тим, що компетентні суди повинні попереджати, робити неефективною та присікати подібну практику. Звіс-

но, що й ці положення були визнані такими, що не суперечать Конституції. У рішенні також порушуються питання усиновлення та презумпції батьківства та положень, що стосуються прізвища⁹.

Отже, Конституційна рада цим рішенням демонструє свій нейтралітет щодо соціальних та етичних питань, заявивши, що ні право на сімейне життя, що впливає з п. 10 Преамбули до Конституції 1946 р., ані принцип рівності перед законом, що впливає зі ст. 6 Декларації прав людини і громадянина, не вимагали від законодавця дозволяти шлюби між особами однієї статі.

Рішення від 2013 р. є важливим ще з однієї причини. Конституційна рада не вважала за необхідне визнавати принцип, за яким шлюб укладається між чоловіком і жінкою (чи між особами однієї статі), основоположним принципом, визнаним законами Республіки (PFRLR), адже він, на її думку, не належить до основних прав і свобод.

Висновки. Конституція та базові принципи, що містяться в ній, повинні бути захищені. Вони й існують для того, щоб обмежувати політичну владу, а також, щоб влада, своєю чергою, поважала конституцію.

Крім загальних принципів, у Французькій Республіці існують фундаментальні принципи, визнані законами Республіки (PFRLR). Вони отримують цей “статус” за результатами розгляду рішень Конституційною радою. Остання роз’яснює (тлумачить) основні принципи, права та свободи людини, але, крім того, просто створює нові принципи.

Основоположні принципи, визнані законами Республіки, можуть стосуватись лише основних прав і свобод, національного суверенітету або організації органів державної влади.

REFERENCES

Bibliography

Journal articles

1. Fenouillet D, ‘La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes. Promotion ou déformation?’ [2018] 20–21 Jus Politicum. *Revue de droit politique* 7–53.
2. Wachsmann P, ‘Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire’ [2018] 20–21 Jus Politicum. *Revue de droit politique* 237–260.

Conference papers

3. Badyda A, ‘Poniattia “konstytutsiinoho bloku” u Frantsuzkii Respublitsi: doktryna i sudova praktyka’, *Suchasnyi konstytutsionalizm: problemy teorii ta praktyky: materialy naukovooho seminaru* (19 chervnia 2020 r.) (N Lepish upor, LvDUVS 2020).

⁹ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013. Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013669DC.htm>> (accessed: 02.04.2024).

PROTECTION OF FUNDAMENTAL CONSTITUTIONAL PRINCIPLES
IN THE FRENCH REPUBLIC

ABSTRACT. Understanding the constitutional principles on which any modern state is based is one of the modern trends in jurisprudence. Constitutional principles are characterized by a high level of stability, and their protection is ensured by the constitutional text itself.

In the French Republic, in addition to the principles of the Constitution, there is the concept of fundamental principles recognized by the laws of the Republic (PFRLR). In other words, a certain principle can be recognized by the decision of the Constitutional Council of France precisely as “a fundamental principle recognized by the laws of the Republic”. However, there is a condition – they can only concern fundamental rights and freedoms, national sovereignty or the organisation of public authorities.

The concept of fundamental principles recognized by the laws of the Republic (PFRLR) is a special formula from the Preamble of the 1946 Constitution, which from the beginning was not used in positive law. The Preamble actually confirms that after the rights and freedoms of a person and a citizen enshrined in the Declaration of Rights of 1789, there are fundamental principles recognised by the laws of the Republic. In 1971, the Constitutional Council for the first time gave these principles a completely different scope. The Constitutional Council has in fact reserved the right to control the conformity of the law not only with the Constitution, but also with the fundamental rights and freedoms contained in the Declaration of 1789 and the Preamble of the Constitution of 1946.

The principles recognized by the laws of the Republic (PFRLR), although previously created by the legislator, are granted constitutional force by the body of constitutional jurisdiction – the Constitutional Council. The latter essentially “unfolds” the content of these principles in its decisions. The analysis of such decisions, in which the Constitutional Council “names”, supplements or even denies (“cancels”) a certain principle recognized by the laws of the Republic, is the purpose of this article.

KEYWORDS: French Republic; constitutional principles; constitutional block; the decision of the Constitutional Council; Preamble to the French Constitution of 1946; Human rights and freedoms; basic principles recognized by the laws of the Republic (PFRLR); the principle of individual freedom; the principle of equality between men and women; the principle of freedom of association; same-sex marriage.



Михайло Коротюк

аспірант кафедри кримінального права
Класичного приватного університету,
адвокат
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0008-2098-1076>
kmg@ulu.com.ua

УДК 343.36:347.965.4](477)(045)

ОСОБЛИВОСТІ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ВПЛИВУ НА АДВОКАТА, АДВОКАТСЬКЕ БЮРО, АДВОКАТСЬКЕ ОБ'ЄДНАННЯ ПРИ ВЧИНЕННІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ЯКІ ПОСЯГАЮТЬ НА АДВОКАТСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ ЯК ОХОРОНЮВАНУ ЗАКОНОМ СОЦІАЛЬНУ ЦІННІСТЬ

Анотація. Стаття ґрунтується на дослідженні адвокатської діяльності як охоронюваної кримінальним законом соціальної цінності, виходячи з концепції визнання об'єктом кримінального правопорушення саме соціальних цінностей. Автор дійшов висновку, що характер і різновиди негативних змін, які виникають унаслідок суспільно небезпечного посягання на адвокатську діяльність, можуть бути визначені з урахуванням таких аспектів адвокатської діяльності: 1) ознаки адвоката і правового статусу адвоката; суб'єкти адвокатської діяльності та учасники відповідних груп правовідносин, що складаються у зв'язку зі здійсненням адвокатської діяльності чи зверненням до адвоката; 2) сукупність прав і свобод, інтересів адвоката та інших учасників відповідних груп правовідносин, що складаються у зв'язку зі здійсненням адвокатської діяльності чи зверненням до адвоката; 3) соціальні зв'язки між такими суб'єктами, що виникають з приводу здійснення адвокатської діяльності; 4) матеріалізовані й нематеріалізовані блага. З урахуванням цього завданням є визначити саме ті різновиди суспільно небезпечної поведінки людини, які посягають на адвокатську діяльність. На підставі цього здійснено дослідження механізму заподіяння шкоди адвокатській діяльності як об'єкту кримінально-правової охорони і таким його компонентам, як адвокат, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання.

