

02/20

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

02/20

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)



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

Publisher:

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

Editorial board:

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

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

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

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

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

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

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

Partners



Netzwerk Ost-West



**Deutsch-ukrainischer
rechtswissenschaftlicher Dialog e.V.**

Rechtsdialog.org

www.uni-goettingen.de/reos

02/2020

ISSN 2199-6245

ReOS 02 / 2020

Inhaltsverzeichnis

Features of the legal regime of property of enterprises of religious organizations <i>Bochkov Pavel</i>	4
Constitutional and legal restrictions of rights humans in a pandemic condition <i>Brezina Tetiana</i>	8
Legal regulation of the use of civil drone aerial vehicles: ICAO standards and practice of Ukraine <i>Grygorov Oleksandr</i>	14
Theoretical issues of personal data protection: problems of essence and legal regulation <i>Zaiats Nataliya</i>	18
Separate body substances, stored for personal use – part of the heritage or not? <i>Kvit Nataliia</i>	23
Cyclicity as the methodological basis for legal forecasting <i>Kopytkov Vladyslav</i>	28
International cooperation of Ukraine in the field of functioning of the institute of judicial protection of intellectual property rights through the performance of obligations <i>Kuryava Viktoriya</i>	33
Some issues of contractual regulation of transportation and handling of goods in containers in direct mixed connection <i>Melnyk Alisa</i>	37
Expert on issues of law in civil proceedings of Ukraine <i>Minchenko Raisa</i>	42
Non-contractual liability of event organisers, sports organisations and owners of sports facilities <i>Oblakova Olena</i>	47
Doctrinal interpretation of fiscal sanctions structure in tax and customs legislation of Ukraine <i>Punda Oleksandr, Khoma Valerii</i>	52
The concept and features of criminal procedural sanctions <i>Soproniuk Oleksandr</i>	57
Imam Sadiq’s legal doctrine of the sources of law <i>Tahiev Akif</i>	62
Drawback in the subject matter as a kind of subjective person’s attitude to the objective features of a crime: types and criminal significance <i>Terpeliuk Yegenyi</i>	67
Procedure of conduct the on-site inspection in criminal proceedings <i>Tymoshuk Vasyl</i>	72
Prospects for the introduction of a family mediation institute in Ukraine: the experience of the Kingdom of Spain <i>Tsemko Sophia</i>	77
Legal basis for the transfer of ownership of land in Ukraine on competitive terms <i>Shcherbyak Yuliya</i>	81

Features of the legal regime of property of enterprises of religious organizations

Bochkov Pavel

PhD in Law, Doctor of Theology

Rector of the Church of St. Luke Voino-Yasenetsky, Russia

The author studied the peculiarities of the legal regime of property of enterprises of religious organizations in Ukraine. The legal regime of property of enterprises of religious organizations is characterized by certain features that are derived from the peculiarities of the legal status of religious organizations.

The author in the article studied the peculiarities of economic activity by enterprises of religious organizations and determined the property basis of such organizations. Legal regulation of property rights of religious organizations corresponds to the generally accepted principles of regulation that apply to property rights: inviolability, special order of deprivation, etc. Religious organizations have the right to use for their needs the buildings and property provided to them by state, public organizations or citizens on a contractual basis.

Economic legislation stipulates that an enterprise of a religious organization is a unitary enterprise that is based on the property of a religious organization to carry out economic activities in order to perform their statutory tasks. The right of ownership of religious organizations is exercised by their governing bodies in accordance with the law.

The property basis of the enterprise of a religious organization is the property transferred to it by the founder – the religious organization that is the owner of this property, and the property acquired in the course of economic activity, the owner of which is also a religious organization. Religious organizations may own buildings, objects of worship, objects of production, objects of social and charitable purpose, transport, money and other property necessary to ensure their activities.

The author found that the enterprises of religious organizations are not owners of property, but carry out their economic activities under the legal regime of operational management or economic management.

Based on the analysis of the rules of law governing the activities of enterprises of religious organizations, the author concluded that the law contains rules on the characteristics of certain types of property (religious property). The author proposes to make a classification of the property of religious organizations, taking into account the peculiarities of legal regulation by their separate categories. Such a classification will help to more fully regulate relations in this area. Therefore, the author proposes to amend the legislation of Ukraine.

Особливості правового режиму майна підприємств релігійних організацій

Бочков Павло Володимирович

кандидат юридичних наук, доктор богослов'я,

настоятель Храму святителя Луки Войно-Ясенецького, Росія

Вступ

Проблема правового регулювання майнових відносин релігійних організацій має велике наукове та практичне значення й є важливим компонентом державно-конфесійних відносин. Правовий режим майна підприємств релігійних організацій характеризується певними особливостями, що є похідними від особливостей правового статусу релігійних організацій, і визначається унормованою законодавством приналежністю до мети і завдань релігійної організації, яка за правовою природою виступає власником (засновником) підприємства релігійної організації. У майновій сфері правоздатність релігійних організацій проявляється в юридичній забезпеченості виступати в майнових відносинах як суб'єкт права.

Окремі питання правового режиму майна підприємств та релігійних організацій досліджували у своїх працях такі науковці, як: В.І. Борисова, В. Піддубна, П.В. Сергєєв, А.І. Шпомер та ін. Проте сьогодні відсутнє комплексне дослідження особливостей правового режиму майна підприємств релігійних організацій.

Мета статті – аналіз правового режиму майна підприємств релігійних організацій, виокремлення специфічних рис, притаманних окремим категоріям майна релігійних організацій, надання пропозицій щодо внесення змін до чинного законодавства.

Виклад основного матеріалу

Відповідно до ст. 133 ГК України, основу правового режиму майна суб'єктів господарювання, на якій базується їхня господарська діяльність, становлять право власності та інші речові права: право господарського відання, право оперативного управління.

В Україні церква від держави відділена, тому держава не визнає ні її особливого унікального статусу на законодавчому рівні, ні її особливого місця або більших порівняно з іншими суб'єктами прав¹.

¹ Шитий С.І. Окремі питання оподаткування релігійних організацій в законодавстві України і Європейського Союзу. *Науковий часопис НПУ імені М.П. Драгоманова. Серія 18: Економіка і право.* 2016. Вип. 31. С. 117–122.

Зі змісту Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» слідує, що правове регулювання права власності релігійних організацій відповідає загальноновизнаним принципам регулювання, що застосовуються до права власності: непорушність, особливий (виключний) порядок позбавлення тощо. Релігійні організації мають право використовувати для своїх потреб будівлі і майно, що надаються їм на договірних засадах державними, громадськими організаціями або громадянами.

Культові будівлі і майно, які становлять державну власність, передаються організаціями, на балансі яких вони знаходяться, у безоплатне користування або повертаються у власність релігійних організацій безоплатно за рішеннями обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій, а в Республіці Крим – Уряду Республіки Крим. У власності релігійних організацій можуть бути будівлі, предмети культу, об'єкти виробничого, соціального і добродійного призначення, транспорт, кошти та інше майно, необхідне для забезпечення їхньої діяльності.

Релігійні організації мають право власності на майно, придбане або створене ними за рахунок власних коштів, пожертвуване громадянами, організаціями або передане державою, а також придбане на інших підставах, передбачених законом. Тобто, виходячи із зазначених вимог Закону, підприємства релігійних організацій не є власниками майна, що перебуває у їх віданні та/або набуто в ході господарської діяльності. Зазначена умова є цілісним елементом господарсько-правового статусу підприємства релігійної організації й системним елементом, передбаченим законодавцем у питаннях регулювання діяльності таких підприємств.

Господарським кодексом України передбачено, що підприємство релігійної організації не є власником майна, переданого йому та на основі якого воно діє. Згідно з ч. 5 ст. 112 Господарського кодексу України, підприємство об'єднання громадян, релігійної організації діє на основі статуту й є юридичною особою, здійснюючи свою діяльність на праві оперативного управління або господарського відання. Право господарського відання є речовим правом суб'єкта підприємництва, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом), з обмеженням правомочності розпорядження щодо окремих видів майна за згодою власника у випадках, передбачених цим Кодексом та іншими законами. Згідно зі ст. 136 Господарського кодексу України, власник майна, закріпленого на праві господарського відання за суб'єктом підприємництва, здійснює контроль за використанням та збереженням належного йому майна безпосередньо або через уповноважений ним орган, не втручаючись в оперативно-господарську діяльність підприємства.

Згідно зі ст. 137 Господарського кодексу України, правом оперативного управління визнається речове право суб'єкта господарювання, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим

за ним власником (уповноваженим ним органом) для здійснення некомерційної господарської діяльності, у межах, встановлених цим Кодексом та іншими законами, а також власником майна (уповноваженим ним органом). Власник майна, закріпленого на праві оперативного управління за суб'єктом господарювання, здійснює контроль над використанням і збереженням переданого в оперативне управління майна безпосередньо або через уповноважений ним орган і має право вилучати у суб'єкта господарювання надлишкове майно, а також майно, що не використовується, та майно, що використовується ним не за призначенням².

З огляду на вищевикладене, релігійна організація – самостійний функціональний вид невідприємницьких організацій, яка створена громадянами або юридичними особами в цілях сповідання і поширення віри, в установленому законом порядку зареєстрована як юридична особа приватного права за винятком випадків, передбачених у законі, що діє відповідно до своєї ієрархічної та інституційної структури, вибирає, призначає і замінює персонал згідно зі своїми статутами (положеннями). Доходи або майно релігійних організацій не підлягають розподілу між їх засновниками або членами та не можуть використовуватися для вигоди будь-якого окремого засновника або члена релігійної організації та її посадових осіб, окрім оплати праці останніх та відрахувань на соціальні заходи³.

Відповідно до ст. 20 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», після припинення діяльності релігійних організацій майно, надане їм у користування державними, громадськими організаціями або громадянами, повертається його колишньому власнику. За відсутності правонаступників майно релігійної організації, що припинила свою діяльність, переходить у власність держави. При цьому варто зазначити, що майно культового призначення має особливий статус – на нього не може бути звернено стягнення за претензіями кредиторів.

Проте у питаннях власності підприємств релігійних організацій думка науковців поділяється. Зокрема, В.І. Борисова вважає, що підприємницька діяльність, яка не пов'язана за своїм характером з основною функціональною спрямованістю діяльності релігійної організації, може здійснюватися тільки заснованими нею підприємницькими товариствами, а саме товариствами однієї особи. У такій ситуації релігійна організація не буде власником майна товариства, оскільки будь-яка юридична особа приватного права є власником майна, яке передається їй засновником (засновниками). Релігійна організація матиме тільки зобов'язальне право на свій вклад і не зможе розпоряджатися майном ство-

² Господарський кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.

³ Борисова В.І. Релігійна організація – самостійний функціональний вид невідприємницьких організацій. *Юрист України*. 2013. № 2. С. 49–56.

реного нею товариства. Як і будь-яка інша юридична особа, це товариство матиме й особливу волю, що відрізняється від волі засновника, й особливі інтереси. І хоча засновник фактично одноосібно формує органи управління цього товариства, а може і сам увійти до складу таких органів, що впливатиме на їхню діяльність, але в силу того, що воля його реалізується крізь ці органи, вона неодмінно у чомусь зміниться і перетвориться на самостійну волю товариства – юридичної особи. Релігійна організація – учасник підкоряє свою діяльність інтересам товариства, меті його створення, реалізує інтерес самого товариства⁴.

Релігійні організації належать до підприємств колективної власності. Вони можуть створюватися тільки у формі унітарних підприємств. Відомості про майновий стан зазначаються у статуті. Релігійні організації можуть користуватися рухомим та нерухомим майном, яке їм надається на договірних засадах різноманітними організаціями та окремими громадянами. Майном державної власності вони користуються безоплатно. Відповідно до ч. 4 ст. 17 Закону «Про свободу совісті та релігійні організації», якщо таке майно становить історичну, художню або іншу культурну цінність, то релігійні організації повинні користуватися ним відповідно до установлених правил охорони і використання пам'яток історії та культури⁵.

Релігійні організації є особливою категорією позабюджетних неприбуткових організацій через специфіку сфери їхньої діяльності, мету створення та вибудовану систему взаємовідносин із суспільством. Оскільки церква (отже, і релігійні організації) в Україні (на відміну від, скажімо, ісламських держав) відокремлена від держави, то остання як соціально-політична інституція має обмежений вплив на формування економічної мікросистеми релігійних організацій. Інформація, яка циркулює в економічному середовищі релігійних організацій, характеризується закритістю, автономністю та обмеженістю державного регулювання і нагляду⁶.

Як правило, релігійні некомерційні організації застосовують загальну систему оподаткування та є власниками належного їм майна, зокрема майна, придбаного або створеного ними за рахунок власних коштів, а також пожертвованого релігійним організаціям чи придбаного на іншій основі, не забороненій законодавством. Отримувані релігійною некомерційною організацією пожертви, спархіяльні внески, кошти за церковне начиння та за церковні

книги надходять в касу організації та на розрахунковий рахунок⁷.

Порядок користування земельними ділянками визначається Земельним кодексом України. Відповідно до ст. 92 Земельного кодексу України, релігійні організації України, статуту (положення) яких зареєстровано у встановленому законом порядку, виключно для будівництва і обслуговування культових та інших будівель, необхідних для забезпечення їхньої діяльності, набувають право постійного користування земельною ділянкою із земель державної та комунальної власності⁸.

Майно може належати релігійним організаціям і на праві власності. Відповідно до ч. 3 ст. 18 Закону «Про свободу совісті та релігійні організації», на праві власності їм може належати майно, яке було безпосередньо створене або придбане ними, а також майно, яке було передано їм державою та окремими громадянами⁹. Однак, відповідно до ч. 7 ст. 17 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», земельні ділянки, що надаються релігійним організаціям у постійне користування для будівництва й обслуговування культових та інших будівель, необхідних для забезпечення їхньої діяльності, забороняється використовувати для здійснення підприємницької діяльності.

Відповідно до Податкового кодексу України, не підлягає оподаткуванню нерухоме майно, яким релігійна організація володіє на праві власності та користується для реалізації завдань, визначених у її статуті. Таке нововведення було закріплено Законом «Про внесення змін до статті 266 Податкового кодексу України щодо звільнення від оподаткування нерухомості релігійних організацій» від 14.05.2015. Проте це правило не поширюється на нерухоме майно, яке релігійні організації використовують для здійснення виробничої та господарської діяльності, та на земельні ділянки.

Варто зазначити, що надходження, отримані від реалізації церквою предметів релігійного призначення, є різновидом її фінансування як позабюджетної неприбуткової організації. Проте, відповідно до чинного законодавства, неприбуткові організації не повинні мати прибутку або збитку, і навіть прибуток від комерційної діяльності має спрямовуватися на виконання завдань основної діяльності, що дає змогу не збільшувати членських та інших внесків для виконання статутних завдань такої організації¹⁰.

⁴ Борисова В.І. Релігійна організація – самостійний функціональний вид підприємницьких організацій. *Юрист України*. 2013. № 2. С. 49–56.

⁵ Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України від 23 квітня 1991 р. № 987-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 25. Ст. 283.

⁶ Височан О.О. Особливості обліку в релігійних організаціях. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Економічні науки»*. 2018. Вип. 29(2). С. 153–157.

⁷ Мягкова С.В. Учет и налогообложение использования епархиальных взносов в религиозной некоммерческой организации. *Бухгалтерский учет в бюджетных и некоммерческих организациях*. 2014. № 14(350). С. 22–25.

⁸ Земельний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14>.

⁹ Шпомер А.І., Шванська О. Релігійні організації як суб'єкти некомерційної господарської діяльності. *Журнал східноєвропейського права*. 2017. № 39. С. 18–23.

¹⁰ Романів Є.М., Дида О.В. Бухгалтерський облік і оподаткування неприбуткових організацій: особливості та порядок проведення в Україні. *Молодий вчений. Економічні науки*. 2017. № 11(51). С. 1290–1294.

Висновки

Правовий режим майна підприємств релігійних організацій у сучасних умовах має певні особливості. Господарським законодавством встановлено, що підприємством релігійної організації є унітарне підприємство, засноване на власності релігійної організації для здійснення господарської діяльності з метою виконання їхніх статутних завдань. Право власності релігійних організацій реалізується їхніми органами управління відповідно до закону. Майновою основою діяльності підприємства релігійної організації є майно, передане йому засновником – релігійною організацією, яка є власником цього майна, та майно, набуте у ході господарської діяльності, власником якого також є релігійна організація. У власності релігійних організацій можуть бути будівлі, предмети культу, об'єкти виробничого,

соціального і добродійного призначення, транспорт, кошти та інше майно, необхідне для забезпечення їхньої діяльності. Законодавець часто використовує термін «майно культового призначення», проте в законі не надається його тлумачення та не вказано, за якими ознаками його можна виокремити. Однак варто зазначити, що серед іншого майна саме майно культового призначення, що належить релігійним організаціям, має особливий статус, оскільки на нього не може бути звернено стягнення за претензіями кредиторів. На разі ні в законодавстві, ні в науковій літературі не наведено повної класифікації майна релігійних організацій та їхніх підприємств. Хоча, зважаючи на те, що у законі містяться застереження щодо окремих видів майна (як, наприклад, майна культового призначення), то така класифікація була б доречною та дала б змогу більш повно врегулювати відносини у цій сфері.