Установлено, що для розкриття цих особливостей ключовим є виявлення тих різновидів поведінки, що спричиняють порушення належного порядку здійснення професійної адвокатської діяльності. Визначено, що суспільно небезпечний вплив на адвоката може бути спрямований як на особу, яка вже здійснює адвокатську діяльність, так і на таку, що отримала правовий статус адвоката, але адвокатську діяльність ще не здійснює. У статті наведено різновиди такого впливу за формою здійснення, за метою здійснення, за способом здійснення. При цьому негативний вплив на адвокатське бюро, адвокатське об'єднання також може мати наслідком порушення належного порядку здійснення адвокатської діяльності, враховуючи правовий зв'язок між адвокатом і адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням. Крім

Михайло Коротюк

того, вплив на адвокатське бюро чи об'єднання може спричинити негативні зміни в компонентах об'єкта кримінально-правової охорони у разі доступу, знищення, незаконної зміни чи незаконного поширення інформації.

Ключові слова: адвокатська діяльність; адвокат; адвокатське бюро; адвокатське об'єднання; соціальна цінність; вплив; механізм заподіяння шкоди.

Публічно-правовий статус адвокатури і її взаємозв'язок з органами правосуддя безпосередньо набули відображення у правовому статусі адвоката. Належне функціонування адвокатури як інституту громадянського суспільства не тільки забезпечує захист прав та інтересів фізичних та юридичних осіб, дотримання державою основних гарантій прав і свобод людини і громадянина, а й безпосередньо впливає на здійснення правосуддя. Розгляд адвокатської діяльності як охоронюваної законом соціальної цінності, що є об'єктом кримінально-правової охорони, дає змогу визначити особливості суспільно небезпечного впливу на адвокатську діяльність при вчиненні кримінальних правопорушень. Передусім такі посягання пов'язані з впливом на адвоката, а у деяких випадках – на адвокатське бюро, адвокатське об'єднання.

Окремі питання, що стосуються визначення встановлення правової охорони адвокатської діяльності та правового статусу адвоката, були висвітлені у працях таких вчених, як А. Бірюкова¹, Т. Вільчик², А. Козьмініх³, Л. Тацій⁴, П. Хотенець⁵ та ін. Важливі питання, пов'язані з дослідженням механізму заподіяння шкоди об'єкту злочину були розкриті Н. Гуторовою⁶, О. Радутним⁷ та ін. Однак у цих працях особливості суспільно небезпечного впливу на адвоката, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання при вчиненні кримінальних правопорушень не досліджувалися.

Слід зазначити, що саме дослідження механізму заподіяння шкоди об'єкту суспільно небезпечного посягання і його компонентам дає змогу розкрити істотні ознаки складу діяння, а також виявити можливі прогалини у правовому регулюванні й кримінально-правовій охороні відповідних соціальних цінностей. Тож убачається обґрунтованим і актуальним проаналізувати особливості суспільно небезпечного впливу на адвоката, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання при вчиненні кримінальних правопорушень, які посягають на адвокатську діяльність як охоронювану законом соціальну цінність.

¹ А. Бірюкова, 'Забезпечення адвокатурою конституційного права обвинуваченого на захист у кримінальному процесі України' (дис канд юрид наук, 2006) 206.

² Т. Вільчик, 'Юридична природа адвокатури та проблеми організації її діяльності' [2011] 4 Університетські наукові записки 327–332.

³ А. Козьмініх, 'Роль інституту адвокатури в реалізації правозахисної функції громадянського суспільства' (автореф дис канд політ наук, 2008) 18.

⁴ Л. Тацій, 'Юридична природа адвокатури в системі захисту прав і свобод людини і громадянина' (автореф дис канд юрид наук, 2008) 18.

⁵ П. Хотенець, 'Правовий статус адвоката в Україні' (автореф дис канд юрид наук, 2002) 23.

⁶ Н. Гуторова, 'Механізм заподіяння шкоди об'єкту злочину: поняття, види, кримінально-правове значення' [2015] 9 Право України 128–135.

⁷ О. Радутний, 'Механізм заподіяння шкоди будь-якому об'єкту через протиправний вплив на інформаційні відносини' [2009] 4 Вісник Академії правових наук України 199–205.

Важливість дослідження адвокатської діяльності як соціальної цінності зумовлена взаємозв'язком об'єкта правової охорони (у тому числі кримінально-правової охорони) з поняттям об'єкта злочину. На жаль, межі цього дослідження не дають змоги заглибитися в дискусію щодо доцільності визнання об'єктом злочину суспільних відносин або цінностей. Зазначимо лише, що підтримуємо позицію Є. Фесенка, відповідно до якої об'єктом злочину є соціальні цінності, які охоплюють п'ять класів компонентів, а саме: потерпілих; їхні інтереси та права; соціальні зв'язки; предмети (матеріалізовані блага); нематеріалізовані блага, які належать потерпілим⁸. Об'єктом кримінально-правової охорони визнаються ті цінності, які законодавцем беруться під охорону шляхом прийняття кримінально-правової норми, тобто цінності, які потенційно можуть стати об'єктом злочину (злочинного посягання)⁹. Позиція щодо визнання об'єктом злочину соціальних цінностей підтримана в роботах П. Андрушка¹⁰, П. Берзіна¹¹, П. Матишевського¹² та ін. О. Дудоров щодо цього зазначив таке: 'Якщо об'єктом кримінально-правової охорони варто визнавати ті цінності, які забезпечуються кримінально-правовою охороною, то звернення до поняття об'єкта злочину є виправданим для з'ясування антисоціальної спрямованості злочинного посягання і характеру заподіяної ним шкоди'¹³.

Як відзначає Н. Гурова, чинниками, які зумовлюють функціонування механізму заподіяння шкоди об'єкту злочину, є: 1) об'єкт злочину являє собою єдину цілісну систему взаємопов'язаних і взаємодіючих між собою структурних елементів; 2) властивістю цієї системи є те, що виключення хоча б одного з елементів або його істотне пошкодження призводить до завдання шкоди об'єкту злочину в цілому; 3) суспільно небезпечне діяння за своїм характером та інтенсивністю здатне здійснити такий вплив на елемент об'єкта злочину, який призведе до його виключення із системи (шляхом вилучення чи знищення) або суттєвого пошкодження¹⁴. Такий негативний вплив спрямовується на предмет суспільних відносин, сумлінного учасника суспільних відносин або соціальний зв'язок¹⁵, тобто пошкоджує (видозмінює або знищує) елементи об'єкта кримінально-правової охорони.

Маємо також враховувати й те, що кримінальне правопорушення спричиняє суспільно небезпечну шкоду або створює загрозу спричинення такої шкоди. Суспільна небезпека – це об'єктивна властивість злочину, реальне

⁸ Є Фесенко, 'Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони' (дис докт юрид наук, 2004) 89.

⁹ П Андрушко, 'Об'єкт кримінально-правової охорони, об'єкт злочину, об'єкт злочинного посягання та об'єкт злочинного впливу: основний зміст понять та їх співвідношення' [2011] 12 Адвокат 10.

¹⁰ П Андрушко, *Злочини проти виборчих прав та їх права брати участь у референдумі: кримінально-правова характеристика* (КНТ 2007) 111.

¹¹ П Берзін, 'Незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг: аналіз складів злочину, передбаченого ст. 229 КК України' (дис канд юрид наук, 2004) 29.

¹² П Матишевський, *Кримінальне право України: Загальне частина: підручник для студ. юрид. вузів і фак.* (А.С.К. 2001) 85.

¹³ О Дудоров, 'Проблеми кримінально-правової охорони системи оподаткування України' (дис докт юрид наук, 2007) 57.

¹⁴ Гурова (н 6) 129.

¹⁵ Радутний (н 7) 204.

порушення відносин, що склалися в суспільстві. Виникнення, зміна, втрата суспільної небезпечності діяння зумовлені об'єктивними закономірностями суспільного розвитку, нерозривним зв'язком із тими соціально-економічними процесами, що відбуваються в суспільстві¹⁶. Отже, при визначенні особливостей механізму заподіяння шкоди адвокатській діяльності, важливим видається виділити ті різновиди посягань, які спричиняють суспільно небезпечну шкоду, а також створюють загрозу її спричинення, за умови, що такі діяння мають наслідком виникнення відповідних видозмін у компонентах об'єкта кримінально-правової охорони.

Як відзначив Є. Фесенко, потерпілими, проти яких спрямовується злочинне діяння, можуть виступати як окремих індивід, так і людина як учасник суспільних відносин. Як індивід потерпілий є об'єктом посягання у тих випадках, коли злочином створюється загроза або спричиняється шкода невід'ємним індивідуальним благам людини, її фізичному існуванню. У більшості випадків він стає "мішенню" злочинного посягання як учасник суспільних відносин, коли результатом вчинення злочину може бути порушення певних суспільних зв'язків¹⁷.

Варто зазначити, що для дослідження адвокатської діяльності як об'єкта кримінально-правової охорони поняття "адвокат" є системотвірним, а ознака його правового статусу (право на здійснення адвокатської діяльності) має кримінально-правове значення, саме характеристики адвоката "включені" до компонентів об'єкта кримінально-правової охорони і є визначальними при дослідженні особливостей механізму заподіяння шкоди такому об'єкту. Отже, *характер і різновиди негативних змін, які утворюються внаслідок суспільно небезпечного посягання на адвокатську діяльність, можуть бути визначені з урахуванням таких аспектів адвокатської діяльності: 1) ознаки адвоката і правового статусу адвоката; суб'єкти адвокатської діяльності та учасники відповідних груп правовідносин, що складаються у зв'язку зі здійсненням адвокатської діяльності чи зверненням до адвоката; 2) сукупність прав і свобод, інтересів адвоката та інших учасників відповідних груп правовідносин, що складаються у зв'язку зі здійсненням адвокатської діяльності чи зверненням до адвоката; 3) соціальні зв'язки між такими суб'єктами, що виникають з приводу здійснення адвокатської діяльності; 4) матеріалізовані й нематеріалізовані блага. З урахуванням цього маємо на меті визначити саме ті різновиди суспільно небезпечної поведінки людини, які посягають на адвокатську діяльність.*

Для розкриття цих особливостей ключовим є виявлення тих різновидів поведінки, що спричиняють порушення належного порядку здійснення професійної адвокатської діяльності, а отже, можуть охоплювати вчинення таких діянь:

а) створення перешкод і/або ускладнення вільного й повноцінного здійснення адвокатом професійної діяльності, або унеможливлення вільного і

¹⁶ Р. Вереша, *Кримінальне право України. Загальна частина: навч. посіб.* (2-ге вид. перероб. та доповн. Центр учбової літератури 2012) 61.

¹⁷ Фесенко (н 8) 90.

повноцінного здійснення адвокатом професійної діяльності, у тому числі унеможливлення чи ускладнення реалізації адвокатом передбачених законом професійних повноважень щодо захисту інтересів клієнта, недопущення порушення його прав і їх відновлення у разі порушення;

б) створення перешкод, ускладнення або унеможливлення доступу фізичних і юридичних осіб до правничої допомоги адвоката, обмеження чи позбавлення права вільно обрати адвоката, відмовитися від його допомоги, а також скористатися безоплатною правничою допомогою, у тому числі неможливість чи ускладнення для фізичних і юридичних осіб реалізувати право на захист, вжити заходів щодо недопущення порушення своїх прав або відновлення порушених прав з допомогою кваліфікованої професійної допомоги адвоката;

в) порушення фізичної недоторканності адвоката, тиск і вчинення психологічного впливу на адвоката, його близьких родичів, посягання на його життя і здоров'я, його близьких родичів, майно і документи, а також інформацію, яка надається адвокату у зв'язку з виконанням ним професійних повноважень, будь-які інші види втручання в правомірну адвокатську діяльність.

У Кримінальному кодексі України¹⁸ *різновиди суспільно небезпечної поведінки, які посягають на адвокатську діяльність, визначені так:*

1) посягання на адвокатську діяльність, окреслені вище у п. “а”, визначені у кримінальному законі так: “недопущення захисника” (ч. 1 ст. 374), “вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги” (ч. 1 ст. 397), “порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги” (ч. 1 ст. 397), “порушення професійної таємниці” (ч. 1 ст. 397);

2) суспільно небезпечні посягання, які перелічені вище у п. “б”, передбачені у Кримінальному кодексі України так: “недопущення захисника” (ч. 1 ст. 374), “ненадання своєчасно захисника” (ч. 1 ст. 374), “інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого на захист” (ч. 1 ст. 374), “завідомо неправдиве повідомлення суду про повноваження представляти іншу особу в суді, а так само умисне невнесення адвокатом до ордера відомостей щодо обмежень повноважень, установлених договором про надання правничої допомоги” (ст. 400¹);

3) суспільно небезпечні діяння, названі вище у п. “в”, визначені у кримінально-правових положеннях так: “погроза вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо захисника чи представника особи, а також щодо їх близьких родичів у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги” (ч. 1 ст. 398), “умисне заподіяння захиснику чи представнику особи або їх близьким родичам легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги” (ч. 2 ст. 398), “умисне заподіяння тим самим особам у

¹⁸ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III < <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> > (дата звернення: 23.07.2023).

зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, тяжкого тілесного ушкодження” (ч. 3 ст. 398), “умисне знищення або пошкодження майна, що належить захиснику чи представнику особи або їх близьким родичам, у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги” (ч. 1 ст. 399), “вбивство або замах на вбивство захисника чи представника особи або їх близьких родичів у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги” (ст. 400).

Отже, визначимо особливості виникнення негативних змін у компонентах об'єкта кримінально-правової охорони, які можуть виникати у зв'язку із вчиненням впливу на адвоката, а також особливості впливу на адвокатське бюро і адвокатське об'єднання.

1. Вплив на адвоката. Суспільно небезпечний вплив на адвоката може бути спрямований як на особу, яка вже здійснює адвокатську діяльність, так і на таку, що отримала правовий статус адвоката, але адвокатську діяльність ще не здійснює. При цьому можемо виділити такі різновиди цього негативного впливу:

- за формою здійснення: фізичний вплив; психологічний вплив;
- за метою здійснення: створення перешкод у виконанні професійних повноважень; унеможливлення належного здійснення адвокатської діяльності і виключення адвоката з відповідної групи правовідносин (або недопущення його включення до правовідносин);
- за способом здійснення: усно (погрози, пропозиція неправомірної вигоди); шляхом виконання фізичних дій (заподіяння тілесних ушкоджень, вбивство) або бездіяльності (невиконання дій, що спрямовані на надання адвокату доступу до клієнта, відомостей тощо).

Слід зазначити, що процесуальні права адвоката, хоча й зумовлені статусом клієнта у справі, однак засновуються на тому, що адвокат як фахівець у галузі права, що надає професійну правничу допомогу, покликаний забезпечити захист прав, недопущення їх порушення і відновлення у разі порушення. Включення адвоката у справу надає більшій особі реалізувати свої права, захистити, відновити порушені і/або не допустити порушення прав клієнта. Тому адвокатська діяльність як охоронювана законом цінність має бути розглянута з урахуванням не тільки правового зв'язку адвоката з клієнтом, а й з урахуванням загального правового статусу адвоката, який сам по собі надає певні процесуальні права і можливості. Зокрема, йдеться про те, що вже з моменту набуття особою правового статусу адвоката така особа отримує низку правомочностей і включається до відповідної групи правовідносин. Право на зайняття адвокатською діяльністю є обов'язковим компонентом адвокатської діяльності, тому це право також включено до правової охорони цієї діяльності. Відповідно будь-які незаконні дії щодо адвоката, який набув правового статусу, але ще не розпочав адвокатську діяльність (не уклав договір про надання правничої допомоги), також можуть чинити негативний вплив на компоненти правової охорони й здатні порушувати належний порядок здійснення адвокатської діяльності. Відтак, наприклад, діяння, що пов'язане з недопущенням адвоката в будь-

якій формі до здійснення захисту особи, у тому числі вчинення будь-яких дій, що спрямовані на унеможливлення укладення договору з клієнтом, спричиняють відповідні негативні зміни в компонентах кримінально-правової охорони.

Важливо також зазначити, що саме мета здійснення негативного впливу (що полягає у створенні перешкод у виконанні професійних повноважень адвоката; унеможливленні належного здійснення адвокатської діяльності і виключенні адвоката з відповідної групи правовідносин або недопущенні його включення до відповідних правовідносин) об'єднує згадані вище різновиди впливу на адвоката. При цьому негативний вплив на адвоката в усіх випадках спричиняє також негативний вплив на клієнта, з яким у адвоката підписано договір про надання правничої допомоги.

2. Вплив на адвокатське бюро або адвокатське об'єднання. Адвокатське бюро і адвокатське об'єднання відповідно до статей 14 і 15 Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”¹⁹ є юридичними особами і можуть бути створені саме адвокатами. *Така форма здійснення адвокатської діяльності має низку особливостей, які впливають на правову охорону адвокатської діяльності, а саме:*

– учасником адвокатського бюро й адвокатського об'єднання може бути лише адвокат, який у разі заснування таких юридичних осіб володіє додатковим правовим статусом учасника відповідної юридичної особи; це також означає, що функціонування даних різновидів юридичних осіб залежить від наявності в учасника правового статусу адвоката²⁰;

– створення адвокатського бюро і адвокатського об'єднання впливає на взаємодію адвоката з клієнтом: стороною договору про надання правничої допомоги є саме юридична особа, незалежно від того, який саме адвокат надає правничу допомогу (безпосередньо учасник (учасники) даної юридичної особи або адвокат, залучений до співробітництва на договірних засадах);

– у разі створення адвокатського бюро або адвокатського об'єднання адвокат має здійснювати адвокатську діяльність саме у такій формі (тобто через адвокатське бюро або адвокатське об'єднання); це означає, що з моменту державної реєстрації юридичної особи у адвоката та у даної юридичної особи виникає додатковий правовий зв'язок, що покладає на адвоката відповідні зобов'язання.

¹⁹ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>> (дата звернення: 23.05.2024).

²⁰ Питання щодо можливості подальшого функціонування адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання у разі втрати правового статусу адвоката їх учасником (учасниками) в чинному законодавстві не вирішено. Однак, виходячи з положень статей 14 і 15 Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”, видається, що втрата правового статусу адвоката учасником адвокатського бюро чи усіма учасниками (або принаймні кваліфікованою більшістю) адвокатського об'єднання зумовлює неможливість подальшого виконання такою юридичною особою своїх функцій. Враховуючи це, на законодавчому рівні потребує вирішення питання чинності договорів про надання правничої допомоги у таких випадках. Зокрема, на нашу думку, в такому разі договори мали би бути укладені знову за участю адвокатів і клієнтів безпосередньо.