Constitutional and legal restrictions of rights humans in a pandemic condition

Brezina Tetiana

*Postgraduate Student of the Department of Constitutional Law and Comparative Law
of the Faculty of Law
SHEI «Uzhhorod National University»,
Judge of the Chernivtsi Regional Administrative Court, Ukraine*

The article is devoted to the legality and necessity in a democratic society limitations of human rights, the introduction in Ukraine of quarantine associated with the spread of an infectious disease COVID-19. Analyzed the practice of the European Court of human rights regarding the use of «Tree- component test» in establishing restrictions of rights, freedoms and interests of man. In the aspect of the impossibility of restriction of the rights and freedoms of man «Tree- component test» must be applied to balance when restricting rights and freedoms in a democratic society. Includes three elements: restriction of the rights and freedoms of the person must serve a legitimate purpose; not limit the rights and freedoms of a person could result in substantial harm to that aim; it is a pity that can be applied is not a limitation of the rights and freedoms of the person outweighed the harm caused by such restriction. The article focuses on restrictions on human rights in accordance with the requirements of the Constitution of Ukraine in conditions of emergency. Given the differences regarding the limitation of human rights in States of emergency and emergency. Proposed examples of a state of emergency in several countries in pandemic infectious disease COVID-19. The attention is focused on the fact that according to article 92 of the Constitution of Ukraine exclusively by Laws of Ukraine, the rights and obligations of citizens, the legal regime of martial law or state of emergency. The Constitution, the international Covenant on civil and political rights, declared the desire to protect those rights and freedoms, the implementation of which does not prevent the achievement of the objectives of the authorities in connection with the announcement of a state of emergency and that must be respected in all circumstances. The need to establish a comprehensive list of specific restrictions on rights and freedoms in times of emergency. The conclusions about compliance of the Constitution of limitations on human rights imposed emergency regulations. A comparison with other countries regarding the introduction of restrictions of human rights state of emergency. The example of judicial protection of the violated right to peaceful Assembly in Germany.

Конституційно-правові обмеження прав людини в умовах пандемії

Брезіна Тетяна Миколаївна

*аспірант кафедри конституційного права та порівняльного правознавства
юридичного факультету
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»,
суддя Чернівецького окружного адміністративного суду, Україна*

Вступ

За словами оксфордського професора права Т.Р.С. Аллана, «там, де політична культура країни вороже налаштована до свобод і нехтує людською гідністю, просте визнання принципів верховенства права не призводить до панування справедливості, як її розуміють у інших спільнотах».¹

Класичним рішенням питання про межі здійснення права є стаття 4 французької Декларації прав людини і громадянина 1789 року: «Свобода полягає у можливості робити все, що не завдає шкоди іншому: таким чином, здійснення природних прав кожної людини обмежене лише тими межами, які забезпечують іншим членам суспільства користування тими ж правами. Межі ці можуть бути визначені тільки законом». Схожі норми про пра-

вومیру поведінку відображено в законодавстві більшості країн².

Для будь-якої держави обмеження прав і свобод людини – це виклик, тому в законодавстві, допускаючи обмеження прав і свобод особи, має бути чітко регламентовано підстави, межі та порядок їх застосування. Відповідно до зазначеної ст. 29 Загальної декларації прав людини, конституції вводять інститут обмеження прав і свобод за наявності певних підстав. Права і свободи можуть обмежуватися з метою захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни і безпеки держави.

Мета статті – дослідити конституційно-правову категорію обмеження прав та свобод людини в умовах надзвичайного стану, а також правове впровадження в Україні надзвичайної ситуації.

¹ Аллан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права. Київ : Києво-Могилянська академія, 2008, С. 36.

² Лерхе П. Пределы основных прав. Государственное право Германии. Москва, 1994. Т. 2. С. 234–240.

Виклад основного матеріалу

Основними теоретичними ознаками правових обмежень є те, що вони: пов'язані з негативними умовами здійснення власних інтересів суб'єкта через спрямування їх на утримання та водночас на задоволення інтересів протилежної сторони та суспільних інтересів в їх охороні та захисті; повідомляють про зменшення обсягу можливостей, свободи, а отже, і права особистості, які досягаються за допомогою обов'язків, заборон, покарань і т. п.; являють собою негативну правову мотивацію; їх основним призначенням є зменшення негативної активності суб'єкта у сфері права; націлені на захист суспільних інтересів, оскільки виконують функцію охорони суспільних відносин у цілому³.

Як зазначає українська дослідниця А.М. Денисова у статті «Правові обмеження: поняття, види, функції» (Часопис Київського університету права, 2011/2, с. 53), проблема правових обмежень є проблемою меж свобод людини в суспільстві. Обмеження прав людини є гострою проблемою для будь-якого суспільства та держави, оскільки нормальний процес функціонування, життєдіяльності та розвитку суспільства потребує від держави встановлення певних обмежень у процесі здійснення громадянами належних їм прав. Право обмежувати можливості, свободи, віднімати у людей частину їхніх прав належить лише відповідним державним органам як легітимним представникам усього суспільства. У процесі застосування цих обмежень необхідна система гарантій законного та обґрунтованого їх встановлення⁴.

Згідно з юридичними позиціями Конституційного Суду України, обмеження прав і свобод є допустимим виключно за умови, що таке обмеження є домірним (пропорційним) та суспільно необхідним (абзац шостий підпункту 3.3 пункту 3 мотивувальної частини Рішення від 19 жовтня 2009 р. № 26-рп/2009)⁵; обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідувати легітимну мету, бути зумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими (абзац третій підпункту 2.1 пункту 2 мотивувальної частини Рішення від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016)⁶.

Також міжнародним правом врегульовано питання щодо мети та правової основи запровадження обмеження прав і свобод людини. Загальна

декларація прав людини виправдовує обмеження прав і свобод людини в демократичному суспільстві і лише такими цілями: 1) визнання й повага прав і свобод інших осіб, оскільки особу та її права неможливо розглядати ізольовано від інших людей, заслуговують такого самого захисту, як і її власні; 2) задоволення справедливих вимог моралі, оскільки людина живе у суспільстві і має рахуватися із загально визнаними нормами моралі; 3) забезпечення громадського порядку, що має на увазі дотримання сукупності правил, що забезпечують безпеку суспільства, безпеку життя, здоров'я, власності громадян; 4) забезпечення загального добробуту, що передбачає створення умов, які забезпечують економічний і соціальний добробут суспільства.

Важлива роль у дотриманні прав і свобод людини та громадянина під час вирішення складних завдань державного і суспільного характеру покладається на так званий «трискладовий тест». В аспекті неможливості обмеження прав і свобод людини «трискладовий тест» має застосовуватися для дотримання балансу за обмеження прав і свобод у демократичному суспільстві. Він включає три елементи: обмеження прав і свобод людини має слугувати легітимній меті; необмеження прав і свобод людини може призвести до завдання істотної шкоди цій меті; шкода, що може бути завдана необмеженням прав і свобод людини, вагоміша за шкоду, завдану таким обмеженням. Тільки за наявності всіх трьох складників можна говорити про те, що підстави для обмеження прав і свобод людини є правомірними. *З указаного можна констатувати, що Конституція України містить норми з приводу необхідності легітимної мети для застосування таких обмежень, проте немає закріплення всього «трискладового тесту» в нормативному порядку.*

Свою чергою, як зазначає д.ю.н., професор М. Савчин у лекції «Права людини», відповідно до принципу верховенства права сутність обмежень фундаментальних прав людини полягає у забезпеченні легітимного втручання держави у приватну автономію індивіда з метою забезпечення загального блага. Принцип верховенства права визначає те, що фундаментальні права можуть бути обмежені обґрунтовано, виключно на правових засадах із додержанням вимог принципу пропорційності.⁷

Виключно законами України визначаються (ст. 92 Конституції України) права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина; правовий режим воєнного і надзвичайного стану. Із наведеного слідує, що будь-які обмеження прав і свобод людини та громадянина мають бути легітимні, встановлені відповідно до вимог Конституції та законів.

У ст. 64 Конституції України йдеться про те, що конституційні права і свободи людини і громадянина

³ Теория государства и права : курс лекций / под. ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. Москва, 1997. С. 639–640.

⁴ Денисова А.М. Правові обмеження: поняття, види, функції. *Часопис Київського університету права*. 2011/2. С. 51–53.

⁵ Законодавство України : сайт. URL : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v026p710-09/ed20190925>.

⁶ Законодавство України : сайт. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16>.

⁷ Михайло Савчин, д.ю.н., проф., директор, НДІ .dspace.uzhnu.edu.ua > lib > 5.1_права людини_ч.1.pdf.

не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. Відповідно до вимог ст. 64 Конституції України, *надзвичайний стан* може потягти за собою окремі обмеження прав і свобод із установленням меж і строку їх дії, але згідно з конституційним законом і для забезпечення безпеки громадян та захисту основ конституційного устрою. В умовах воєнного або надзвичайного стану можуть установлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. Не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені статтями 24, 25, 27–29, 40, 47, 51, 52, 55–63 цієї Конституції. Це, наприклад, рівність перед законом, право на життя, право на свободу та особисту недоторканність, право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення, право на житло, право на шлюб, право на захист у суді.

На думку відомого юриста, професора С. Головатого, істотною хибою сучасного тексту Конституції є те, що остаточна редакція вже не містить припису, відповідно до якого допустимі конституційні обмеження прав і свобод людини «мають бути мінімальними і відповідати засадам демократичної держави», хоча така загальна формула містилася у проєкті Конституції («Про людські права», Київ, 2016. С. 603–604). Водночас у тексті Конституції є надто багато статей, у яких особливі умови щодо обмеження прав законодавчим органом та обставини, за яких дозволяється законодавчому органу обмежувати права, є почасти надто «широкими». А це «розв'язує руки законодавчому органу», даючи можливість йому надмірно втручатися у права. Геть окремішньо в Конституції постає право на свободу пересування (ст. 33). Його конституційний захист може бути цілком нівельовано дією законодавчого органу шляхом ухвалення звичайного закону, тому що у цьому разі дозволено законом встановлювати будь-які обмеження. Також, окрім іншого, Венеційська Комісія охарактеризувала перелік прав, стосовно яких не може бути встановлено обмежень в умовах воєнного або надзвичайного стану як такого, що є «нереалістично задовгим»⁸.

Такі застереження С. Головатого знайшли своє підтвердження у світлі останніх подій щодо запровадження обмежень прав людини в умовах надзвичайної *ситуації* у зв'язку з пандемією коронавірусу. Наприклад, право на пересування, проведення всіх масових (культурних, розважальних, спортивних, соціальних, релігійних, рекламних та ін.) заходів, роботу суб'єктів господарювання було обмежено в умовах не надзвичайного стану, як визначає Конституція, а *надзвичайної ситуації*, і Постановою Кабінету Міністрів України «Про запобігання поширенню на території Укра-

їни гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» від 11 березня 2020 р., а не Законом.

При цьому не підлягають обмеженню деякі права і свободи: право на життя, гідність особи, право на недоторканість приватного життя, гарантії проти збору інформації про чиєсь приватне життя, свободу совісті, свободу підприємництва, право на житло, «засадничі права і свободи» та права, пов'язані із судовим захистом цих прав. Як Конституція, так і Міжнародний пакт про громадянські і політичні права відображає прагнення захищати ті права і свободи, реалізація яких ніяк не може заважати досягненню мети влади у зв'язку з оголошенням надзвичайного стану й які повинні *дотримуватися за будь-яких обставин*. У зв'язку із цим установлений вичерпний перелік конкретних обмежень прав і свобод на час надзвичайного стану.

Слід зазначити, що в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть установлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. Свобода пересування, право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань, на мирні зібрання, право на особисте і сімейне життя можуть бути обмежені лише тоді, коли є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах громадської безпеки, для охорони публічного порядку, здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб, і такі обмеження мають бути встановлені законом.

Новим викликом для світу стало визнання Всесвітньою організацією охорони здоров'я спалаху коронавірусу надзвичайною ситуацією у сфері суспільної охорони здоров'я, у квітні 2020 р. охарактеризованого як пандемія. Очевидним є те, що, аби уповільнити розповсюдження інфекційної хвороби, необхідно було вживати дієвих заходів, і урядом України було запроваджено карантин. *Тож розглянемо, як обмеження застосовано в Україні і наскільки вони узгоджуються з вимогами норм Конституції та Конвенції.*

Так, Постановою Кабінету Міністрів України від 11.03.2020 № 211⁹ було запроваджено карантин на всій території України. 16.03.2020 Постановою № 215 р.¹⁰ Кабінет Міністрів України вніс зміни до цієї Постанови і розширив сферу її дії. Водночас у місті Київ та кількох областях було запроваджено режим *надзвичайної ситуації*. Постанова переважно стосувалася заборони на відвідування навчальних закладів та проведення масових заходів й опосередковано обмежувала господарську діяльність.

Режим надзвичайної ситуації відрізняється від надзвичайного стану тим, що він не обмежує права і свободи людей. Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану» визначає надзвичай-

⁸ Головатий С. Про людські права : лекції. Київ : Дух і літера, 2016. І–XXIV. С. 603–604.

⁹ URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/211-2020-%D0%BF>

¹⁰ URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/215-2020-%D0%BF>

ний стан як особливий правовий режим, який може тимчасово вводитися в Україні чи в окремих її місцевостях у разі виникнення надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру не нижче загальнодержавного рівня, що призвели чи можуть призвести до людських і матеріальних утрат, створюють загрозу життю і здоров'ю громадян тощо.

Надзвичайний стан може вводитися Указом Президента України, який протягом двох днів затверджується Верховною Радою України. Надзвичайний стан може бути введений, зокрема, у разі виникнення особливо тяжких надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру (стихійного лиха, пандемій, панзоотій тощо), що створюють загрозу життю і здоров'ю значній кількості людей.

Запровадження надзвичайного стану є підставою для легітимного обмеження певних конституційних прав осіб, яке так само може застосовуватися й до суб'єктів господарювання, але вказане не може стосуватися надзвичайної ситуації. Відповідно до Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану», надзвичайний стан є особливим правовим режимом, що обмежує певні конституційні права людей та надає додаткові повноваження органам державної влади.

Однак, незважаючи на те що постановами Кабінету Міністрів вводилися обмеження права та свободи людей в Україні, рішення про ведення надзвичайного стану так і не було прийнято, хоча підстави, визначені Законом України «Про правовий режим надзвичайного стану» для його введення у зв'язку з надзвичайною ситуацією природного характеру – пандемією, існували. Звичайно, запровадити режим надзвичайної ситуації постановою уряду значно простіше, ніж вводити режим надзвичайного стану, введення якого потребує скликання позачергового засідання Верховної Ради України.

Слід відзначити, що тільки застосувавши вимоги норм Конституції, яка є Основним Законом держави, державні органи мали б законні підстави для обмеження прав людини. Проте впровадження карантину не надає широких повноважень державним інституціям щодо обмеження конституційних прав громадян.

Питання впровадження і функціонування карантину регулюється Законом України «Про захист населення від інфекційних хвороб». Закон передбачає, що карантин встановлюється та скасовується Кабміном України, який своїм рішенням може, зокрема, встановити тимчасові обмеження прав фізичних і юридичних осіб та встановити додаткові обов'язки, що покладаються на них. У зазначеному Законі не конкретизується, які саме права та свободи людини обмежуватимуться. Таким чином, під час боротьби з пандемією підзаконними нормативними актами було визначено низку обов'язків громадян, які не визначалися законами. Уряд увів карантин із 12 березня до 3 квітня 2020 р. та продовжував його

дію на всій території України. Зі свого боку, уряд України у Постанові № 215 від 16.03.2020 «Про внесення змін до Постанови Кабінету міністрів України від 11 березня 2020 р. № 211» суттєво розширив дію карантину, зокрема заборонивши до 3 квітня 2020 р.: проведення всіх масових (культурних, розважальних, спортивних, соціальних, релігійних, рекламних та ін.) заходів, в яких бере участь понад 10 осіб; роботу суб'єктів господарювання, що передбачає прийом відвідувачів (кафе, ресторани, торговельно-розважальні центри, перукарні тощо), крім продуктових магазинів, аптек, АЗС, банків, страхових компаній, пошти. Заклади харчування можуть працювати лише на адресну доставку замовлень; перевезення пасажирів у міжміському та міжобласному сполученні, роботу метрополітенів. Таким чином, упровадження урядом України карантину справді суттєво обмежує права громадян на господарську діяльність закладів сфери послуг.

Саме в Законі України «Про правовий режим надзвичайного стану», зокрема у ст. 16, визначено, які обмежувальні заходи для фізичних та юридичних осіб можуть вводитися на території надзвичайного стану, зокрема такі, як: установлення особливого режиму в'їзду і виїзду, а також обмеження свободи пересування по території, де вводиться надзвичайний стан; обмеження руху транспорту та їх огляд; посилення охорони громадського порядку та об'єктів, що забезпечують життєдіяльність населення та народного господарства, заборона проведення масових заходів; заборона страйків. *Аналіз указаних, норм говорить нам про те, що фактично на разі введені деякі заходи, які визначені на час режиму надзвичайного стану.*

Попри зазначене, обмеження прав є необхідним елементом правового регулювання. У частині другій ст. 29 Декларації з прав людини вміщено загальні принципи інституту обмеження прав людини, які в міжнародному праві набудуть значення універсальних. Такими принципами є: 1) винятковість умов установлення обмежень (спеціально-дозвільний принцип), звідки випливає заборона їх поширювального тлумачення; 2) формальна визначеність обмеження, вимога встановлення обмежень «законом» (англ. *determined by law*, фр. *établies par la loi*); 3) вичерпність переліку правомірних цілей установлення обмежень і правомірність тільки таких цілей встановлення обмежень, як-от забезпечення: а) належного визнання і поваги прав і свобод інших; б) справедливих вимог моралі; в) громадського порядку; г) загального добробуту в демократичному суспільстві. Отже, згідно з Декларацією, суспільними інтересами, які можуть виправдовувати обмеження прав і свобод людини, є: права і свободи інших людей; б) справедливі вимоги моралі; в) громадський порядок; г) загальний добробут (англ. *general welfare*, фр. *bien-être general*) у демократичному суспільстві. Умовно тут можна вести

мову про приватні («права і свободи інших людей») й публічні («вимоги моралі», «громадський порядок» і «загальний добробут») обмеження прав людини. При цьому правомірність публічних обмежень зумовлюється їх характеристиками як справедливих (щодо вимог моралі) та демократичних (щодо застереження про загальний добробут (англ. public order, фр. l'ordre public)¹¹.