З урахуванням цього можна виділити такі особливості негативного впливу на адвокатську діяльність адвоката, який виконує професійні повноваження через адвокатське бюро, адвокатське об'єднання:

– враховуючи правовий зв'язок, наявний між адвокатом-учасником і заснованим ним адвокатським бюро або адвокатським об'єднанням, вплив на юридичну особу (наприклад, створення перешкод у здійсненні діяльності юридичної особи) може впливати на повноцінне виконання адвокатом професійних повноважень, і навпаки: негативний вплив на адвоката-учасника можуть спричинити перешкоди або навіть унеможливлення подальшої діяльності адвокатського бюро або адвокатського об'єднання (наприклад, убивство адвоката, який був учасником такої юридичної особи);

– правовий зв'язок, наявний між адвокатським бюро або адвокатським об'єднанням та адвокатом, залученим до співробітництва на договірних засадах, має юридичне значення у разі спричинення негативного впливу на юридичну особу або в деяких випадках – на адвоката-учасника цієї юридичної особи (як було показано вище). Зокрема, припинення юридичної особи або втрата правового статусу адвоката-учасника адвокатського бюро чи адвокатів-учасників адвокатського об'єднання (або принаймні їх кваліфікованої більшості) унеможлиблює продовження діяльності адвоката, залученого до співробітництва на договірних засадах, від імені такої юридичної особи. Однак така діяльність може бути продовжена в разі укладення адвокатом, залученим до співробітництва на договірних засадах, нового договору про надання правничої допомоги з клієнтом.

Крім того, вплив на адвокатське бюро чи об'єднання може спричинити негативні зміни в компонентах об'єкта кримінально-правової охорони у разі доступу, знищення, незаконної зміни чи незаконного поширення інформації, яка становить предмет адвокатської таємниці будь-якого адвоката, що залучений до роботи в адвокатському бюро чи об'єднанні (наприклад, незаконне втручання у роботу адвокатського бюро чи об'єднання може спричинити несанкціонований доступ до адвокатської таємниці).

Висновки. Таким чином, взаємозв'язок адвоката й адвокатського бюро, адвокатського об'єднання має юридичне значення при кваліфікації діянь, що посягають на адвокатську діяльність. Зокрема, залежно від різновиду такого правового зв'язку вчинення кримінального правопорушення може завдавати шкоди конкретному адвокату (який є учасником бюро, об'єднання) та/або усім адвокатам, залученим до співробітництва з цим бюро, об'єднанням.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Andrushko P, *Zlochynty proty vyborchyykh prav ta yikh prava braty uchast u referendumi: kryminalno-pravova kharakterystyka* (KNT 2007).
2. Matyshevskiy P, *Kryminalne pravo Ukrainy: Zahalne chastyna: Pidruchnyk dlia stud. yuryd. vuziv i fak.* (A.S.K. 2001).

3. Veresha R, Kryminalne pravo Ukrainy. Zahalna chastyna. Navch. posib. (2-he vyd. pererob. ta dop. Tsentr uchbovoi literatury 2012).

Journal articles

4. Andrushko P, 'Ob'iekt kryminalno-pravovoi okhorony, ob'iekt zlochynu, ob'iekt zlochnynnoho posiahannia ta ob'iekt zlochnynnoho vplyvu: osnovnyi zmist poniat ta yikh spivvidnoshennia' [2011] 12 Advokat 10.
5. Vilchuk T, 'Iurydychna pryroda advokatury ta problemy orhanizatsii yii diialnosti' [2011] 4 Universytetski naukovi zapysky 327–332.
6. Hutorova N, 'Mekhanizm zapodiannia shkody ob'iektu zlochynu: poniattia, vydy, kryminalno-pravove znachennia' [2015] 9 Pravo Ukrainy 128–135.
7. Radutnyi O, 'Mekhanizm zapodiannia shkody bud-iakomu ob'iektu cherez protypravnyi vplyv na informatsiini vidnosyny' [2009] 4 Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy 199–205.

Theses

8. Berzin P, 'Nezakonne vykorystannia zasobiv individualizatsii uchasnykiv hospodarskoho oborotu, tovariv ta posluh: analiz skladiv zlochynu, peredbachenoho st. 229 KK Ukrainy' (dys kand yuryd nauk, 2004).
9. Biriukova A, 'Zabezpechennia advokaturou konstytutsiinoho prava obyvnuvachenoho na zakhyst u kryminalnomu protsesi Ukrainy' (dys kand yuryd nauk, 2006).
10. Dudorov O, 'Problemy kryminalno-pravovoi okhorony systemy opodatkuvannia Ukrainy' (dys dokt yuryd nauk, 2007).
11. Kozminykh A, 'Rol instytutu advokatury v realizatsii pravozakhysnoi funktsii hromadianskoho suspilstva' (avtoref dys kand polit nauk, 2008).
12. Tatsii L, 'Iurydychna pryroda advokatury v systemi zakhystu prav i svobod liudyny i hromadianyna' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2008).
13. Fesenko Ye, 'Zlochyny proty zdorov'ia naseleння ta systemy zakhodiv z yoho okhorony' (dys dokt yuryd nauk, 2004).
14. Khotenets P, 'Pravovy status advokata v Ukraini' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2002).

Mikhailo Korotyuk

FEATURES OF THE PUBLICLY DANGEROUS INFLUENCE
ON THE ADVOCATE, LAW OFFICE, LAW ASSOCIATION
WHEN COMMITTING CRIMINAL OFFENSES, WHICH INTERFERE
ON ADVOCATE ACTIVITY AS A SOCIAL VALUE PROTECTED BY LAW

ABSTRACT. The article is based on the study of advocate activity as a social value protected by criminal law, based on the concept of recognition of social values as the object of a criminal offense. The author came to the conclusion that the nature and types of negative changes that occur as a result of a socially dangerous encroachment on advocate activity can be determined taking into account the following aspects of advocacy: 1) characteristics of an advocate and legal status of an advocate; subjects of advocate activity and participants of relevant groups of legal relations formed in connection with the implementation of advocacy activities or appeals to a lawyer; 2) the set of rights and freedoms, interests of the lawyer and other participants of the relevant groups of legal relations, which are formed in connection with the implementation of the advocate activity or the appeal to the lawyer; 3) social ties between such entities that arise in connection with the implementation of advocacy activities; 4) tangible and intangible goods. Taking this into account, we aim to identify those types of socially dangerous human behavior that encroach on advocate activity. Based on this, the author carried out a study of the mechanism of damage to the legal profession as an object of criminal law protection and its components such as a lawyer, a law office, a lawyer association.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2024 • № 5 • 119-128

Михайло Коротюк

It has been established that the key to uncovering these features is to identify those types of behavior that cause violations of the proper procedure for professional advocacy. It was determined that a socially dangerous influence on a lawyer can be directed both at a person who is already practicing law, and at a person who has received the legal status of a lawyer but is not yet practicing law. The article lists the types of such influence by the form of implementation, by the purpose of implementation, by the method of implementation. At the same time, a negative impact on the law firm, the law association may also result in a violation of the proper procedure for practicing law, considering the legal relationship between the lawyer and the law firm, the law association. In addition, the impact on the law firm or association may cause negative changes in the components of the object of criminal law protection in case of access, destruction, illegal modification or illegal distribution of information.

KEYWORDS: advocacy; attorney; attorney's office; attorney's association; social value; impact; mechanism of harm.

ДОКТРИНА В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

СПЕЦІАЛЬНІ ЕКОНОМІЧНІ ТА ІНШІ ОБМЕЖУВАЛЬНІ ЗАХОДИ (САНКЦІЇ) НЕ Є ВИДОМ (ФОРМОЮ, ЗАСОБОМ, МЕХАНІЗМОМ) ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ*

<...>

7. Велика Палата дослідила матеріали справи й дійшла такого висновку.

<...>

За наявною у позивача інформацією, у вересні 2019 року компанія Carbon Black SA брала участь у правочинах з продажу кам'яновугільної смоли, незаконно видобутої у місті Горлівка Донецької області, з використанням пакувальних засобів, належних дочірньому підприємству позивача – ТОВ “ТАР АЛЬЯНС”.

Вважаючи, що господарська діяльність компанії Carbon Black SA з продажу незаконно вилученої кам'яновугільної смоли, що добувалася на території, окупованій визнаною терористичною організацією, може свідчити про наявність підстав для застосування до неї спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій) відповідно до Закону № 1644-VII [Закон України “Про санкції” від 14 серпня 2014 року № 1644-VII], позивач звернувся до Президента України та РНБО із заявою, в якій просив перевірити операції компанії Carbon Black SA та накласти на вказану компанію та її бенефіціарних власників санкції за торгівлю незаконною вилученою кам'яновугільною смолою.

Листом від 06 липня 2021 року № 03-01/1897 за підписом керівника апарату ОПУ [Офіс Президента України] Приватній компанії повідомили про те, що її звернення надіслали до СБУ та КМУ з проханням розглянути його згідно з компетенцією, вжити у разі необхідності відповідних заходів реагування та поінформувати про результати заявника.

Перший заступник керівника апарату РНБО листом від 10 червня 2021 року № 2373/14-06/2-21 звістив позивача, що РНБО розглядає питання щодо застосування, скасування та внесення змін до санкцій винятково на підставі пропозицій Верховної Ради України, Президента України, СБУ, КМУ та Національного банку України. У разі надходження пропозицій про застосування санкцій від законодавчо визначених суб'єктів подання апарат РНБО у встановленому порядку забезпечить їхнє опрацювання з метою розгляду членами РНБО.

Офіс Генерального прокурора (далі – ОГП) листом від 05 серпня 2021 року № 18/2/3?191вих-21 звістив позивача про надходження до ОГП звернення в інтересах Приватної компанії, яке разом з листом ОПУ надійшло із Секретаріату КМУ, з приводу наявності підстав для застосування санкцій. ОГП повідомив Приватній компанії, що відповідно до статті 5 Закону № 1644-VII

* Витяг з постанови Великої Палати Верховного Суду від 7 липня 2022 р. у справі № 9901/348/21 <<https://reestr.court.gov.ua/Review/105234175>> (дата звернення: 30.05.2024).

ОГП не є суб'єктом надання відповідних пропозицій та не уповноважений виносити рішення щодо застосування санкцій.

Не погодившись із діями Президента України, Приватна компанія звернулася до суду з позовом.

<...>

13. Відповідно до частини першої статті 1 Закону № 1644-VII з метою захисту національних інтересів, національної безпеки, суверенітету і територіальної цілісності України, протидії терористичній діяльності, а також запобігання порушенню, відновлення порушених прав, свобод та законних інтересів громадян України, суспільства та держави можуть застосовуватися спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи (далі – санкції).

Санкції можуть застосовуватися з боку України по відношенню до іноземної держави, іноземної юридичної особи, юридичної особи, яка знаходиться під контролем іноземної юридичної особи чи фізичної особи – нерезидента, іноземців, осіб без громадянства, а також суб'єктів, які здійснюють терористичну діяльність (частина друга статті 1 Закону № 1644-VII).

Відповідно до статті 2 Закону № 1644-VII правову основу застосування санкцій становлять Конституція України, міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, закони України, нормативні акти Президента України, Кабінету Міністрів України, рішення РНБО, відповідні принципи та норми міжнародного права.

За частиною першою статті 3 Закону № 1644-VII підставами для застосування санкцій є:

1) дії іноземної держави, іноземної юридичної чи фізичної особи, інших суб'єктів, які створюють реальні та/або потенційні загрози національним інтересам, національній безпеці, суверенітету і територіальній цілісності України, сприяють терористичній діяльності та/або порушують права і свободи людини і громадянина, інтереси суспільства та держави, призводять до окупації території, експропріації чи обмеження права власності, завдання майнових втрат, створення перешкод для сталого економічного розвитку, повноцінного здійснення громадянами України належних їм прав і свобод;

2) резолюції Генеральної Асамблеї та Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй;

3) рішення та регламенти Ради Європейського Союзу;

4) факти порушень Загальної декларації прав людини, Статуту Організації Об'єднаних Націй.

Застосування санкцій ґрунтується на принципах законності, прозорості, об'єктивності, відповідності меті та ефективності (частина друга статті 3 Закону № 1644-VII).

Підставою для застосування санкцій також є вчинення іноземною державою, іноземною юридичною особою, юридичною особою, яка знаходиться під контролем іноземної юридичної особи чи фізичної особи – нерезидента, іноземцем, особою без громадянства, а також суб'єктами, які здійснюють терористичну діяльність, дій, зазначених у пункті 1 частини першої цієї статті, стосовно іншої іноземної держави, громадян чи юридичних осіб останньої (частина третя цієї статті).