ЄСПЛ у своєму рішенні «Барановський проти Польщі» (Baranowski v. Poland), заява № 28358/95, пп. 50-52, ECHR 2000-III, зазначив таке. Суд нагадує, що коли йдеться про позбавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності. Отже, неодмінна вимога полягає у тому, щоб умови, за яких здійснюється позбавлення свободи, були чітко сформульовані в національному законі та що застосування самого цього закону було передбачуваним тією мірою, щоб він відповідав стандарту «законності», встановленому Конвенцією, – стандарту, що вимагає, щоб усі закони були сформульовані з достатньою чіткістю, що дає змогу громадянину – за потреби за допомогою одержання відповідної консультації – передбачити, достатньою за даними обставинами мірою, наслідки, до яких може призвести дана дія¹².

У світовій конституційній теорії і практиці загально визнано, що обмеження громадянських прав і свобод правомірні в умовах саме *надзвичайного стану* (епідемії, міжнаціональні конфлікти, стихійні явища, масові порушення порядку та ін.). Це визнається Міжнародним пактом про громадянські і політичні права (ст. 4) та Конвенцією з прав людини та основоположних свобод (ст. 15), які вимагають, щоб надзвичайне положення державою-учасницею було офіційно оголошено і про це повідомлено іншим державам. Як зазначається у відкритих джерелах, режим надзвичайного стану через пандемію коронавірусу ввели: Італія, Франція, Болгарія, Словаччина, Сербія, Румунія, Боснія і Герцеговина, Угорщина, Чехія, Литва, Латвія, Естонія, Ісландія, Іспанія, Португалія, США, Казахстан, Японія, Грузія. Джеремі Мак Брайд у статті «У якій мірі боротьба з коронавірусною інфекцією допускає обмеження прав людини» зазначає, що, відповідно до ст. 15 Конвенції з прав людини та основоположних свобод, повідомлення про відступ від зобов'язань уже було зроблено Вірменією, Естонією, Грузією, Латвією, Республікою Молдова та Румунією¹³.

Очевидним є те, що запровадженні обмеження порушують звичний ритм функціонування суспільства і не задовольняють вимог особистості, що

зумовлює звернення до суду для судової перевірки. З інформації, розміщеної на сайті Окружного адміністративного суду міста Києва, відомо, що з початку квітня 2020 р. зареєстровано 22 позови до Кабінету Міністрів України щодо оскарження встановлених обмежень через поширення коронавірусу. Позивачі, серед яких – фізичні особи, громадські організації та адвокатські об'єднання, просять суд скасувати як окремі положення стосовно заборони регулярних перевезень, відвідування парків, скверів, роботи закладів харчування тощо, так і цілком усю Постанову КМУ від 11 березня 2020 р. № 211 «Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2». Одним із доводів позивачів є те, що рішення суперечить Конституції України й Кабінет Міністрів не уповноважений приймати подібні постанови, як і обмежувати пересування, права і свободи громадян в умовах невведення надзвичайного стану.

І поки вітчизняні суди розглядають справи із цієї категорії, вже з'явилася судова практика Німеччини з питання свободи мирних зібрань. Так, Верховний суд відмінив заборону демонстрації в місті Штутгарт. Людина, яка хотіла організувати демонстрацію, планувала широко висвітлити зазіхання на основні права і свободи з моменту початку пандемії в Німеччині ще із середини березня, про це повідомляє німецьке агентство DW. Верховний суд Німеччини постановив, що обмеження під час епідемії коронавірусу автоматично не розповсюджуються на свободу зібрань. Суд зазначив, що посадовці повинні вивчати повідомлення про проведення демонстрацій у кожному конкретному випадку. Федеральний конституційний суд Німеччини засудив рішення, прийняте владою міста Штутгарт, за те, що там було відмовлено в проведенні демонстрації з 50 людей проти карантинних заходів у зв'язку з коронавірусом. Відзначається, що ст. 8 про свободу зібрань Основного закону Німеччини може бути обмежена лише адміністративним розсудом у відношенні «конкретних обставин»¹⁴.

Висновки

Не можна применшувати необхідність рішучих заходів у боротьбі з пандемією гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом. Проте у прагненні зробити швидкі кроки уряд пішов легким шляхом, прийнявши постанови КМУ, якими фактично обмежив цілу низку конституційних прав громадян не Законом, а підзаконним актом. Наскільки вказане відповідає Конституції України, питання риторичне. Аналіз практики Європейського суду з прав людини та норм Конституції говорить,

¹¹ Рабінович С.П. Вісник Національної академії правових наук України. 2018. Т. 25. № 3. С. 46–61.

¹² Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : науково-методичний посібник для суддів ; 2-е вид. випр., доп. Київ, 2015. 208 с.

¹³ URL : https://zib.com.ua/ua/142070-covid-19_i_konvenciya_u_yakiy_miri_borotba_z_koronavirusnoyu.html

¹⁴ URL : <https://sud.ua/ru/news/abroad/166782-verkhovnyy-sud-germanii-schitaet-nezakonnym-ogranichenie-prava-na-protest-vovremya-karantina>.

що таке обмеження має бути легітимним, прийнятим, з обґрунтуванням необхідності запровадження таких обмежень, застосовано пропорційно та з урахуванням того, що застосування таких обмежень має меншу загрозу, ніж їх незастосування. Для підтвердження легітимності своїх дій уряд використав Закон України «Про захист населення від інфекційних хвороб», де дійсно зазначено, що уряд може вводити тимчасові обмеження прав фізичних і юридичних осіб та вводити додаткові обов'язки, що покладаються на них. Хоча вказані обмеження мають бути чітко обумовлені, у цьому Законі не конкретизовано, які саме обмеження і яких прав можуть бути впроваджені. При цьому цілу низку введених

урядом обмежень визначено в Законі України «Про правовий режим надзвичайного стану» і застосовується саме у разі запровадження вказаного режиму. Загалом не слід нехтувати вимогами ст. 92 Конституції України, в якій чітко прописано, що виключно законами України встановлюються права й обов'язки громадян, правовий режим воєнного та надзвичайного стану. І, найголовніше, обмеження прав і свобод людини допускається тільки в умовах воєнного та надзвичайного стану і тільки законами України із зазначенням, які саме права та свободи обмежуються, із визначенням періоду такого обмеження.

Legal regulation of the use of civil drone aerial vehicles: ICAO standards and practice of Ukraine**Grygorov Oleksandr***PhD in Law, Associate Professor,**Assistant Professor at the Department of International Law**of Institute of International Relations**of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

The article is devoted to the legal regulation of the use of civil drone aerial vehicles. The dissemination of drone aerial vehicles requires the development, above all, of universal standard rules that would regulate all areas of practical use of this class of aircraft in the framework of universal international aviation organizations. Based on this fact, Author conducts a detailed analysis the activity of the International Civil Aviation Organization (ICAO) in development of modern standards for legal support for the use of civil drone aerial vehicles, which began in 2011. These are primarily important aspects of modern practice of civil drone aerial vehicles including: general concept of flights, flight rules, safety, certification and registration requirements, etc. Author also pays attention to the study of promising legal models developed within ICAO for the licensing of external flights of civil drone aerial vehicles and aviation personnel involved in the operation of this new class of aircraft. Equally important are the legal aspects of drone aerial vehicle operations in international airspace, the investigation of aviation accidents and incidents involving drone aerial vehicles, as well as the improvement of radio frequency allocation, which directly affects the flight control of drone aerial vehicles. Taking into account the new developments of ICAO, Author analyzes the current legislative practice of Ukraine related to the regulation of flights of civilian drone aerial vehicles. Here Author focuses on the study of the provisions of the Air Code of Ukraine (2011), the Regulations on the use of airspace of Ukraine (2017) and other bylaws of air legislation of Ukraine. Additionally, the provisions of the Concept for regulating the use of drone aerial vehicles in Ukraine (2017), which relate to the classification of drone aerial vehicles, certification of personnel involved in the management and maintenance of drone aerial vehicles, as well as state control in this area of aviation.

**Правова регламентація використання цивільних безпілотних літальних апаратів:
стандарти ІКАО та практика України****Григоров Олександр Миколайович***кандидат юридичних наук, доцент,**доцент кафедри міжнародного права**Інституту міжнародних відносин**Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна***Вступ**

На початку XXI ст. в практиці застосування нових технологій у різних галузях життєдіяльності людини чітко просліджується стрімкий ріст використання безпілотних літальних апаратів як у цивільній, так і військовій сферах. Усе частіше використання безпілотних літальних апаратів призводить до збоїв у роботі повітряного транспорту. Склалася небезпечна з правового погляду ситуація, коли, з одного боку, функціонування цивільної авіації забезпечується розробленими протягом багатьох років правовими стандартами на міжнародному та державному рівнях, а з іншого – «бум» розвитку цивільних безпілотних літальних апаратів відбувається часто в рамках «правового свавілля». Проблематика правового регулювання цивільних безпілотних літальних апаратів останніми роками все частіше викликає жваві дискусії в рамках Міжнародної організації цивільної авіації (ICAO). Спеціалістами організації розроблено низку документів, присвячених правовій

регламентації використання цивільних безпілотних літальних апаратів, зокрема у галузі безпеки, сертифікації, керування. Водночас у законодавстві держав – членів ICAO переважно відсутні норми, які б регулювали цей специфічний напрям сучасної авіації. Усі ці факти свідчать про актуальність тематики даної статті.

У рамках сучасного міжнародного повітряного права триває процес формування правових стандартів регламентації використання цивільних безпілотних літальних апаратів. Йдеться, насамперед, про необхідність розроблення на універсальному рівні правових моделей використання цього нового класу повітряних суден, без чого перспективний та безпечний розвиток авіації видається неможливим.

Мета статті – дослідження формування в рамках ICAO правових стандартів використання цивільних безпілотних літальних апаратів, а також законодавчої практики України як держави – члена цієї організації щодо усунення правових прогалин у цій частині сучасної авіації.

Виклад основного матеріалу

Основні міжнародно-правові норми, які регулюють використання цивільних безпілотних літальних апаратів (*дали* – БПЛА), містяться, насамперед, у ст. 8 Чиказької конвенції 1944 р. про міжнародну цивільну авіацію. Ними передбачено, по-перше, що жодне повітряне судно, здатне здійснювати польоти без пілота, не здійснює політ без пілота над територією договірної держави, крім як за спеціальним дозволом цієї держави і згідно з умовами такого дозволу. По-друге, кожна договірна держава зобов'язана під час польоту такого повітряного судна в районах, відкритих для цивільних повітряних суден, забезпечити такий контроль цього польоту, який давав би змогу усунути небезпеку для цивільних суден.

Окрім цих спеціальних норм, до БПЛА застосовуються норми, що містяться у ст. 3 Чиказької конвенції про здійснення польотів над територією держави лише за її дозволом; у ст. 12 – про обов'язковість правил польотів і маневрування повітряних суден, що діють на території держави; у ст. 29 – про документацію щодо повітряних суден; у ст. 31 – про посвідчення про придатність до польотів повітряних суден, зайнятих у міжнародній навігації, а також у ст. 32 і ст. 33 – про умови визнання посвідчень кваліфікації та свідоцтв.¹

Попри зазначене, ІКАО визнає, що розроблення повної нормативної бази для БПЛА вимагає проведення послідовної роботи, розрахованої на багато років. У міру готовності окремих питань і технологій поступово прийматимуть відповідні Стандарти і Рекомендовану практику. Передбачається, що цей процес матиме еволюційний характер. Перший крок у цьому напрямі було зроблено у 2005 р. на 169-й сесії Аеронавігаційної комісії ІКАО, коли було розпочато багатосторонні консультації з метою підготовки правового підґрунтя для безпечного використання БПЛА, а також вироблення процедур видачі експлуатаційних дозволів на польоти повітряних суден цього класу.

Спеціалісти ІКАО виділяють проблеми щодо БПЛА у сфері регулювання, застосування нових технологій, безпеки. Попри те що пілот БПЛА повинен підтримувати зв'язок із відповідними підрозділами управління повітряним рухом та отримувати дозволи для здійснення польотів, нормативні вимоги до БПЛА є тими ж, що передбачено у правилах польотів для звичайних повітряних суден. Зокрема, йдеться про вимогу бачити й уникати зіткнення з іншими повітряними суднами. Нині існує потреба в удосконаленні управління повітряним рухом, розподілі частот радіоспектра, ухваленні відповідних правил та процедур (щодо руху БПЛА, зв'язку між службами повітряного руху та системами управління БПЛА, між пілотом БПЛА і станцією управління повітряним рухом), створенні систем

навчання персоналу вказаних служб, розвитку інфраструктури аеропортів.²

У Робочому документі ІКАО про системи БПЛА 2018 р. окреслено існуючі проблеми правового регулювання. По-перше, оскільки визнання свідоцтв та ліцензій пілота (ст. 33 Чиказької конвенції) не поширюється на зовнішніх пілотів, бажано ухвалити Стандарт про взаємне визнання, застосовувати новаторські рішення для дотримання вимог, пов'язаних зі свідоцтвами, посвідченнями і бортовими журналами, передбачених ст. 29 Чиказької конвенції.

По-друге, проблемою є безпека управління БПЛА в повітряному просторі. Для її розв'язання необхідно забезпечити ефективність виконання функції виявлення і запобігання зіткненням з іншими повітряними суднами, використання ліній передачі даних між БПЛА і пунктом дистанційного пілотування у цілях управління польотом, застосовувати заходи для пом'якшення кіберзагроз. По-третє, необхідний прогрес у розробленні Стандартів і Рекомендованої практики ІКАО, що стосуються спектру частот фіксованої супутникової служби для ліній C2 за межами проходження прямого радіосигналу.³

Такі дослідники, як Х. Ду і М. Хельдевег, виділяють проблеми загроз щодо конфіденційної інформації, дотримання права на таємницю приватного життя та захисту даних, зумовлених використанням БПЛА; суперечностей між традиційним вертикальним регуляторним підходом («згори донизу») та тенденціями впливу «знизу догори», спрямованого на швидкий розвиток ринку БПЛА; відсутність міжнародно-правових норм стосовно вимог до конструкції, порядку використання БПЛА, взаємного визнання норм національного законодавства у цій сфері. Останнє може призвести до неможливості використання БПЛА в іншій державі. Ці науковці пропонують запровадити експериментальне регулювання, яке б містило норми для тимчасового застосування на визначеній території, передбачаючи оцінку їхньої ефективності та періодичний перегляд.⁴

Намагаючись сприяти формуванню відповідей на наявні виклики, у 2011 р. ІКАО затвердила підготований Дослідницької групою з безпілотних авіаційних систем Циркуляр 328. Це документ загального характеру, в якому розглянуто основні напрями міжнародно-правового та національно-правового регулювання використання БПЛА. Зокрема, йдеться про такі питання, як загальна концепція здійснення польотів, правила польотів, безпека, запобігання зіткненням, обслуговування повітряного руху, обладнання, особливості польотів над відкритим морем, захист навколиш-

¹ Convention on international civil aviation done at Chicago on the 7th day of December 1944. 61 p. URL : https://www.icao.int/publications/Documents/7300_orig.pdf ; Конвенція про міжнародну цивільну авіацію 1944 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_038.

² Unmanned Aircraft System (UAS): regulatory framework and challenges. ICAO, NAM/CAR/SAM Civil. Military Cooperation Havana, Cuba, 13 – 17 April 2015. P. 10, 13, 15.

³ Remotely Piloted Aircraft System (RPAS). Working Paper (Presented by the Secretariat). International Civil Aviation Organization. AN-Conf/13-WP/6. 2018. 4 p.

⁴ Du H., Heldeweg M. A. An experimental approach to regulating non-military unmanned aircraft systems. *International Review of Law, Computers & Technology*. 2018. P. 5, 10, 15.

нього середовища, сучасні глобальні розробки, перспективні види застосування і розвиток ринку БПЛА

У Циркулярі 328 зазначено, що лише дистанційно пілотовані БПЛА можуть бути інтегровані в міжнародну систему цивільної авіації у найближчому майбутньому, оскільки функції та обов'язки зовнішнього пілота мають велике значення для безпечної та передбачуваної роботи БПЛА. Тому виключено, що у цій сфері в недалекому майбутньому технології будуть здатні замінити людину.

Ключовим чинником безпечної інтеграції БПЛА в несегрегований повітряний простір є забезпечення здатності діяти й реагувати так само, як повітряні судна з пілотом на борту. Це буде визначатися технологією, тобто можливістю повітряного судна виконувати команди зовнішнього пілота і виступати як сполучна ланка між зовнішнім пілотом і органом управління повітряним рухом (ОУПР), відповідістю експлуатаційним характеристикам (наприклад, час і безперервність сеансів зв'язку), своєчасним реагуванням повітряного судна на вказівки ОУПР. Для кожного із цих аспектів можуть знадобитися Стандарти і Рекомендована практика ІКАО. Необхідні відповідна кваліфікація зовнішнього пілота, увага до викликів у сфері безпеки, пов'язаних з особливостями БПЛА фізичного характеру і специфікою управління їхніми польотами⁵.

У підсумку відповідні зміни до Додатка 2 «Правила польотів» і Додатка 7 «Національні і реєстраційні знаки повітряних суден» до Чиказької конвенції 1944 р. були внесені в 2012 р.⁶ Так, у Додатку 2 зазначено, що дистанційно пілотовані повітряні судна експлуатуються так, щоб звести до мінімуму небезпеку для осіб, майна та інших повітряних суден (п. 3.1.9). Зміст цієї норми розкривається у Доповненні 4 «Дистанційно пілотовані авіаційні системи» (ДПАС) до Додатка 2. Під ДПАС розуміють дистанційно пілотоване повітряне судно (ДППС), пов'язаний(ні) з ним пункт(и) дистанційного пілотування, необхідні лінії управління та контролю і будь-які інші елементи, зазначені в затвердженому проєкті типу ДПАС.