Відповідно до пунктів 1, 2 та 4 частини першої статті 4 Закону № 1644-VII видами санкцій згідно із цим Законом є, зокрема: блокування активів – тимчасове обмеження права особи користуватися та розпоряджатися належним їй майном; обмеження торговельних операцій; запобігання виведенню капіталів за межі України.

Згідно із частиною першою статті 5 Закону № 1644-VII пропозиції щодо застосування, скасування та внесення змін до санкцій виносяться на розгляд РНБО Верховною Радою України, Президентом України, КМУ, Національним банком України, СБУ.

Рішення щодо застосування, скасування та внесення змін до санкцій щодо окремих іноземних юридичних осіб, юридичних осіб, які знаходяться під контролем іноземної юридичної особи чи фізичної особи – нерезидента, іноземців, осіб без громадянства, а також суб'єктів, які здійснюють терористичну діяльність (персональні санкції), передбачених пунктами 1–21, 23–25 частини першої статті 4 цього Закону, приймається РНБО та вводиться в дію указом Президента України. Відповідне рішення набирає чинності з моменту видання указу Президента України і є обов'язковим до виконання (частина третя статті 5 Закону № 1644-VII).

<...>

19. Аналіз доводів позовної заяви, обсяг доказів та матеріалів, зібраних у цій справі, міркування та аргументи апеляційної скарги, аналогічного змісту пояснення представника позивача у своїй сукупності дають підстави виснувати, що “пошттовхом” (причиною) для звернення позивача до Президента України стали обставини порушення майнових прав Приватної компанії, фактична та юридична природа яких відображена вище.

Видається очевидним, що ці порушення настали не через незаконні дії чи рішення і не у зв'язку з протиправною бездіяльністю глави держави, оскільки, як випливає з логіки позиції позивача, не перебували в причинному зв'язку з поведінкою Президента України, а були детерміновані незаконною комерційною діяльністю “персоналізованих” вище юридичних осіб.

Так, треба розуміти, що для захисту своїх прав від “комерційної діяльності” названого Приватною компанією підприємства (Carbon Black SA) з ініціативи позивача 22 січня 2020 року за фактами скоєння фінансування тероризму й було зареєстровано кримінальне провадження № 4202000000000136, передбачене частиною першою статті 258⁵ КК України.

З цією самою метою позивач звернувся за захистом своїх прав до Президента України й просив застосувати санкції до юридичної особи, яка порушила його права.

Не вдаючись до поглибленого аналізу слушності обраних позивачем способів захисту своїх прав і свобод, а також того, про що насправді гадав позивач, коли вдався до названих механізмів захисту свого права, зрозумілим видається те, що звернення Приватної компанії до Президента України з вимогою застосувати санкції та реакція адресата на це звернення спричинили виникнення вторинних (похідних) відносин, характерних для сфери розгляду індивідуальних [чи колективних] письмових звернень органами державної влади та посадовими і службовими особами цих органів, які за

наслідками обов'язкового їхнього розгляду повинні дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк.

У межах цього спору приводом для виникнення таких відносин стало власне звернення Приватної компанії з наміром (бажанням) захистити своє майнове право через спосіб застосування санкцій до особи, яка порушила ці права, і діяльність у відповідь відповідача на запропонований позивачем варіант захисту його прав.

20. Якщо виникають такі відносини, то для визначення обсягу та міри їхньої юридичної та фактичної природи потрібно знов-таки з'ясувати, чи, зокрема в аспекті спірних правовідносин, містять вони під собою підстави, передбачені законом, чи письмова пропозиція юридичної особи (резидента або нерезидента) з вимогою застосувати санкції до підприємства, яке порушило права такої особи, спрямована для розгляду до встановленого законом суб'єкта владних повноважень, вимагає за законом від адресата звернення розгляду її по суті з ухваленням запропонованого у зверненні рішення.

Відповіді потребуватиме й запитання про те, чи зобов'язаний Президент України розглянути письмове звернення юридичної особи про застосування обмежувальних заходів тільки тому, що воно направлено йому як одному із суб'єктів, хто за законом має право вносити пропозиції про застосування санкцій, і ще тому, що Президент України за Конституцією України не має повноважень переадресовувати таке звернення іншому компетентному органу державної влади.

Для цих відносин важливо з'ясувати також, хто за спеціальним Законом № 1644-VII може ініціювати застосування цих обмежень; хто є суб'єктами цих відносин; чи може ініціювати застосування санкцій юридична особа; яке коло повноважень Президента України у відносинах, пов'язаних із застосуванням санкцій; чи зобов'язаний Президент України як той, хто вносить на розгляд РНБО пропозиції про застосування санкцій, розглянути звернення юридичної (або фізичної) особи з інформацією про вчинення дій, що підпадають під поняття санкційного порушення, і ухвалити у зв'язку із цим негативне або позитивне для автора звернення рішення; чи повідомлення будь-кого про протиправні дії, які містять опис ознак посягання на національну безпеку країни, має розглядатися й отримати обґрунтовану відповідь; чи пересилання звернення юридичної особи про вчинення дій, що підпадають під дію санкційного закону, органом державної влади, якому воно було направлено, до іншого органу державної влади, який має компетенцію розглядати такі відомості і вносити пропозиції про застосування санкцій, є діями, що суперечать Конституції та законам України, тощо.

21. Для розв'язання спору у правовідносинах, що склалися між сторонами у цій справі, потрібно зважити на лаконічний контекст прийняття Закону № 1644-VII. Цей Закон набрав чинності 12 вересня 2014 року. Станом на цю дату, за текстом Заяви Верховної Ради України "Про відсіч збройній агресії Російської Федерації на подолання її наслідків", яка затверджена Постановою Верховної Ради України від 21 квітня 2015 року № 337-VIII, тривала вже третя фаза збройної агресії Російської Федерації, яка розпочалася масовим вторгненням на територію Донецької та Луганської областей регулярних підрозділів Збройних Сил Російської Федерації.

Перебуваючи в умовах збройного конфлікту та під загрозою втрати української державності існувала об'єктивна необхідність невідкладно, ефективно та жорстко реагувати на існуючі та потенційні загрози з боку країни-агресора задля захисту національних інтересів, державної безпеки, суверенітету і територіальної цілісності України.

22. Закон № 1644-VII є регулятивним нормативним актом, який встановлює (запроваджує) ряд обмежень на демократичну участь у випадку загрози національним інтересам, національній безпеці, суверенітету і територіальній цілісності України, а також задля протидії терористичній діяльності.