Для участі ДПАС у міжнародній аеронавігації та здійснення міжнародного польоту ДППС необхідні належний дозвіл із боку держави, з території якої здійснюється зліт ДППС, і держави, на території якої цей політ виконуватиметься. Політ над відкритим морем вимагає узгодження з відповідним органом управління повітряним рухом. ДПАС експлуатуються згідно з умовами, визначеними державою реєстрації, державою експлуатанта і державою(ами), де буде виконуватися політ (п. 1.1 – п. 1.5 Додатка 2).⁷

Інші питання висвітлено у Додатку 2 до Чиказької конвенції: процедури отримання сертифікатів ДПАС і експлуатанта (п. 2.1 – п. 2.2), свідоцтв зовнішніх пілотів (п. 2.3), дозволу на політ; розкрито зміст відповідного запиту (п. 3.1 – п. 3.5). У тому, що стосується видачі сертифікатів і свідоцтв, зроблене посилання на порядок, передбачений Додатком 1 «Видача свідоцтв авіаційному персоналу», Додатком 6 «Експлуатація повітряних суден» та Додатком 8 «Льотна придатність повітряних суден» до Чиказької конвенції 1944 р.⁸

Додаток 1 було змінено у 2018 р. шляхом внесення правок, застосування яких почнеться в листопаді 2022 р. Нові положення стосуються ліцензій зовнішнього пілота (ЛЗП), класифікації учнів та інструкторів, медичних оглядів, ліцензій і рейтингів персоналу, крім зовнішніх членів льотної екіпажу. Рекомендується видавати один тип ліцензії з відповідними підтвердженнями (клас, категорія і тип БПЛА та пов'язаних із ними ДПАС, експлуатаційні обмеження тощо), яка б якнайкраще враховувала різноманітність нинішніх і майбутніх вимог до управління БПЛА. Ця ліцензія видаватиметься в тому ж порядку, що й пілотам «звичайної» цивільної авіації.⁹

Окрім того, у 2018 р. внесено правки в Додаток 13 «Розслідування авіаційних подій та інцидентів», згідно з якими визначення авіаційного інциденту розширене так, щоб урахувати БПЛА. Їх застосування також почнеться в листопаді 2022 р. Утім, згідно з позицією ІКАО, положення щодо ДПАС мають міститися практично в усіх додатках до Чиказької конвенції.¹⁰

Незважаючи на прогрес, якого вдалося досягнути, у регулюванні використання БПЛА в рамках додатків до Чиказької конвенції все ще залишаються серйозні проблеми. Вони пов'язані з такими аспектами, як конкретний порядок реалізації в державах і регіонах кваліфікаційних вимог для видачі свідоцтв ДПАС (підготовка і критерії мінімального досвіду, свідоцтва придатності за станом здоров'я); порядок реалізації в державах вимог до сертифікації (затвердження) авіаційних навчальних центрів; конкретні вимоги або стандарти сертифікації, затвердження технічних варіантів, реєстрації безпілотних повітряних суден і забезпечення льотної придатності; порядок видачі дозволів на польоти в розважальних цілях і на виконання авіаційних спецробіт; методи моніторингу і контролю над повітряним простором (у тому числі заходів на випадок аварій та виникнення інших непередбачених обставин); забезпечення контролю для виявлення незаконних польотів безпілотних повітряних суден і визначення відповідних заходів.¹¹

⁸ Там само. С. 86.

⁹ Dawson P. Developing A Global Framework For Unmanned Aviation (29.07.2018). Uniting Aviation. URL : <https://www.unitingaviation.com/strategic-objective/safety/developing-a-global-framework-for-unmanned-aviation/>

¹⁰ Remotely Piloted Aircraft System (RPAS). Working Paper (Presented by the Secretariat). International Civil Aviation Organization. AN-Conf/13-WP/6. 2018. 4 p.

¹¹ Проблемы, возникающие в области безопасности полетов. Рабочий документ. Международная организация гражданской авиации. 2018. AN-Conf/13-WP/154. С. 2–3.

В Україні, яка є членом ІКАО з 1992 р., законодавство у сфері використання БПЛА на разі не можна вважати розвиненим. Воно фактично обмежується нормами загального характеру в окремих аспектах, пов'язаних із функціонуванням БПЛА. Нормами ст. 39 Повітряного кодексу України 2011 р.¹² і п. 2.15 Правил реєстрації цивільних повітряних суден в Україні 2012 р.¹³ встановлено вимогу реєстрації БПЛА у Державному реєстрі цивільних повітряних суден України. Винятки встановлено для тих БПЛА, максимальна злітна вага яких не перевищує 20 кг й які використовуються для розваг та спортивної діяльності.

Як і іншим цивільним повітряним суднам, зареєстрованим БПЛА заборонено здійснювати польоти в захищених зонах (тих, що охоплюють урядові будівлі, промислові об'єкти), зонах з обмеженим доступом (військові частини, прикордонні об'єкти, дослідні станції тощо) або зарезервованих для інших літальних апаратів. Користувачі, зацікавлені у специфічних зонах, повинні направляти запит до Державного підприємства обслуговування повітряного руху України.¹⁴

Відповідні відносини регулює Положення про використання повітряного простору України 2017 р.¹⁵ Діють чіткі обмеження на використання дронів на великих висотах, де вони можуть порушити узгоджені маршрути літаків та інших повітряних суден. Натомість БПЛА, які важать менше 20 кг, не потребують дозволу на польоти від державних органів. Більше того, немає обмежень на використання БПЛА в містах для особистих потреб, окрім як у стратегічно важливих для держави зонах з обмеженим доступом.

Міжнародні польоти іноземних безпілотних цивільних повітряних суден виконуються на підставі спеціального дозволу уповноваженого органу з питань цивільної авіації, що видається за погодженням з Міністерством оборони України в порядку, встановленому

¹² Повітряний кодекс України : Закон №3393-VI від 19.05.2011. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 48–49. Ст. 536.

¹³ Про затвердження Авіаційних правил України. Ч. 47. Правила реєстрації цивільних повітряних суден в Україні : Наказ Міністерства інфраструктури України № 636 від 25.10.2012. *Офіційний вісник України*. 2012. № 93. С. 330.

¹⁴ Чайка И. Украинские дроны в небесах: проблемы использования беспилотников в Украине. Обзор правового поля для дронов в Украине (12.10.2017). *Vox Ukraine*. URL : <https://voxukraine.org/ru/ukrainskie-drony-v-nebesah-problemy-ispolzovaniya-bezpilotnikov-v-ukraine/>.

¹⁵ Про затвердження Положення про використання повітряного простору України : Постанова Кабінету Міністрів України № 954 від 6.12.2017. *Офіційний вісник України*. 2017. № 101. С. 17.

авіаційними правилами України (ч. 5 ст. 46 Повітряного кодексу України 2011 р.).¹⁶

Згідно з Концепцією регулювання напряму безпілотних повітряних суден, розробленою Державною авіаційною службою України у 2017 р.¹⁷, БПЛА поділені на дуже малі (вагою до 0,25 кг, використовуються для розваг), малі (від 0,25 до 20 кг, можлива некомерційна та комерційна експлуатація), середні (від 20 до 150 кг) і великі (від 150 кг і важчі). Реєстрації підлягають середні та великі БПЛА. Для управління такою технікою пілот повинен мати посвідчення, яке надає право керувати даним безпілотним апаратом. Концепція передбачає й медичну сертифікацію персоналу, який буде здійснювати льотну експлуатацію безпілотного повітряного судна.¹⁸ Польоти будуть дозволені не ближче 5,5 км від аеропортів/аеродромів та поза межами заборонених зон. Передбачено обмеження висоти і швидкості для кожного виду БПЛА, встановлено обов'язки повідомляти про події, насамперед про зіткнення з іншими повітряними суднами, здійснювати технічне обслуговування БПЛА.

Висновки

Виходячи з проведеного аналізу, можна зробити такі висновки. На сучасному етапі питання розроблення правових моделей регулювання використання БПЛА є одним з основних напрямів діяльності ІКАО. На жаль, стрімкий ріст використання цивільних безпілотних літальних апаратів у різних сферах діяльності сучасного суспільства не завжди супроводжується необхідними універсальними правовими стандартами ІКАО. Також законодавство багатьох держав – членів організації не містить чітко визначених правових механізмів використання БПЛА. Україна не є винятком, оскільки в українському законодавстві сьогодні залишаються нерегульованими правовідносини щодо безпеки використання, сертифікації БПЛА, відповідальності за порушення правил польотів та державного контролю використання БПЛА.

¹⁶ Повітряний кодекс України : Закон №3393-VI від 19.05.2011 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 48–49. Ст. 536.

¹⁷ Концепція регулювання використання безпілотних повітряних суден. *Державна авіаційна служба України*. URL : <https://avia.gov.ua/meropriyatiya/prezentatsiya-kontseptsiyi-regulyuvannya-vikoristannya-bezpilotnih-povitryanih-suden/>.

¹⁸ Грекова Л.Ю., Демченко Ю.О. До питання правового регулювання використання безпілотних літальних апаратів в Україні. *Молодий вчений*. 2018. № 4(56). С. 56–60.

Theoretical issues of personal data protection: problems of essence and legal regulation

Zaiats Nataliya

Doctor of Juridical Sciences,

*Professor of Constitutional and Administrative Law Department
of State University of Infrastructure and Technologies, Ukraine*

The article is devoted to some problematic issues of collecting, storing and processing information about citizens in connection with the increase in the volume and directions of the information use in various spheres of public life and its transmission by the latest means of communication. It is the activity in the formation of automated databases, processing and dissemination of information about persons without their knowledge led to a global problem of information safety of a person, society and the state in time and space to protect personal data, so the problem of protecting personal interests in information sphere – this is also a problem of personal data protection. Its use is becoming multifaceted, and in addition to helping with work and life, it can serve as a tool for violating human rights and freedoms, including the right to privacy.

The situation with developments on legal tools for the protection of personal data as an element of information rights, which exists in scientific opinion, is quite ambiguous, due to insufficient justification, inconsistent legislation and law enforcement practices in this area, and increasing threats of unauthorized use of personal data. Therefore, the need to consider legal mechanisms to ensure the protection of personal data in Ukraine in the context of the need to harmonize the regulations of domestic law with the regulations of international standards and fulfill international obligations to create a system of personal data protection is very relevant.

Introduction

The article is dedicated to the study of issues on defining the legal mechanisms and modern trends in the field of personal data protection after the implementation of the Association Agreement on convergence of the domestic cyberspace with the European one. Digital market covers Association Agreement (AA) provisions on e-commerce, telecommunications services, IT services, audio-visual media, copyright and related rights, and personal data protection. In recent years, Ukraine took steps to approximate its legislation and regulations, but it is not keeping up with the pace of updates to EU legislation in this area. To this end, Ukraine has developed a Roadmap for such integration, which provides timelines, measures, tasks and our vision for integration into the Digital Single Market and the implementation of current EU legislation. In addition, in implementation of the Association Agreement, the Ukrainian Government has approved an action plan that contains a whole block concerning telecommunications services based on European rules, reduced roaming tariffs, cross-border provision of services, protection of personal data, cyber security, etc. At the same time, legal practice and legal theory go behind the rapidly moving changes of the information environment.

However, Ukraine does not have a separate agency dealing with the digital economy and society. Public policy for the development of information society is partly handled by the State Agency for E-Governance of Ukraine. Implementation of the governmental Concept of the Development of the Digital Economy and Society is not funded. The government recently drafted a Strategy of Ukraine's Integration into the EU's

Digital Single Market till 2023. On 17 January 2018, the Cabinet approved the Concept of the development of the digital economy and society of Ukraine for 2018–2020¹ and confirmed an Action Plan for implementing it. Prior to concluding this document, the MEDT spent considerable efforts drafting the foundation document – ‘The Digital Agenda for Ukraine – 2020’², – together with leading IT experts and civil society, which was coordinated by the Hi-Tech Office Ukraine. The Concept establishes the key policies, priority areas, initiatives and projects for the digitalization of Ukraine till 2020. In the autumn of 2018, the Government drafted a Strategy of Ukraine's Integration into the EU's Digital Single Market (Roadmap), and an action plan for implementing it over 2018–2023 that took into account new EU legislation. At the moment the draft Strategy is being agreed with stakeholders and the EU.

Today, EU governments are actively working to create the Digital Single Market, which aims to remove barriers and create common rules and standards for the free distribution of online services and to protect personal data. Digital Single Market includes digital marketing, e-commerce and telecommunications. The Digital Single Market is expected to become one of the largest online markets in the world. In addition, Digital Single Market offers opportunities not only for business but also for citizens, including: broad access to information, remote access to a variety of services (medical, educational, legal, financial, administrative), job search facilitation, assistance in forming a modern open government. The Digital Single Market Strategy

¹ URL : <https://www.kmu.gov.ua/ua/news/uryad-shvaliv-koncepciyu-rozvitku-cifrovoyi-ekonomiki-ta-suspilstva-ukrayini-na-2018-2020>

² URL : <https://goo.gl/BUui46>

was approved on May 06, 2015 and included 16 initiatives that the Commission has implemented by January 2017. One of the promising initiatives was the establishment of a single set of EU rules on data protection and privacy in electronic networks³.

The purpose of the article is to summarize the existing organizational and legal framework for the protection of personal data in modern conditions and to develop recommendations for further regulation.

Discussion

The ability to protect personal data is one of the fundamental human rights. The right to privacy in the European Union becomes of particular importance every year with the development of information technologies and the formation of the information society. Where do privacy boundaries lie in the information-oriented world? How to ensure non-interference with privacy if technological means significantly outperform legal mechanisms in their development? The right to privacy has gained international recognition in connection with the adoption of the Universal Declaration of Human Rights, which is proclaimed in Article 12: “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks”⁴. The question of protection of a personal life, especially in the information plane, has always interested scientists. Personal human rights are one of the most topical issues studied by representatives of various sciences, because these rights ensure the autonomy of the individual, personal orientations of his development and self-determination, protect against interference with his private life and personal freedom.

Another aspect shall be taken into account here – the tendency to use the terms “*right to privacy*” and “*right to data protection*”, which is evident in European Union documents, separately. The Council of the European Union adopted a decision drafting the Charter of Fundamental Rights of the European Union at its meeting on July 04, 1999 in Cologne. In this regard, on September 07, 1999 Working Party of Article 29 adopted a recommendation, proposing to include the *right to the protection of personal data* in the European “Directory of Fundamental Rights” in support of the Council’s decision. In doing so, the Working Party substantiated its position by the fact that the European Commission and the European Court of Justice have developed and identified a fundamental right based on different human rights relating to the protection of personal data in its conclusions

and decisions⁵. Since the protection of personal data is part of the right to respect privacy enshrined in Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. This position was endorsed by the European Parliament and the Council, which adopted the Charter of Fundamental Rights of the Citizens of the European Union, incorporating a special Article 8 on the right to *protection of personal data* in it⁶.

Meanwhile, the term “privacy” was used in the texts of special international legal acts in the field of the protection of privacy of personalized information, in particular, in the third part of the preamble to the Council of Europe Convention “On the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data” of 1981⁷, para. 10 of the preamble to EU Directive 95/46 of the European Parliament and the Council “On the Protection of Individuals with Regard to the Automated Processing of Personal Data and the Free Movement of Such Data” of 1995⁸ to refer to this human right regarding personalized information. The right to privacy of personalized information has historically emerged as an integral part of the right to protection against unlawful interference with privacy by the state, and therefore can be classified as “civil rights”.

Today, the most common among the various scientific concepts, that recognize privacy as an independent political and legal phenomenon, are: “privacy” as the right to be left alone (S. Warren, L. Brandeis); privacy as restricted access to oneself (D.O. Brien, E. Wan Dern Haag, R.Gavizon); privacy as secrecy (R. Poser, S. Gerrard, A. Etzioni); privacy as control over personal information (A. Westin, R. Parker, R. Murphy); privacy as a protected individuality (S. Benn, E. Blushstein, L. Henkin)⁹. Such concepts can be both homogeneous and synthetic. Homogeneous concepts focus on a central idea, such as a person’s ability to stop the distribution of personal information differently than among those whom he or she chooses. Thus, the coverage of only one side of the problem obscures the marginal issues. Synthetic concepts imply a complex structure of privacy. Thus, J.V. DeCew states that there are three groups of intersecting privacy requirements: information (control over personal

⁵ Recommendation 4/99 on the inclusion of the fundamental right to data protection in the European catalogue of fundamental rights adopted on 7 September 1999. The Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data. Brussels, 1999.

⁶ Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal*. 2000. P. 1–22.

⁷ Council of Europe Convention No.108 “On the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data”. Paziuk A.V. Human rights protection in view of personal data processing: international standards. K.: NGO Privacy Ukraine, 2000. P. 3–45.

⁸ EU Directive 95/46 of the European Parliament and the Council “On the Protection of Individuals with Regard to the Automated Processing of Personal Data and the Free Movement of Such Data”. Paziuk A.V. Human rights protection in view of personal data processing: international standards. K.: NGO Privacy Ukraine, 2000. P. 51–80

⁹ Serigin V.O. The right to privacy inviolability in constitutional law theory and practice: a monograph. Kharkiv: FINN, 2010. 608 p.

³ Digital Single Market. *European Commission*. 2015. URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market>.

⁴ Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc/A/810 at 71 (1948).

information), privacy of access (prohibition and control over surveillance, choice of physical proximity), privacy of expression (self-identity, individuality)¹⁰. A common problem with privacy concepts is that they are too broad and the protection of relevant human rights is based on a specific, rather narrow list. The uncertainty of its core components, such as content of privacy or personal information, is complicating the issue of privacy.

According to the classification of V.P. Ivanskyi web privacy is form of information privacy. It was the advancement of information (telecommunication and multimedia) technologies that made it possible for this form to emerge, which is due to combination of computers with telecommunications. The concept of web privacy is just beginning to take shape. At this stage, there are significant difficulties with international legal support for the protection of web privacy associated with rapid technological progress, which is beyond the reach of international law, first of all, with the regulation of legal relations regarding the collection, transmission and use of personalized information on the global telecommunications network of the Internet. Websites require a great amount of personal information to create a virtual profile or to expand its functions. The emergence of a variety of devices with mobile versions of such websites has caused not only a deeper dive into the virtual worlds, but also the danger of maintaining and protecting privacy. Thus, it appears that mobile users store personal information and address books on mobile devices, which is a concern for the protection of personal information, including the practices of website operators, which sometimes abuse their rights to entrusted data¹¹. Due to the openness of the Internet and its peculiarities as a system that can accumulate and process information about a person, the question of securing privacy while using the broadcasting and communication capabilities of this global network becomes extremely important.

Participants of the Summit, seeking to maximize the social and economic benefits of the Information Society, agreed on the importance of such a priority as “developing an effective and comprehensive privacy protection for consumers, as well as protecting privacy while processing personal data while guaranteeing, at the same time, information flows” in the Information Society Charter¹². It should be noted that, this document, as most other international instruments in this field, considers the issue of privacy inseparably with ensuring the free or unhindered movement of information that is vital to any society as well as to international cooperation.

The common term used to refer to the set of rules for the treatment of personal data in European legislation

dating back to the 1970s and 1980s is “data protection”. Having analyzed the evolution of the laws of some European countries, the German scientist, Major-Schoenberger noted that the vast majority of current legislation in Europe, which protects the right to privacy of personalized information, originates from the provisions on technical protection of information¹³.

Legal regulation of the protection of personal data on the European continent began to form actively in the 70's and 80's of the XX century and today the protection of personal data has already become part of the legislation of every developed country. The main prerequisite for its emergence was the occurrence of automated databases, the development of telecommunications and the need to ensure the privacy of a person in accordance with the principles of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 04.11.1950. Information technologies also influence the emergence of new human rights conflicts and the complexity of legal conflicts related to information issues in general. Difficult cases of contradiction include: 1) freedom of expression against the rights of minorities (based on hatred and racist expressions); 2) economic attention model (Google, Yahoo, and their user's profile based advertising sales models) against user's privacy; 3) the right to know against the right to privacy; 4) the right to know against copyright and patent rights; 5) the right to security (including computer, to protect equipment) against the right to keep your code secret; 6) cyberspace anonymity for users and the need to identify themselves in e-commerce transactions; 7) national security (tracking cyber criminals, terrorists); 8) the right to confidentiality (user's privacy, cryptography, verification of e-commerce operations) against the right to know for government agencies; 9) the right to access and combat piracy¹⁴.

The further development of computer privacy was marked by the significant expansion of data subjects' rights and the legal regulation of all personal data transactions from collection to destruction. The mechanism of personal data privacy protection, established in most developed countries, gives the data subject the ability to control the handling of data during any transactions with it. This opportunity is based on the rights of the data subject, such as the right to know the purpose of the collection and the legitimate reasons for it, its future recipients; obtain a copy of the data collected, including information on its use; amend, destroy, or block (prohibit the use of) data processed in violation of the law; also request disclosure to parties to whom this information was disclosed, etc.

¹⁰ DeCew J.W. In Pursuit of Privacy Law, Ethics and Rise of Technology. J.W. DeCew. Ithaca, N.Y. : Cornell University Press, 1997. 208 p.

¹¹ Vasii I. User generated content websites, a profitable medium for the cybercriminals. URL : <http://cybersecurity-romania.ro/cybersecurity-articles/user-generated-content-websites-a-profitable-medium-for-cybercriminals/#/>

¹² Okinawa Charter on Global Information Society. Okinawa, 2000.

¹³ Mayer-Schönberger. Generational Development of Data Protection in Europe. Technology and Privacy : The New Landscape; Ed. Philip E. Agre, Marc Rotenberg. Cambridge : The MIT Press, 1997. P. 224.

¹⁴ Casacuberta D. Do we need new rights in Cyberspace Discussing the case of how to define on-line privacy in an Internet Bill of Rights. *Enrahonar*. 2008. № 40–41. P. 99–111.

European legislation has been improving the system of personal data protection for more than two decades. In May 2018, a new data protection regulation came into force. A ban on the collection of personal data by companies and the state without permission from an individual is among the innovations. Exceptions are allowed only if there are legal provisions in the country that compel information to be transmitted. The second point was the “right to be forgotten”. Companies are not allowed to transfer personal data of users to countries where the level of protection is lower than in the EU. Anyone can complain to a department in 28 EU countries. They are all under the control of the European Committee for the Protection of Personal Data.

In 1981, the Convention on the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data was adopted, which establishes an international legal regime for the protection of personal data and guarantees its unhindered transboundary transmission¹⁵. The European Parliament and Council Regulation EU 2016/679 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, aimed at harmonizing the protection of fundamental human rights and freedoms was adopted in 2016. At the same time, the said document determined that the said right to protection of personal data is not absolute and should be considered in connection with its function in society and shall be balanced with other fundamental rights in accordance with the principle of proportionality.

The European Court of Human Rights shares a similar view. In the case of “*Z v. Finland*”, the applicant’s confidential medical information about AIDS was disclosed without her prior consent in the interest of the criminal case against her husband, who had been charged with a series of rapes. The Court found that the protection of personal data, including medical information, was fundamental to the person’s right to respect for privacy and family life. The transmission of confidential information can also have a serious impact on the social situation and employment of people, since it makes them the object of abuse and the possibility of persecution. The Court emphasized in a judgment dated 25.02.1997, that there was no acute social need that would require the disclosure of medical secrecy information, since the protection of the privacy of personal data, not only medical data, is extremely important for the exercise of the right to respect for privacy and family life, as guaranteed by Article 8 of the Convention¹⁶. At the same time, there may be options where it is proven that national interests are of greater importance, given that sufficient justification for the interference with the State’s right to privacy by the Court may decide that there is no violation.

¹⁵ Convention on the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. Strasbourg, January 28, 1981: ratified by declarations under the Law of Ukraine No. 2438-VI dated 06.07.2010 (Effective Date for Ukraine – January 01, 2011). URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_326.

¹⁶ *Z v. Finland* (1997). *Reports of Judgments and Decisions*. 1997. № 1.

For example, the Court found in “*Leander v. Sweden*” (1987) decision, that the secret screening of job applicants for positions of national security importance did not contradict the requirements required in a democratic society.

The deficiencies of personal data protection legislation may be a violation of your right. For example, the decision of “*Rotaru v. Romania*”, 2000.

The Court found the violation due to the fact that the legislation provided for the right to collect, record and store information which could be detrimental to national security interests in the secret files of the Intelligence Service of Romania, and did not impose any restrictions on the Service in exercising these powers. Among other things, Romanian law did not specify the type of information that could be processed. In this regard, the requirement of “predictability” of the law was not complied with.

The decision of the European Court of Human Rights in the case of “*Zaichenko v. Ukraine*” of 2015 concerned the in-patient examination of the applicant’s mental health in order to establish the possibility of bringing him to justice. The Court drew attention to the lack of legislative regulation in Ukraine on the collection, storage, use and dissemination of information on persons, including their mental health status, and the lack of any mechanism to protect the rights of individuals from the unlawful interference with their private life by a psychiatric institution. The police at that time collected information about the applicant for forensic psychiatric examination. The ECtHR asserted the absence of the necessary guarantees against arbitrariness.

To decide whether a state’s interference with a person’s right to privacy is legal, it is necessary to “pass” a three-part test – whether such a restriction (intervention): complies with the law; pursues a legitimate aim; and is also necessary in a democratic society to achieve a legitimate aim. In other words, to investigate whether such an intervention was justified. The European Court of Human Rights indicates that the state must retain some discretion as to the fair balance between the relevant public and private interests which contradict each other. However, such discretion is accompanied by European supervision and its framework, depending on the nature and significance of the interests involved, as well as the seriousness of the intervention.

All of these issues are relevant today, especially in the context of leaking of huge amounts of personal data through a variety of online tools, social networks, buying and selling databases between companies without people knowing, or unauthorized distribution of data altogether. Standards for the protection of personal data are increasing daily and we need to comply with them – to implement EU standards, especially those contained in the new General Regulation of the European Parliament and the Council of EU 2016/679 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and the free movement of such data.

Conclusions

Information technologies are gradually changing people's attitude towards privacy. Given the objective trends in technologies development, the confident onset of the information age and the global nature of communication networks, privacy issues require sound legal regulation. Accelerating the consolidation of the EU digital market requires urgent steps to be taken to fulfill the task of integrating Ukraine into it. Today, Ukraine is showing insufficient progress in harmonizing digital markets towards achieving the EU's proposed objectives which EU proposed for the Eastern Partnership countries in the Joint Working Paper "Eastern Partnership – 20 expected results by 2020". In such a situation, a set of strategic documents should

be developed to produce practical results in the field of digital harmonization in Ukraine.

The personal data protection system in Ukraine needs reform and development. At the same time, it is necessary to adhere to the ideology of protection of private data in the legal practice of modern democratic states. Namely: 1) the priority is the right of the person to dispose of his personal data, its use without the permission of the owner entails responsibility in accordance with the law; 2) for anyone who uses the personal data of individuals with their permission, responsibility is established in case of deliberate disclosure of such data to third parties (unless the individual has given permission for such disclosure). The level of privacy protection should be such as to minimize threats to personal security in the information society.

Separate body substances, stored for personal use – part of the heritage or not?

Kvit Nataliia

Candidate of Juridical Sciences,

Assistant Professor of Civil Law and Civil Procedure Department

Iwan Franko National University of Lviv, Ukraine

There are two ways in which human biological materials can be transferred to biobank: storage of biological materials as part of a donation in public biobanks for general use (third-party use); private storage based on a contract. There is a difference between these two storage options when it comes to ownership issues between the substance donor and the biobank. In the first case, it is alleged that the inheritance law relationships regarding publicly stored body substances of the substance donor cannot arise because he has transferred his ownership to the biobank as a result of the donation. Instead, the second private storage option mentioned above forms a wide circle of inheritance relationships, which, depending on the type of substance, have a certain difference in regulation and legal consequences. In the case of the storage of children's body substances (umbilical cord blood, milk teeth and stem cells derived from them), the contract is concluded with legal representatives in favor of the child and the child can use his stored body substances after 18 years. In this case, the legal consequences of death of the parents and the child must be analyzed before and after the 18th birthday. Special rules also apply to the private storage of germ cells and impregnated germ cells, as well as embryos (in Ukraine) as part of assisted reproduction. And that is why the inheritance law questions regarding these highly sensitive body substances are also extremely important. These two areas are examined in this article and researched through the analysis of its regulation, as well as Ukrainian and foreign contract practice in comparison. As a result of the research a conclusion can be made, that the subject of inheritance-law relationships can only be biological material that was separated during life and that is the subject of a personal storage contract, with the exception of certain types of reproductive biological material within the statutory limits and the written order of the rights holder. It should also be noted that not the biological material itself is inherited, but the rights and obligations that follow from the contract for the personal storage of the biological material, namely the right to dispose the stored samples, but also the obligation to pay services of the biobank.

Abgetrennte Körpersubstanzen, gelagerte für persönliche Nutzung – ein Teil der Erbe oder nicht?

Dr., Doz. Nataliia Kvit

Univ.-Doz. der Lehrstuhl für Zivilrecht und Zivilprozess

Iwan Franko Lwiw National Universität

Einleitung

In 90-er Jahre XX J.h. haben sich in Europa und Weltweit öffentliche und kommerzielle Biobanken etabliert, die Nabelschnurblut und andere menschliche Körpersubstanzen zu unterschiedlichen Zwecken kryokonserviert und eingelagert haben. Während kommerzielle Firmen Ihre Dienste für die individuelle Nutzung anbieten und Ihren Kunden die Kryokonservierung und Aufbewahrung der Körpersubstanzen für eine private Finanzierung anbieten, lagern öffentliche Biobanken Gewebe und Zellen für die allgemeine Nutzung ein. Die kommerzielle Biobanken sind durch privatrechtliche Verträge mit Ihre Kunden zur Einlagerung alle Proben (Zellen und Gewebe) und zur Aufklärung über deren Verbleib verpflichtet. Die Notwendigkeit, die Frage der rechtlichen Lage des Körpers einer verstorbenen Person und isolierter menschlicher biologischer Materialien, auch nach dem Tod einer Person, zu untersuchen, wurde in der ukrainischen Zivilwissenschaft schon seit langem diskutiert. Einige Forscher schlagen vor, sie als Sachen zu

betrachten¹, während andere diese Möglichkeit ablehnen². Leider regelt die derzeitige Gesetzgebung der Ukraine dieses Problem auch nicht.

Ziel der Forschung. Der Zweck dieses Artikels ist es, die rechtlichen Konsequenzen des Todes einer Person für Beziehungen, die sich aus der Lagerung für die individuelle Nutzung des abgetrennten biologischen Materials dieser Person ergeben, zu untersuchen.

Hauptteil

Es gibt zwei Möglichkeiten wie die menschliche biologische Materialien zu Biobank übergeben werden können:

¹ Slipchenko SO Der Körper einer gestorbene Person als Gegenstand des Zivilrechts / Probleme des Zivilrechts und des Zivilprozesses: Materialien einer wissenschaftlichen und praktischen Konferenz, Puschkin OA gewidmet ist 27. Mai 2016 / Allukrainisch Gemeinschaften. org. Verband der Zivilisten der Ukraine. – Kharkiv: KhNUVS, 2016. – 400 p.

² Ukrainisches Zivilrecht. Allgemeiner Teil: Akademischer Kurs: Lehrbuch / ZV Romovska. – Aufl.3. – Kiew: Dakor, 2013. – 670 S.; Maleina MN Status von Organen, Geweben, menschlichem Körper als Objekte Eigentumsrechte und Rechte auf körperliche Unversehrtheit // Gesetzgebung, 2003. – № 11. – Zugriffsmodus: <http://www.novo-nikolaevskaya.ru/articles/17>

1) Lagerung von biologischen Materialien im Rahmen von Spende in öffentlichen Biobanken für die allgemeine Nutzung (Drittnutzung);

2) Private Lagerung aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages.

Als im Fokus dieser Arbeit die erbrechtlichen Aspekte diesen Beziehungen stehen, muss es unterzeichnet werden, dass es ein Unterschied zwischen diesen beiden Lagerungsmöglichkeiten gibt, was die Fragen der Eigentumsverhältnisse zwischen der Substanzspender und der Biobank angeht.

Also wichtig ist die Frage, ob die abgetrennten Körpersubstanzen überhaupt als Objekt der Eigentumsverhältnisse betrachtet werden dürfen. In Frankreich beispielsweise kann biologisches Rohmaterial nach dem „Nicht-Eigentums-Prinzip“ nicht Gegenstand eines Eigentumsrechts sein³. „Der menschliche Körper, seine Elemente und seine Produkte dürfen nicht Gegenstand eines Erbrechtsanspruchs sein“ (Art. 16-1, Absatz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs), der mit dem Verbot des lukrativen Gewinns verbunden ist (Art. 16-6 des Zivilgesetzbuchs) Code⁴.

Zur ersten Lagerungsfall wird behauptet, dass die erbrechtlichen Beziehungen bezüglich öffentlich gelagerter Körpersubstanzen des Substanzspenders nicht entstehen können, weil er sein Eigentum an der Biobank infolge der Spende übergeben hat. Dies heißt auch, dass sich der Biobankbetreiber hinsichtlich der Aufbereitung, Aufbewahrung oder auch Weitergabe der abgetrennten Körpersubstanzen in der Regel auf sein Eigentumsrecht an den Körpersubstanzen, mithin auf die Eigentumsfreiheit, berufen kann. Zwar ist die Frage nach den Eigentumsverhältnissen an abgetrennten Körpersubstanzen in der Literatur schon mehrmals behandelt worden ist, allerdings haben sich in den letzten Jahren zunehmend Stellungnahmen gegen ein Eigentumsrecht des medizinischen Dienstleisters, der die Körpersubstanzen vom Körper trennt (z. B. Arzt), ausgesprochen und auch die existierenden Arbeiten zu Biobanken gehen mehrheitlich von dem Eigentum des Substanzspenders aus. Doch wir sind mit der Meinung von Dr. Wicklein einig, der in seinen Dissertation, eine weitere These begründet hat, und zwar sollte der Substanzspender weiterhin Eigentümer der Körpersubstanzen und also ein mittelbarer Besitzer i. S. d. § 868 BGB⁵ bleiben, würde es bedeuten, dass der medizinische Dienstleister „auf Zeit“ zum Besitz berechtigt ist und den unmittelbaren Besitz

in Anerkennung eines Herausgabeanspruchs des Substanzspenders ausübt. Dagegen spricht zum einen, dass der medizinische Dienstleister in der Regel davon ausgeht, die Körpersubstanzen nicht mehr herausgeben zu müssen. Darüber hinaus fehlt es auch an einer Besitzüberlassung „auf Zeit“, weil der Substanzspender die Körpersubstanzen nicht mehr zurückhaben möchte; dies nicht zuletzt auch deshalb, weil er dann zu deren Entsorgung verpflichtet wäre. Die schuldrechtliche Lösung ist letztlich dadurch motiviert, den Substanzspender vor einer Weiterverwendung seiner Körpersubstanzen zu schützen. Unberücksichtigt bleibt dabei allerdings, dass der Substanzspender auch bei Annahme einer Eigentumsübertragung keineswegs schutzlos gestellt ist. Ihm steht dann zwar nicht mehr das Eigentumsrecht an den Körpersubstanzen zu, aber seine Interessen werden weiterhin durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt, dass bei der Weiterverwendung der Körpersubstanzen zu beachten bleibt⁶.