Цей Закон, як можна побачити зі змісту наведених вище його приписів, дозволяє обмежувати певні права та свободи (право власності, право на підприємницьку діяльність тощо), не змінюючи при цьому провідних (ключових) цінностей, що становлять основу Конституції України.

За цим актом держава має легітимну можливість відступати від певних гарантованих конституційних прав, але водночас для того, щоб запобігти загрозам державного свавілля чи авторитаризму, повинна застосовувати обмежувальні заходи (санкції) винятково, тимчасово, використовувати їх як крайній і як необхідний (невипадковий) захід. Повинна застосовувати їх співмірно з тими загрозами національним інтересам, національній безпеці чи для протидії терористичній діяльності, яким держава намагається запобігти з їхньою поміччю.

Оскільки обмежувальні заходи є чутливими для осіб, до яких вони можуть бути застосовані, та мають відповідати певним стандартам обмеження основних прав, одним з яких є забезпечення балансу між потребами національної безпеки, суверенітету і територіальної цілісності держави, з одного боку, та демократії і прав людини – з другого, у цьому Законі визначені види обмежувальних заходів (санкцій), підстави їхнього застосування, окреслено коло осіб, до яких вони застосовуються, а також за яких умов. Встановлені органи державної влади, які вносять пропозиції про застосування санкцій, інституція, яка приймає рішення про їхнє застосування, та порядок, за яким втілюються ці заходи.

Позаяк главою держави і гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, прав і свобод людини і громадянина є Президент України, беручи до уваги, що використання санкцій в особливий спосіб перебуває на межі втручання в права особи, гарантовані Конституцією України, Закон № 1644-VII передбачає, що рішення щодо застосування певного виду санкцій приймається РНБО та вводиться в дію указом Президента України, на якого власне й покладається відповідальність гарантувати як національні інтереси, національну безпеку, суверенітет і територіальну цілісність України, так і принципи правової держави, права і свободи людини і громадянина.

У цьому сенсі Закон № 1644-VII досить чітко і передбачувано визначав підстави, умови, мету застосування санкцій.

23. Закон № 1644-VII не є правоохоронним нормативним актом, шляхом реалізації якого кожен, хто зазнав порушення своїх прав, може звернутися за захистом до компетентного юридичного органу.

За цим законом юридичним особам, зокрема іноземній юридичній особі, юридичній особі, яка знаходиться під контролем іноземної юридичної особи, чи фізичній особі – нерезиденту, іноземцям, особам без громадянства, не заборонено звертатися із заявами з повідомленням про обставини (відомості), що охоплюються поняттям ‘дії <...> суб’єктів, які створюють реальні та/або потенційні загрози національним інтересам, національній безпеці, суверенітету і територіальній цілісності України, сприяють терористичній діяльності та/або порушують права і свободи людини і громадянина, інтереси суспільства та держави <...>’. Але вони не вправі вимагати від компетентного органу сприймати їхні звернення як обов’язковий привід для розгляду по суті, а також у судовому порядку спонукати “суб’єкта внесення пропозиції про застосування санкцій” використати свої повноваження як спосіб захисту порушеного індивідуального права.

Цей Закон таких положень не містить і не може містити, оскільки не встановлює нормативних і фактичних підстав юридичної відповідальності, якими є норми права, що передбачають покладання відповідальності, та факт правопорушення (діяння), з яким пов’язується визначення охоронних правовідносин, у рамках якого реалізується юридична відповідальність. Цей Закон не встановлює обсягу та форм державно-правового примусу, виду юридичної відповідальності (конституційно-юридичної, дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної, кримінальної тощо) за скоєння діяння.

Попри певну зовнішню (не сутнісну) схожість, санкції в розумінні Закону № 1644-VII не є видом (формою, засобом, механізмом) відповідальності, оскільки дії, за фактом реалізації яких вони застосовуються до суб’єкта, який їх здійснив, не містять ознак протиправного (в більшості випадків вольового) порушення заборон, визначених відповідним законодавством, для кваліфікації якого необхідністю є встановлення ознак складу правопорушення (діяння).

24. З опису підстав, умов, мети застосування санкцій можна висувати також, що суб’єкт, до якого вони, можливо, будуть застосовані, не може не розуміти і не передбачити, що ці обмежувальні заходи потенційно (ймовірно) використовуватимуться стосовно нього насамперед через те, що він є “репрезентантом” країни, яка в умовах збройного конфлікту ставить під загрозу національні інтереси, національну безпеку України, втрату української державності, а його діяльність на території України за умов збройного конфлікту може підпадати під ознаки реалізації такої загрози.

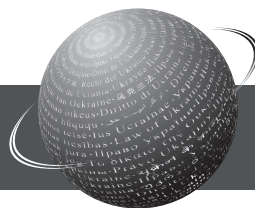
25. Відтак можна стверджувати, що у разі подання до Президента України заяви (повідомлення) про необхідність застосування санкцій, подібних до тих, які пропонує позивач у цій справі, адресат звернення не повинен ухвалювати жодного рішення щодо суті відображених у зверненні обставин, позаяк Президент України щодо цього звернення немає ні повноважень, ні обов’язку на його розгляд по суті; для цього на рівні закону не запроваджено процесуального порядку його розгляду та відповідальності за порушення цього порядку.

<...>

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО

УКРАЇНИ



www.pravoua.com.ua

e-mail: editor.pravoua@gmail.com

ІНФОРМАЦІЯ

ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

ПЕРЕДПЛАТУ

на юридичний журнал “ПРАВО УКРАЇНИ”
(електронна версія)
на 2024 рік можна зробити через сайт
за посиланням:

<https://pravoua.com.ua/ua/store/subscribes/>,

або звернувшись до редакції журналу
за адресою:

вул. Загорівська, 17–21,
м. Київ, 04107, Україна
+380(66) 972-39-27
editor.pravoua@gmail.com

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

“ПРАВО УКРАЇНИ”

5
2024

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Кузьміної*
Комп’ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 18.07.2024. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 11,0. Обл.-вид. арк. 8,3.
Зам. _____. Ціна договірна.

АДРЕСА РЕДАКЦІЇ:
вул. Загорівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефон: +380(66) 972-39-27 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Віддруковано у друкарні ТОВ “Про Формат”
Україна, 04080, м. Київ, Костянтинівська, буд. 73

Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 5942 від 11.01.2018 р.