Das bedeutet also, dass sich die Erben eines verstorbenen Substanzspenders nicht auf ein Eigentumsrecht an den Körpersubstanzen und somit nicht auf ihre Eigentumsfreiheit berufen können. Denn zum einen ist – in Fortführung der Ausführungen zum lebenden Substanzspender – in der Regel das Eigentum an den Körpersubstanzen schon auf den medizinischen Dienstleister und danach auf die Biobank übergegangen, falls die Körpersubstanzen vor dem Tod vom Körper des Substanzspenders getrennt wurden. Zum anderen steht ihnen aber auch dann kein Eigentumsrecht zu, wenn die Körpersubstanzen erst nach dem Tod vom Körper getrennt wurden. Denn im Unterschied zum Eigentumsrecht an Körpersubstanzen eines lebenden Substanzspenders wäre das Eigentumsrecht der Erben nur eine Fiktion, weil ihnen keine wirkliche Verfügungsgewalt über diese Körpersubstanzen zusteht. Einzig verfügberechtigt sind die Angehörigen im Rahmen ihres Rechts auf Totenfürsorge. Selbst wenn nach dem Willen des Substanzspenders die Körpersubstanzen nach seinem Tod der Wissenschaft zur Verfügung gestellt werden sollten, gilt nichts anderes. Zwar sind dann die Körpersubstanzen vom Leichnam abtrennbar und entsprechend verkehrsfähig. Doch da das Eigentumsrecht des Verstorbenen an seinem Körper zu seinen Lebzeiten von seinem Persönlichkeitsrecht überlagert war, hatte er keinerlei vermögenswerte Rechtspositionen an seinem Körper, weshalb der Leichnam und damit auch die erst später abgetrennten Körpersubstanzen nicht Bestandteil des Nachlasses sein können. Also die öffentlich gelagerten Körpersubstanzen, nach ihrer rechtmäßigen Übergabe, sind nicht mehr in Eigentum von Substanzspender und deshalb dürfen auch nicht ein Teil des Nachlassvermögens werden.

Stattdessen die zweite obengenannte private

³ Beier K., Schnorrer S., Hoppe N., Lenk Ch. The ethical and legal regulation of human tissue and biobank research in Europe: Proceedings of the Tiss EU Project. Universitätsverlag Göttingen, 2011. – 170 p. – P. 47.

⁴ Civil Code of France (Translation in English) Zugriffmodus: https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjJ5_GV1pDoAhWvxIsKHXFvAzsQFjAAegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.legifrance.gouv.fr%2Fcontent%2Fdownload%2F1950%2F13681%2Fversion%2F3%2Ffile%2FCode_22.pdf&usq=A0vVaw0QZoE4vEx8Y1ypWcJgNbYY

⁵ Bürgerliches Gesetzbuch vom 01. 01. 1900. Zugriffmodus: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

⁶ Wicklein M. Biobanken zwischen Wissenschaftsfreiheit, Eigentumsrecht und Persönlichkeitsrecht“ Tectum Wissenschaftsverlag; Auflage: 1. 2007. – 254 s.

Lagerungsmöglichkeit bildet einen breiten Kreis der Erbrechtlichen Beziehungen, die abhängig von der Substanzart ein bestimmter Unterschied in der Regelung und rechtlichen Folgen, haben. Und zwar, bei der Lagerung von Kindern Körpersubstanzen (Nabelschnurblut, Milchzähne und daraus gewonnene Stammzellen) der Vertrag wird bei gesetzlichen Vertretern zugunsten des Kindes abgeschlossen und das Kind kann über seinen Körpersubstanzen nach 18 J.a. selber verfügen. Also sind in diesem Fall die rechtlichen Folgen von Tod der Eltern und des Kindes zu analysieren vor und nach 18-nte Geburtstag. Besondere Regelung gilt auch für die private Lagerung von Keimzellen und imprägnierten Keimzellen, sowie Embryonen (in der Ukraine) im Rahmen von assistierter Reproduktion. Und deshalb sind die erbrechtlichen Fragen bezüglich diese hochsensiblen Körpersubstanzen auch von extremer Bedeutung. Also diese zwei Bereiche werden in diesem Aufsatz unter die Lupe genommen und erforscht durch die Analyse von ukrainischen und ausländischen Vertragspraxis im Vergleich.

Eine wichtige Frage ist dabei das vertraglich geregelte Verfügungsrecht über die privat gelagerten Proben. Wenn es um die biologische Materialien von Kinder geht (Nabelschnurblut, Nabelschnur und daraus gewonnene Stammzellen), die meisten Verträge nennen folgende Subjekten die über das Recht verfügen, und zwar, die gesetzlichen Vertretern (Eltern oder nur die Mutter bevor das Kind volljährig wird) und das Kind selber nach dem 18 Lebensjahr.

Leider werden die Rechtsfolgen von dem Tod der Vertreter (beide oder nur einen) und/oder des Kindes in nur manchen Verträgen (meistens nur die mit britischen und deutschen Biobanken geschlossene) geregelt, was, meiner Meinung nach, immer im Vertrag vorgesehen sein soll. In einem von der britischen Vertragsbeispiele ist es vorgesehen, dass im Falle des Todes von der Vertreter (die Vertretern), der das Vertrag abgeschlossen hat, die Rechten und Pflichten, die aus dem Vertrag folgen an die andere Person (-en), die die Rechten der gesetzlichen Vertreter des Kindes übernommen hat, weitergegeben können. Dabei, hat der Biobank das Recht die schriftlichen Beweise für die Übergabe von Vertretung gegenüber dem Kind (außer von leiblichen Elternteil) zu verlangen, wie Gerichtsentscheidungen u s.w. Dieses Formulierung ist äußerst logisch, denn der eigentlicher Substanzspender ist das Kind und nicht die Eltern, also hier kann es nicht um die Erbrechtlichen Folgen bezüglich der Verfügungsrecht über die Substanzen des Kindes zufolge der Vertreter Todes gesprochen werden.

Anders sieht es aus, wenn es im Laufe der Vertragsverhältnisse um Tod des Kindes und dessen rechtlichen Folgen geht. Hier gibt es zwei Möglichkeiten, die in britischen Verträgen dargestellt sind, die auch verschiedene Folgen verursachen. Und zwar, wenn das Kind vor der 18 Lebensjahr stirbt, bleiben die Rechte, die aus der Vertrag folgen bei der Vertreter (-n), die das Vertrag zugunsten des Kindes

geschlossen haben. Doch wenn der Substanzspender (ehemalige Kind) nach 18 Lebensjahr stirbt, nachdem er vertragsmäßig die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag erworben (übernommen) hat, werden dessen Rechten und Pflichten im Rahmen dieses Vertrages an die Benefiziaren deren Eigentums zum Zwecke der Verteilung nach dem Testament oder gemäß geltenden Regeln für Erben nach Gesetz übergeben.

Also, die biologische Materialien (Proben, die ein Teil der privaten Biobank geworden sind) können nach dem Tode von der Erblasser genauso wie Leichnam für Wissenschaftszwecke (wenn es im Testament oder im Patientenverfügung vorgesehen wurde) zu Erbmasse gehören. Doch das stellt nun auch die Frage, ob diese zu Lebzeiten abgetrennten biologischen Materialien zufolge des Todes von Substanzspender und Vernichtung von Persönlichkeitsrechtlichen Verbindung mit Ihm, als Sachen betrachtet werden können und also zu Erbmasse gehören dürfen?

Gemäß Art. 1218 Zivilgesetzbuch der Ukraine⁷ (im folgenden – ZGB), „das Erbe umfasst alle Rechte und Pflichten, die dem Erblasser zum Zeitpunkt der Eröffnung des Erbes zustanden und durch seinen Tod nicht erlöschen woden sind“. Also, so eine allgemeine Formulierung lässt die Möglichkeit von Einbeziehung in das Erbe auch Rechte und Pflichten aus dem Vertrag zur privaten Lagerung von biologische Materialien ein. Die Ausnahme aus diesem allgemeiner Klausel ist im Art.1219 ZGB vorgesehen und das sind die Rechte und Pflichten, die untrennbar mit der Person des Erblassers verbunden sind. Von hier aus, fragt man sich ob die Rechte und Pflichten, die aus dem Vertrag zur privaten Lagerung von biologische Materialien untrennbar mit der Person des Erblassers verbunden sind, und also aus der Erbe ausgeschlossen werden müssen?

Einerseits besteht eine solche Verbindung zu Lebzeiten des Spenders, da das biologische Material nicht anonymisiert ist und daher eine persönliche (einschließlich genetische) Verbindung zum Spender aufrechterhält. Auch zu Lebzeiten des Spenders können wir nicht von Eigentumsrecht als materiellem Recht sprechen, sondern nur vom Recht, über biologisches Material innerhalb der gesetzlich und vertraglich festgelegten Grenzen zu verfügen. Dieses Verfügungsrecht ist untrennbar mit den Persönlichkeitsrechten des Spenders verbunden, nämlich mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit und dem Schutz personenbezogener Daten, einschließlich des Gesundheitszustands und dergleichen. Nach dem Tod wird jedoch diese persönliche Verbindung gelöscht, und daher können wir angesichts der Materialität des abgetrennten biologischen Materials, es als Sache zu betrachten und ihm die Möglichkeit einräumen, das Eigentum an Dritte (Erben) zu übertragen.

Doch biologisches Material als Sache kann nur als im zivilen Verkehr eingeschränkte Sache betrachtet werden,

⁷ Zivilgesetzbuch der Ukraine vom 16.01.2003 № 435-IV. Zugriffsmodus: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15/conv/page>

da die Verfügungsmöglichkeiten durch zwingende Normen sowohl des nationalen als auch des internationalen Rechts begrenzt sind. Ein solches Objekt kann für medizinische Zwecke (vom Rechtsinhaber oder vom Empfänger) zu wissenschaftlichen Zwecken verwendet werden, aber es kann nicht gewinnbringend eingesetzt werden. Auch die Vernichtung als Verfügungsmöglichkeit setzt die Einhaltung der Biosicherheitsvorschriften voraus.

Im Fall wenn die rechtlichen Folgen des Todes der Person des Kunden (Vertrete(-n), der das Vertrag geschlossen hat) oder des Kindes im Vertrag nicht festgestellt werden, ist die einzige wahrscheinliche Folge, die sich aus dem allgemeinen Vertragsbestimmungen ergibt, auf den ersten Blick die Vertragsauflösung und der Pflicht, die Probe und Daten zu vernichten. Es versteht sich jedoch, dass die von den Eltern bezahlte Probe im Falle des Todes des Kindes, bei dessen Geburt das Material entnommen wurde, künftig für andere Kinder (Geschwister) oder für die Eltern selbst verwendet werden kann, sodass die Vertragsauflösung und die Vernichtung der Probe dem Vertragszweck widerspricht. Andererseits ist, wie bereits erwähnt, der Tod eines oder beider gesetzlichen Vertretern eines Kindes auch kein Grund für die Vertragsauflösung, da er im Interesse des Kindes geschlossen wurde, und die Folge wird einfach die Übertragung der Vertretung der Interessen des Kindes im Rahmen dieses Vertrages und aller damit verbundenen Rechte und Pflichten auf die neuen gesetzlichen Vertreter.

Der besondere persönlichkeitsrechtliche Sensibilität von imprägnierten und nicht imprägnierten Keimzellen, die zur Lebzeiten des Substanzspenders entnommen, kryokonserviert und gelagert worden sind führt zur Notwendigkeit der Frage nach der postmortalem Eigentümerschaft und auch das Schicksal der persönlichkeitsrechtlichen Positionen zu überprüfen. Also, stellt sich die Frage, ob konservierte Keimzellen den eigentumsrechtlichen Vorschriften unterliegen, die dessen Vererbung möglich machen oder ob die besonderen persönlichkeitsrechtlichen Bezüge eine andere rechtliche Bewertung erforderlich machen.

Hier gilt genauso die Überlegung, die oben im Bezug auf Nabelschnurrblut gemacht wurde, das heißt also, dass, unser Ansicht nach, an den konservierten Gameten bestehende Rechte nach dem Tode von ehemalige Substanzträger vererblich sind, doch die Verfügungsrecht über sie sowie gesetzlich, als auch durch postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen überlagert und begrenzt ist. Dabei muss man auch betonen, dass die lebzeitig getroffene Entscheidungen des Verstorbenen, die eingelagerten Substanzen betreffend, bleiben wirksam und sind also auch zu beachten.

Nach dem Tod des ehemaligen Substanzträgers kann die Verfügung über seine Keimzellen unterschiedliche Folgen haben, je nachdem, ob es sich um weibliche oder männliche Fortpflanzungszellen oder -gewebe handelt. Wenn es nämlich darum geht, männliche Gameten einer Frau als Erbin nach dem Tod ihres Mannes zur Verfügung zu stellen, entstehen in der Ukraine keine

Bedenken, denn geltende Rechtslage es nicht verbietet die postmortale Insemination durchzuführen. Dagegen in vielen europäischen Ländern gibt es dazu einen gesetzlichen Verbot. Stattdessen, wirft ukrainische Gesetzgebung nach wie vor einige Zweifel und Probleme auf, wenn nach dem Tod einer Frau konservierte Eizellen (weibliche Gameten) für die Fortpflanzungsbedürfnisse eines Mannes verwendet werden. Und zwar die einzige Möglichkeit, die für einen Mann besteht die geerbten Eizellen für die Fortpflanzungszwecke zu nutzen, wenn er die Dienste einer Leihmutter in Anspruch nimmt. Doch nach ukrainischem Recht wird ein solches Recht jedoch nur dem Ehepaar gewährt, so dass die Keimzellen der Frau nach Ihren Tod nicht für reproduktive Zwecke Ihres Mannes verwendet werden kann. Doch andere Verwendungsmöglichkeiten, wie z.B. Spende oder Übergabe für die Forschungszwecke sind Möglich.

Insgesamt, die geltende Gesetzgebung der Ukraine hat keine Regeln zu rechtlichen Folgen für Tod des ehemaligen Substanzträgers bezüglich seiner zu Lebzeiten abgetrennten Körpersubstanzen inkl. Keimzellen.

Interessant jedoch, dass Art. 22 Abs. 3 des Gesetzesentwurfs über assistierte Reproduktionstechnologien Nr. 8629⁸ eine sehr positive Neuerung enthält, die auch obengenannte Probleme lösen könnte. Insbesondere sieht es vor, dass im Todesfall, bei Anerkennung als Verstorben, bei Feststellung der Geschäftsunfähigkeit des Patienten (beide Patienten im Falle von Embryonen), dessen Fortpflanzungszellen oder Embryonen kryokonserviert sind, die weitere Verwendung solcher Keimzellen und/oder Embryonen verboten ist, es sei denn, es liegt eine schriftliche Anordnung (Testament) von der Patient (-en) bezüglich ihre weitere Verwendung.

Eine mutige Neuerung des Gesetzesentwurfs über die reproduktiven Rechte und die Förderung der menschlichen Reproduktologie ist auch Art. 20 „Postmortale Sammlung und Verwendung von Gameten und Embryonen“. Es ist anzumerken, dass in vielen europäischen Ländern die Postmortale Insemination und im Allgemeinen der postmortale Verwendung von reproduktiven Zellen/Gewebe verboten ist, sodass diese Innovation eindeutig ein sehr mutiger Schritt ist und gleichzeitig viele rechtliche und ethische Probleme hervorrufen kann. Insbesondere bestimmt dieser Artikel zunächst, dass nach dem Tod einer Person niemand das Recht hat, seine kryokonservierten Gameten oder Embryonen zu verwenden, es sei denn, die Person hat eine schriftliche, notariell beglaubigte Einwilligung zu Lebzeiten erteilt. Zweitens können sich seine Angehörigen mangels einer solchen Zustimmung des Verstorbenen an die Ethikkommission wenden, die beschließen kann, die Verwendung von Fortpflanzungsmaterial oder Embryonen des Verstorbenen in Fortpflanzungsprogrammen zu genehmigen. Diese Methode zur Lösung dieses Problems kann das Problem zunächst provozieren, da nicht klar ist, an welche Ethikkommission die Angehörigen sich wenden

⁸ Gesetzesentwurf über assistierte Reproduktionstechnologien vom 19.07.2018 Nr. 8629. Zugriffsmodus: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64477

sollen und welche Gründe für die Erteilung einer solchen Zustimmung sprechen. Drittens sieht dieser Artikel auch vor, dass die Entnahme von Fortpflanzungszellen eines verstorbenen erwachsenen Mannes und dessen anschließende Kryokonservierung in medizinischen Einrichtungen auf schriftlichen Antrag seiner Frau oder seiner Eltern (einer oder beider) möglich ist. Diese Situation scheint nicht real zu sein, und in der Praxis sind solche Fälle wahrscheinlich noch nicht eingetreten, aber es ist offensichtlich, dass der Gesetzgeber hier das für die Einholung der Einwilligung für die Sterbespende vorgesehene Verhaltensmodell verwendet hat. Die private Aufbewahrung von Fortpflanzungszellen auf Veranlassung von Personen, die in diesem Fall keine Befugnis für ein solches biologisches Material einer bereits verstorbenen Person haben, erscheint jedoch etwas absurd, und eine solche Regel ist zum Scheitern verurteilt als es der postmortalen Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen eindeutig verletzt.

Und in Bezug auf die Besonderheit eines solchen Gegenstandes eines Privataufbewahrungsvertrags als Embryo ist anzumerken, dass der Embryo zwar nicht in der Liste der Gewebe und Zellen einer Person aufgeführt ist, mit der die Tätigkeit von Nabelschnurblutbanken, anderen menschlichen Geweben- und Zelleneinrichtungen erlaubt ist und dennoch deren Kryokonservierung und Privateaufbewahrung wird von vielen Fortpflanzungskliniken in der Ukraine und im Ausland durchgeführt. Interessanterweise wird in Deutschland aufgrund der strengen gesetzlichen Vorschriften und des strafrechtlichen Schutzes des Embryos die Eizelle im Vorkernstadium (bis zur Verschmelzung männlicher und weiblicher Gameten und der Bildung einer Zygote) gelagert, was nicht als Embryo angesehen wird. In der Ukraine gibt es keine derartigen gesetzlichen Verbote, und Embryonen unterliegen der Kryokonservierung. Es ist bemerkenswert, dass in den deutschen Vertragsmodellen für die persönliche Aufbewahrung derartiger «zukünftiger Embryonen» klar festgelegt ist, dass das Recht zur Entsorgung solchen biologischen Materials den Kunden (Frau und Mann) gemeinsam gehört und sie es nur im gegenseitigen Einvernehmen durchführen können. Und der Tod eines von ihnen resultiert aus der Beendigung der Lagerung und Pflicht zu Entsorgung dieses Materials.

Im Gegensatz zu den reproduktiven Geweben und Zellen erfolgt der Verfügung durch den Mann und die Frau über Ihre kryokonservierten Embryonen gemeinsam (solidarisch). Und die Entsorgung von kryokonservierten Embryonen, dh die Verwendung von Embryonen in therapeutischen Verfahren zu Fortpflanzungszwecken, der Transport in eine andere Klinik und die Übergabe in der Reihenfolge der Spende oder der Beendigung ihrer Lagerung, kann nur mit der gegenseitigen schriftlichen Zustimmung von Mann und Frau erfolgen. Eine solche Erklärung wird in der Regel von Patienten persönlich in der Klinik unterzeichnet. Die Ausnahme (wenn es sich möglicherweise nicht um eine gemeinsame Erklärung handelt) besteht darin, dass beispielsweise ein Mann einer Frau das Recht einräumt, Embryonen nach eigenem Ermessen zu verwalten und

in seinem Namen Dokumente zu unterzeichnen. Dies muss in Form einer notariellen Vollmacht erfolgen, deren Kopie in den Krankenakten aufbewahrt werden muss. Wenn eine Fortpflanzungsklinik eine separate von einer die Verfügungsberechtigte schriftliche Erklärung über die Verfügung der kryokonservierter Embryonen (z. B. Vernichtung oder Spende) erhält, muss der Klinik bevor die Maßnahmen mit den Embryonen erfolgen, erst die andere Verfügungsberechtigte Person dazu informieren und überprüfen ob sie dazu auch zustimmt. Denn wenn es nicht gemacht wird kann die andere Verfügungsberechtigte Person eine Klage gegen die Biobank im Bezug auf rechtswidrigen Zerstörung oder dem Verlust von Embryonen erheben. Gemäß ukrainischen Regelung, im Falle des Todes eines der Embryo-Manager (Verfügungsberechtigte Person) wird das Recht über die kryokonservierten Embryonen weiter zu verfügen, auf einen anderen Ehegatten übertragen, sofern eine Sterbeurkunde vorgelegt wird, deren Kopie in den medizinischen Unterlagen aufbewahrt werden muss.

Besondere Gründe für die Auflösung von Verträgen zur persönlichen Aufbewahrung von reproduktivem biologischem Material aus deutscher Vertragspraxis sind ebenfalls zu berücksichtigen. Insbesondere wenn es sich um reproduktive Zellen oder Gewebe handelt, ist dies der Tod einer Person, die das Recht hat, über solches biologisches Material zu verfügen. Und wenn es sich um eine Eizelle im Vorkernstadium handelt, dann spezifisch für diese Art von Vertrag im Vergleich zu andere Verträge zur persönlichen Aufbewahrung von biologischem Material sind die folgenden Gründe für die Beendigung des Vertrages: Beendigung der Ehe oder der langen Beendigung von Familienbeziehungen durch unverheiratete Kunden sowie Tod eines oder beider Kunden. Das deutsche Recht verbietet in solchen Fällen die Nachfolge, da die Spende von weiblichen Fortpflanzungszellen / -geweben verboten ist und die Spende von „zukünftigen Embryonen“, obwohl zulässig ist, doch nur mit Zustimmung beider Verfügungsberechtigten Personen erfolgen kann. Daher führt der Tod des Kunden in diesem Fall eindeutig zur Entsorgung dieses biologischen Materials.

Schlussfolgerung

Aus der Analyse können wir daher den Schluss ziehen, dass der Gegenstand erbrechtlicher Beziehungen nur zur Lebzeiten abgetrenntes biologisches Material sein kann, das Gegenstand eines persönlichen Aufbewahrungsvertrags ist, mit Ausnahme bestimmter Arten von reproduktivem biologischem Material innerhalb der gesetzlich festgelegten Grenzen und der schriftlichen Anordnung des Rechteinhabers. Dabei ist es auch zu beachten, dass geerbt wird nicht der biologische Material selber, sondern die Rechte und Pflichten, die aus dem Vertrag zur persönlichen Aufbewahrung des biologischen Materials folgen, und zwar das Recht über der gelagerte Proben zu Verfügung, aber auch das Pflicht die Dienstleistungen des Biobanks zu bezahlen.

Cyclicity as the methodological basis for legal forecasting

Kopytkov Vladyslav

Postgraduate Student of the Department of State and Legal Disciplines
of Institute of Law, Economics and International Relations
of International Humanitarian University, Ukraine

The article considers and substantiates the methodological value of the cyclic approach for the theory and practice of legal forecasting. A number of scientists pay attention to the fact that legal forecasting needs improvement, updating of its methodological and instrumental base. Forecasting, modeling the future as a kind of professional and intellectual activity, combines both deep analytics and strategic thinking. It is also a high level of interdisciplinary scientific professional research.

The cyclical approach we propose has been used in economic, political and sociological forecasts for quite a long time. Due to cyclicity, we can study both retrospective and prognostic development of legal phenomena and processes, their deterministic and bifurcation components. To make certain correlations between political, economic and legal development cycles. Analyze their statistics and dynamics, temporal indicators. The research arsenal of this approach is very broad, it is not limited to purely mathematical calculations, empirical data. It is a thorough philosophical tool, as well as historical, systematic, interdisciplinary analysis.

The cyclical concept can be the basis for scenario-based forecasting of the development of the legal system, especially its dynamics, equilibrium, internal and external factors of influence. Understanding the cyclic nature of legal processes, we can establish their logical sequence, model various variations of development. The cyclic approach gives us the opportunity to see, at what stage of development our domestic legal system is today, how its dynamics of development corresponds with the dynamics of social and political cycles, which should be the strategy for improvement, updating of legislation, legal and state institutions. A cyclical vision should become a component of strategic thinking.

Циклічність як методологічна основа юридичного прогнозування

Копитков Владислав Едуардович

аспірант кафедри державно-правових дисциплін
Інституту права, економіки і міжнародних відносин
Міжнародного гуманітарного університету, Україна

Вступ

Прогнозування є однією з найважливіших і, мабуть, найскладніших функцій юридичної науки. Законодавча стратегія, реформування державно-правових інституцій, планування (як доктринальне, так і практичне) подальшого правового розвитку – усе це є неможливим без якісного юридичного (соціального) прогнозування. Проте останні значні наукові розробки методології юридичного прогнозування (нормативного та перспективного) були здійснені ще за часів Радянського Союзу. Курс на ринкову економіку, який тримає незалежна Україна, на деякий час маргіналізував дискурси планування в економічній науці й практиці, але в юриспруденції таке відношення до цієї проблематики залишається донині.

Натомість в економічних науках активно переглядаються протягом довгого часу панівні ринкові стратегії саморегулювання, які доповнюються різними елементами державно-правового впливу. Динамічні процеси економічного життя сучасного суспільства викликають до життя наукові прогностичні інструменти, що безпосередньо відбивається і на процесах у правовій сфері. Право, якщо воно

«хоче» встигати за надшвидкими трансформаціями в економіці та інших сферах суспільної життєдіяльності, має опанувати інструментарій ефективною протидією кризам, загрозам, різноманітним ситуаціям дестабілізаційного характеру, важливими компонентами якого є прогнозування правового розвитку та планова підготовка правових засобів реагування на зміни у суспільному бутті. У науковому середовищі поступово стверджується саме таке розуміння ситуації.

Про необхідність створення сучасної наукової теорії та методології юридичного прогнозування, яка б відповідала вимогам суспільного життя, наголошує В.В. Андріюк¹. В.П. Нагребельний акцентує увагу на тому, що особлива складність держави і права та їхніх підсистем зумовлює розроблення й упровадження нових методів прогнозування, спеціально орієнтованих на вивчення динаміки складних соціальних систем². На нашу думку, саме таким

¹ Андріюк В.В. Методологічні проблеми нормативного юридичного прогнозування. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2009. Вип. 44. С. 37–44.

² Нагребельний В.П. Правова аналітика як базовий елемент юридичного прогнозування і моделювання. *Альманах права*. 2018. Вип. 9. С. 30.

новим, сучасним методом юридичного прогнозування може бути циклічний підхід³. Завдяки циклічності ми можемо вивчати як ретроспективний, так і проспективний розвиток правових явищ та процесів, їхні детерміновані та біфуркаційні складники, робити певні кореляції між політичними, економічними та правовими циклами розвитку, аналізувати їхню статику та динаміку, темпоральні показники. І, врешті, кожен цикл розвитку – це є певна фрагментація стану «тоді», «зараз», «потім». Звісно, найскладнішим для прогнозування є стан «потім» – стан майбутнього та його моделювання. Проте, як писав ще у XIX ст. В.Г. Белінський, «ми запитуємо і допитуємо минуле, щоб воно пояснило нам наше сьогодення і натякнуло нам про наше майбутнє»⁴. У контексті історичного прогнозування іспанський філософ Хосе Ортега-і-Гассет стверджував, що «в історії можливе пророцтво. Більше того, історія рівно настільки є науковою діяльністю, наскільки уможливорює пророцтво»⁵. Власне, ці думки можливо екстраполювати і на юриспруденцію. Ю.О. Тихомирова щодо позначення юридичного прогнозування використовує термін «випереджальний правовий вплив»⁶. На нашу думку, це досить цікава смислова конструкція, яка характеризує одну важливу ознаку правового впливу – здатність діяти «на випередження», що, своєю чергою, тільки і може ґрунтуватися на передбаченні, прогнозі.

Важливо підкреслити, що циклічний підхід уже досить давно й ефективно використовується в економічних, політичних, соціологічних прогнозах. Дослідницький арсенал цього підходу є дуже широким, він не обмежується суто математичними розрахунками, емпіричними даними. Це й ґрунтовна філософська оснастка, й історичний, системний, міждисциплінарний аналіз. Як свідчить проведене предметне дослідження цієї проблематики, циклічний підхід володіє потужним теоретико-методологічним потенціалом щодо вироблення наукових підходів до юридичного прогнозування.

Як зазначалося, проблематика юридичного прогнозування знову набуває актуальності тільки останніми роками. Необхідність цього напряму досліджень юриспруденції ще на початку 90-х років обґрунтував М.І. Козюбра⁷. Розробленням теоретико-методологічних основ, прикладними питаннями юридичного прогнозування займалися В.П. Нагребельний, В.В. Андріюк, К.В. Агаміров та ін. Тема юридичного прогнозування нині широко

обговорюється серед представників соціологічної школи права. Значний внесок у розроблення цієї проблематики зробив Ю.О. Тихомиров. Досліджуючи цикли правового розвитку, вчений наголошує на важливості передбачення та цілепокладання під час створення концепцій, моделей, програм державно-правового розвитку. При цьому вони обов'язково мають кореспондуватися із циклами економічного, політичного, соціального розвитку. Як приклад Ю.О. Тихомиров наводить історичні зміни циклів розвитку права на початку 20-х років і в кінці 80-х – початку 90-х років XX ст. у радянській державі під час переходу до іншої суспільної формації. Змінювалися базова концепція права, система законодавства й юридичні інститути. Акцент на права людини і ринкову економіку пробудив інтерес до публічного і приватного права, а звідси, й поява відповідних законів, наукових розробок, правових поглядів⁸. А.Ю. Барсуков трактує циклічність як найважливішу закономірність розвитку державно-правових явищ, яка віднесена до групи найбільш загальних, постійних, динамічних і таких, що визначають процес якісної зміни об'єкта державно-правових закономірностей. Учений уважає, що вирішення питань циклічної трансформації правової системи у кінцевому підсумку буде сприяти розширенню прогностичного потенціалу загальної теорії держави і права⁹. Усі ці міркування є цілком слушними і доцільними у контексті предмету нашого дослідження. Основу даної роботи також становлять результати досліджень суміжних наук та іноземних науковців, зокрема М.Д. Кондратьєва, О.В. Семенова, Р.А. Познера, Ф. Падова, І. Петрарки, Ф. Фергена та ін.

Мета статті – осягнення природи та методологічного потенціалу і цінності циклічного підходу до теорії й практики юридичного прогнозування.

Виклад основного матеріалу

Прогнозування, моделювання майбутнього як різновид професійно-інтелектуальної діяльності поєднує у собі і глибоку аналітику, і стратегічне мислення. Також це високий рівень міждисциплінарного наукового фахового дослідження. Правова реальність як об'єкт юридичного прогнозування має багатогранний «рельєф»: законодавство, інституції, правові механізми, правовідносини, які у реальному правовому житті знаходяться у стані постійного руху, взаємодії і впливу, тому передбачити розвиток системи у цілому з усіма її внутрішніми процесами досить складно. Багато процесів набувають нелінійного (хаотичного) характеру роз-

³ Копитков В.Е. Циклічність як сучасна парадигма осягнення правової реальності. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 4. С. 57–61.

⁴ Алексеев В. Будущее способен предвидеть тот, кто понял прошедшее. *Наука и жизнь*. URL : <https://www.nkj.ru/archive/articles/11803/>.

⁵ Там само.

⁶ Тихомиров Ю.А. Прогнозы и риски в правовой сфере. *Журнал российского права*. 2014. № 3. С. 5

⁷ Козюбра Н.И. Юридическая наука и перспективное прогнозирование. *Методологические проблемы юридической науки*. Киев, 1990.

⁸ Тихомиров Ю.А. Циклы правового развития. *Журнал российского права*. 2008. № 10. С. 17

⁹ Барсуков А.Ю. Цикличность трансформации государства и права как государственно-правовая закономерность. *Вестник Саратовской государственной юридической академии*. 2019. № 1(126). С. 36–46.

виту, на них впливають різні зовнішні чинники, що дуже ускладнює та робить імовірність прогнозу на основі наявного наукового теоретико-методичного обґрунтування відносним і неточним. Складні об'єкти (наприклад, судова система, законодавство) взагалі потребують комплексного підходу до їх прогнозування. Це і оцінка можливих ризиків (економічних, політичних), можливих кризових ситуацій, визначення показників динаміки розвитку об'єкта, і використання даних досліджень інших галузей науки, і довго- та короткострокове прогнозування. Більшість цих інструментів є на «озброєнні» циклічного підходу. Використовуючи циклічний підхід, можна прогнозувати (визначати пріоритети) розвитку законодавства в різних сферах суспільного життя¹⁰. Циклізуючи законодавство, ми бачимо його динаміку розвитку по окремих періодах, загальну динаміку, активні та пасивні фази законотворчого процесу, цілеспрямованість (наприклад, антикризове, виборче законодавство), виявляючи кореспондуючі взаємозв'язки між політичними, економічними та законодавчими циклами. Можна говорити про те, що саме політична та економічна кон'юнктура (цикли Кондратьєва¹¹) впливає на розвиток права та законодавства. Зараз ми вступаємо в еру «цифрової» економіки, бурхливого розвитку транснаціональних корпорацій. Це є новими викликами, а разом із тим і новими циклами розвитку людства і, як наслідок, новими циклами правового розвитку, котрі вже знаходять своє вираження у формуванні цифрового і транснаціонального права¹². З'являються новітні цифрові технології, такі як Big Data. Завдяки цій технології ми можемо аналізувати великі масиви структурованих і неструктурованих даних та на основі цього аналізу прогнозувати попит, робити різні заміри. Нині Big Data ефективно застосовується в прогностичній економіці¹³. Можливо, через деякий час цю технологію ми зможемо використовувати і в юридичному прогнозуванні (аналізувати великі законодавчі цикли, законодавчий попит суспільства і його складників, обробляти великі масиви статистичних даних у судовій, кримінальній практиці та ін.). Проте й економічний аналіз права вже відкриває широкі можливості для створення ефективного законодавства, модернізації права¹⁴.

Італійські вчені-правники Фабіо Падовано та Іла-

рія Петрарка представили теорію, яка обґрунтовує циклічну закономірність апробації законів і декретів через законодавчий орган¹⁵. Дослідники знаходять певний зв'язок між політичними та законодавчими циклами. Цей зв'язок чітко простежується в роботі законодавця й уряду в періодах між виборчими циклами. Безумовно, кожен законодавець, прагнучи свого переобрання на наступний термін, намагається приймати такі закони, які максимізують ці шанси. Його законодавча стратегія, вибір інструментів, пріоритетність одних законопроектів над іншими – усе це буде залежати від кон'юнктури інтересів певних груп виборців, так званого «електорального поля». Тобто влада через закони, по суті, реалізує свою передвиборчу політичну програму. Із цього можна зробити висновок, що громадяни, голосуючи за ту чи іншу політичну програму, впливають на формування законодавчої стратегії. Навіть більше, саме вони й є замовниками «послуги» під назвою «закони». А тому якість законодавства залежатиме від рівня освіти, культури та правосвідомості громадян, а також від рівня усвідомлення ними своїх соціально значущих інтересів. Екстраполяція економічної моделі «попит і пропозиція»¹⁶ на предмет юриспруденції (право) уможливорює пояснювати певні конфігурації голосування виборців як наповнене конкретним змістом і очікуваннями соціальне замовлення, яке має задовольнятися у тому числі й засобами законодавства. А отже, кожен цикл виборів – це, певно, і новий цикл законодавчої стратегії.

Здійснені дослідження дають підстави припускати наявність деяких кореляцій між законодавчим і бюджетним циклами. Бюджетний цикл у нашій державі становить один календарний рік (за винятком особливих обставин). Стратегія щодо бюджету формується через прийняття головного фінансового документу – Закону про державний бюджет¹⁷. Сам проєкт державного бюджету розробляє уряд, проте затверджує його парламент, приймаючи окремий закон. І тут важливо відзначити, що хоча далеко не всі законотворці є професійними економістами чи фінансистами, але кожен із них має право робити свої зауваження та вносити пропозиції в законопроект про державний бюджет. Тож парламентарі як політичні актори через надану їм законотворчу владу (компетенцію) мають прямий вплив на планування розподілу державних коштів, на бюджетну політику країни. І, як ми бачимо, законодавство у цьому разі вже виступає не просто юридичним механізмом, а ще й інструментом перерозподілу суспільних благ. Законодавчий цикл стає частиною бюджетного циклу.

¹⁰ Копитков В.Е. Генеза правового регулювання торговельної діяльності в Україні як приклад циклічності законодавства. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. № 2. С. 20–23.

¹¹ Життя і творчість Миколи Дмитровича Кондратьєва і розвиток його теорії «довгих хвиль». URL : http://iee.org.ua/ua/great_scientist/3/.

¹² Динис Г.Г. Міжнародно-правові концепції глобального права, права Інтернету або кіберправа та трансформація міжнародного права. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 2. С. 279–285.

¹³ Технології Big Data в економіці. URL : <http://ru.datasides.com/big-data-in-economics/>.

¹⁴ Познер Р.А. Рубежи теории права / пер. с англ. И.В. Кушнаревой ; под ред. М.И. Одинцовой. Москва : Высшая школа экономики, 2017. 480 с.

¹⁵ Padovano/Petrarca (2012) *A Theory of Cyclical Production of Laws and Decrees*. URL : https://www.researchgate.net/publication/254452924_A_Theory_of_Cyclical_Production_of_Laws_and_Decrees.

¹⁶ Маршалл А. Принципы экономической науки / пер. с англ. Москва : Прогресс, 1993.

¹⁷ До питань про правову природу закону про державний бюджет. URL : https://minjust.gov.ua/m/str_11355.

Відносно новим у теоретичній юриспруденції і цікавим у контексті юридичного прогнозування є поняття «правила стабілізації». Френк Феген у праці «Час законотворчості» присвячує цілу главу юридичним циклам і правилам стабілізації¹⁸. Вчений розвиває нормативну теорію щодо того, як законодавець повинен реагувати на правові цикли, встановлюючи оптимальну архітектуру правил стабілізації. На його думку, правила стабілізації працюють у напрямі згладжування коливань у нормотворчості та надання понижуючого тиску на короткострокові законодавчі патології. Потенціал стабілізаційних нормативів обговорюється у банківському, бюджетному, екологічному, медичному праві, у сфері національної безпеки і кримінального покарання. На часі питання про створення окремого стабілізаційного законодавства (на національному та міжнародному рівнях). Якщо ми знаємо про існування (ризик виникнення) певної кризи чи загрози, що має циклічний характер прояву, але не можемо спрогнозувати, коли вона точно настане, тоді необхідно створювати такі норми, які будуть задіювати випереджаюче функціонування стабілізаційних механізмів. Це можна порівняти з тим, як ми робимо щеплення від вірусних захворювань, пристібаємо ремені безпеки під час водіння автотранспортного засобу, набуваємо страхові поліси на різні випадки життя, пов'язані з ризиками втрати чого-небудь, проводимо евакуацію перед ураганом. У глобальному (стратегічному) сенсі ми регулюємо викиди вуглекислого газу в атмосферу з метою збереження кліматичного балансу, обмежуємо виробництво ядерної зброї, щоб його застосування не стало руйнівним для всієї планети. Усе це – запобіжні заходи, спрямовані на мінімізацію виникнення загроз або ж можливих утрат, шкоди від них. Доречним при цьому буде і звернення до принципу «обережності» у праві¹⁹. Як приклад дослідження у сфері економіки Феген наводить вивчення коливальних процесів (бізнес-циклів). Учені розуміють, що економічні кризи неминучі, але ось як згладити їх коливання, щоб наслідки були не так відчутні? І тут на допомогу приходять як економічний, так і правовий інструментарій. По-перше, це змішана грошово-кредитна і фіскальна політика, а по-друге, це постійно діюче законодавство, в якому фіксуються і регламентуються наявні стабілізаційні механізми. Феген до них відносить податкові дужки, страхування на випадок безробіття, медичне страхування і виплати по соціальному страхуванню. У цьому контексті доречно буде згадати латинський вираз «praemonitus, praemunitus»²⁰, що означає «хто

попереджений, той озброєний». Стабілізаційне законодавство, що вироблено на основі циклічного аналізу розвитку процесів, і є тим правовим механізмом, котрий у поєднанні з іншими здатний забезпечувати ефективність правового врегулювання різного характеру «ексцесів» у майбутньому. Циклічне бачення має стати складником стратегічного мислення.

Циклічний підхід може бути основою для сценарного прогнозування розвитку правової системи, особливо її динаміки, рівноваги, внутрішніх та зовнішніх чинників впливу. Сценарій розвитку правової системи за аналогією сценарію розвитку соціально-економічної системи²¹ можна розглядати як історико-системну модель майбутньої еволюції права. Розуміючись на циклічній природі правових процесів, ми можемо встановлювати їх логічну послідовність, моделювати різні варіації розвитку. Циклічний підхід дає нам змогу бачити, на якій стадії розвитку знаходиться сьогодні наша вітчизняна правова система, як її динаміка розвитку кореспондується з динамікою розвитку соціально-політичних циклів, яка має бути стратегія щодо вдосконалення, осучаснення законодавства, державно-правових інституцій. Якщо ми візьмемо до розгляду законодавчий процес України за останні десять років, то умовно зможемо позначити його як цикл «прийняття законів щодо гармонізації нашого національного законодавства із законодавством Європейського Союзу». Також зможемо виділити окремий підцикл «реформаторських законів»²². І це є наочним прикладом того, як економіко-політичний вектор держави впливає на напрям законодавчої стратегії. Прогнози у сфері законодавства, вивчення його тенденцій на основі аналізу політичних, економічних, соціальних, ідеологічних процесів є основою розроблення планів законодавчої діяльності і стратегічних законодавчих актів на довгострокову перспективу²³.

Ймовірним інструментальним базисом для сценарного прогнозування правового розвитку, розроблення стратегії правової політики держави може бути авторська концепція соціально-інституційних циклів О.В. Семенкова²⁴. Розглядаючи право як соціальний організм, а правову систему – як невід'єм-

¹⁸ Frank Fagan & Saul Levmore (ed.), 2017. The Timing of Lawmaking. Books, Edward Elgar Publishing.

¹⁹ Рылова М.А. Принцип предосторожности как предотвращение вреда и (или) защита экономических интересов: опыт европейского права. *Вестник Московского университета. Серия II. Право*. 2014. № 2. С. 30–42.

²⁰ Speake J. Forewarned is forearmed. The Oxford Dictionary of Proverbs. Oxford University Press, 2015. С. 81.

²¹ Методы социально-экономического прогнозирования. URL : <http://repo.ssau.ru/bitstream/Uchebnye-izdaniya/Metody-socialnoekonomicheskogo-prognozirovaniya-Elektronnyi-resurs-elektron-kurs-v-sisteme-distanc-obucheniya-Moodle-70891/1/%D0%9A%D0%BE%D1%80%D0%B5%D0%B5%D0%B2%D0%B0%20%D0%95.%20%D0%91.%20%D0%9C%D0%B5%D1%82%D0%BE%D0%B4%D1%8B.pdf>.

²² Копитков В.Е. Цикличность законодательной деятельности как предмет заглавнотеоретического исследования. *Научный вестник Ужгородского национального университета. Серия «Право»*. 2018. Вып. 53. Т. 1. С. 27–31.

²³ Агамиров К.В. Юридическое прогнозирование как фундамент правового регулирования. Человеческий капитал. 2016. № 6(90). С. 11.

²⁴ Семенков А.В. Теоретические основы цикличности социально-экономического развития (институциональный аспект) : автореф. дис. ... д-ра экон. наук : 08.00.01 ; Институт экономики РАН. Москва. 2005. 56 с.

ний складник соціальної системи, ми пропонуємо екстраполювати деякі положення цієї методологічної концепції й на сферу правової реальності. Моделюючи правовий розвиток на розумінні циклічності як фундаментального закону життєдіяльності людини і суспільства, оточуючого нас світу, синтезуючи формально-логічний та конкретно-історичний методи, ми забезпечуємо цьому розвитку таку важливу якість, як цілісність. Циклічність виступає не тільки формою траєкторії правового розвитку, а й розкриває іманентні рушійні сили цього процесу. Цикли правового розвитку взаємопов'язані на основі закономірностей і механізмів спадковості, мінливості і відбору. Про важливу роль цих трьох механізмів у розвитку правової системи також говорить і представник одеської школи права Ю.М. Оборотов. Він ще називає їх «тріадою розвитку правової системи». Мінливість учений характеризує як здатність правової системи змінювати свої властивості. Самі зміни розмежовуються на детерміновані та недетерміновані (зумовлені факторами випадковості і невизначеності). Спадковість правової системи – це її здатність повторювати характерні ознаки й особливості в низці наступних змін. Спадковість забезпечує закономірність змін і виростання майбутнього з минулого. Відбір зводиться до виокремлення властивостей та ознак правової системи, які можуть бути сприйняті в майбутньому. Відбір забезпечує варіанти розвитку системи шляхом вибору з низки можливих продовжень. Таким чином, Ю.М. Оборотов стверджує, що мінливість, спадковість і відбір є обов'язковими компонентами трансформаційного

механізму правової системи, тобто механізму її зміни²⁵.

Висновки

Підходячи до висновків, хочемо звернутися до роздумів давньоримського філософа Марка Тулія Цицерона: «Тут знову повернеться те коло, природний рух і оборот якого вам слід навчитися впізнавати із самого початку. Ось основа державної мудрості, що становить увесь зміст нашої розмови: бачити шляхи і повороти в справах держави, аби, знаючи, куди приведе та чи інша з них, бути в змозі затримати його хід і навіть перешкодити йому»²⁶. Складно не погодитися з думками цього видатного філософа античності, проте маємо констатувати, що й досі в нас немає тієї «мудрості», ми тільки знаходимося на шляху пізнання природи Універсального циклізму та створення якісної системи прогнозування. У цій роботі ми спробували показати методологічний потенціал циклічного підходу до юридичного прогнозування, його інструментального вдосконалення. Екстраполюючи висновки деяких циклічних концепцій на правову сферу, ми побачили, як законодавча стратегія тісно пов'язана з політичними, економічними, соціальними циклами. Завдяки циклічності ми можемо робити сценарний прогноз розвитку правової системи, моделювати розвиток права як цілісну, динамічну систему.

²⁵ Оборотов Ю. Аспекти розгортання методології юриспруденції. *Право України*. 2014. № 1. С. 35.

²⁶ Цицерон. *Диалог о государстве, законах*. Москва : Мысль, 1999. С. 94.

International cooperation of Ukraine in the field of functioning of the institute of judicial protection of intellectual property rights through the performance of obligations

Kuryava Viktoriya

*Postgraduate Student of Chair of Administrative,
Commercial Law and Financial and Economic Security
Educational Scientific Institute of Law
of Sumy State University, Ukraine*

Today, the world community is even more aware of the role and need for consolidation, cooperation in solution of arising problems. The economic situation in the world, complicated by the effects of the pandemic, requires the search for effective solutions. In such conditions, the institute of intellectual property, which is charged with the most important task - the invention of vaccines, drugs, means of combating the virus COVID-19 continues to grow. The intellectual activity of man permeates absolutely all spheres of society, and its results (objects of intellectual property rights) are in constant dynamics – changing, improving, acquiring new forms, new objects appearing, which imposes new requirements on the legal system for legal regulation of the specified sphere, and the arising legal relations. The article is devoted to the study of the problems of fulfillment of Ukraine's international obligations, strengthening of cooperation in the field of protection of intellectual property rights in our state. In order to implement the requirements of the Association Agreement with the EU, our country has recognized the need to adopt a National Strategy for the Development of Intellectual Property for 2020-2025. Because, single, hasty and inconsistent steps towards the introduction of the institution of judicial protection of intellectual property rights in Ukraine have not given the expected result. By choosing the European vector of development, Ukraine has strengthened the regime of cooperation with European and other international governmental and non-governmental institutions, including in the field of intellectual property, in particular the World Intellectual Property Organization (WIPO), the International Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV), The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), the European Patent Office (EPO), and or agencies of various countries, including the European Union (EU). Such cooperation should help our country to build an effective system of protection and enforcement of intellectual property rights, which in turn will help the ensuring of the implementation of Ukraine's international obligations.

Introduction

In terms of ensuring the implementation of the Association Agreement between Ukraine and the EU, the Agreement «On Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights» and the obligations arising from Ukraine's membership in the World Trade Organization, both practical and theoretical significance of the issues increases. Moreover, the scientific value of the study grows in the context of the development and adoption of the National Strategy for the Development of Intellectual Property for the period 2020-2025, which should become a comprehensive reflection of state policy in the field of intellectual property. By its legal nature, the National Strategy for the Development of Intellectual Property is a set of measures aimed at: (creation) promoting and encouraging the creation of intellectual property rights; (use) introduction of favorable conditions and mechanisms for the use of intellectual property rights in production, other sectors of the economy; formation of effective public administration in the field of intellectual property; improving the efficiency of state institutions of the intellectual property protection system, conducting examination of applications and issuing security documents; improvement of legislation on protection of intellectual property rights; improvement of mechanisms for protection of intellectual property

rights; formation of a high level of culture and education in the field of intellectual property in order to build a competitive national economy, based on knowledge and innovation and implemented by the Government of our state. The successful implementation of the Judicial Reform and the effective work of the established Supreme Court on Intellectual Property and ensuring the implementation of Ukraine's international obligations depend on the effectiveness of the adoption of the Strategy.

The purpose of this study is to identify and update the problems of strengthening international cooperation of Ukraine in the field of protection and enforcement of intellectual property rights in conditions that ensure the implementation of Ukraine's international obligations. Achieving the goal is possible through the following *tasks*: clarifying the essence of the concepts of the institute of judicial protection of intellectual property rights; to study the experience of the world's leading states in the field of judicial protection of intellectual property rights and prospects for its implementation in Ukraine.

Presentation of main material

Under increasing international cooperation, Ukraine has acceded to virtually all conventions and agreements governing legal relations in

the field of intellectual property rights, which in turn, in accordance with the laws of Ukraine have become the rules of direct action. However, a large role is played by national legislation, which, unfortunately, in terms of intellectual property law contains many gaps and conflicts in its legal regulation, which creates problems in the way of their practical implementation¹. Therefore, without a doubt, it is not the quantitative but the qualitative indicator of implementation, ratification of international agreements and treaties becomes more effective, especially their proper implementation. The world system of international relations in the field of intellectual property protection is united within the World Intellectual Property Organization (WIPO) as a specialized agency of the United Nations, whose functions include the development of new international agreements and projects to harmonize national laws. Harmonization of the domestic system of legislation in the field of intellectual property is discussed in the Association Agreement between Ukraine and the European Union. The direct entry into force of mentioned Agreement strengthens the urgency of legal protection of intellectual property rights, for the real creation of a common intellectual property market with European countries, fulfillment of Ukraine's international obligations, formation of its positive authority and perception as an equal member of the international community².

The priority task for our country today is the adoption of the Strategy for the development of intellectual property for the period 2020-2025, in order to ensure the integration of Ukraine into the international and European intellectual space, taking into account the national interests of Ukraine. In addition, without its adoption, neither judicial nor legal reform will find its practical implementation, due to the lack of a unified approach to state policy in the field of intellectual property. The developers of the Strategy studied the progressive approaches set out in the Europe 2020 Strategy, which defines the goals and strategic priorities of the EU, designed to consolidate European competitiveness at the global level, in particular in building the Innovation Union, the European Research Area and the CIF implementation process. day for Europe³.

The steady growth of the role of Institute of intellectual property in the world causes an urgent need to strengthen research in this area to develop effective mechanisms

and measures to protect and defend intellectual property in Ukraine, their rational, lawful use. Our state cannot stay away from the development of global trends in the field of intellectual property, especially from using the results of intellectual activity to be a competitive innovative state. According to a 2013 EU Intellectual Property Office (EUIPO) survey (updated in October 2016) on the role of IP-active enterprises in the EU economy, such enterprises account for almost 42% of EU GDP (5.7 trillion euros) and generate 82 million jobs (with higher wages (46% - allowance), compared to enterprises in which IP is not actively used); these companies account for 90% of EU trade with the rest of the world (€ 96 billion). The study included both European and national intellectual property rights for patents, trademarks and industrial designs. According to the data received: (1) companies with intellectual property rights, as a rule, have almost 6 times more employees than companies that do not; (2) their income per employee averages more than 29%; (3) they pay wages that are on average 20% higher than firms that do not; (4) about 40% of large companies have intellectual property rights; (5) Although only 9% of small businesses have intellectual property rights, firms that do have such rights receive almost 32% more income per employee than firms that do not⁴.

Ukraine's international obligations in the field of intellectual property today are mainly to simplify the procedures for the creation and commercial use of products and products of creative activity, both in our country and EU member states, as well as to ensure an adequate and effective level of protection and protection of intellectual property rights.

As a result of reforming the domestic system of protection of intellectual property rights in Ukraine, today it is a set of legislative bodies that provide legal protection of intellectual property, and specially created, structural and functional public authorities, whose activities are aimed at forming and implementing public policy in in the field of intellectual property protection, assistance in ensuring the satisfaction of society in the development of intellectual, creative, scientific and technological potential of the nation, stimulating the use of intellectual property rights in innovation, increasing the level of protection of intellectual property rights, education of legal awareness and respect for intellectual property and meeting the needs of society and the state in the formation and development of innovation and digital economy.

According to G. V. Dovgan, the analysis of the process of formation of the legislation of independent Ukraine in the field of intellectual property shows that despite the annual additions, significant changes in the legal regulation of relations in the field of intellectual property rights as those do not occur, especially with regard to

¹ Bolotina (Dihtiar) A.O. Criminal and legal protection of intellectual property rights to medicines: problems of judicial protection. *Theory and practice of intellectual property*. 2019. № 6. P. 36–45. URL : <http://uran.inprojournal.org/article/view/188329/187672>. P. 36.

² Klochko A. M., Dihtiar A.O. Delimitation of banking and commercial secrecy as objects of criminal law protection and enforcement of intellectual property rights. *Law Forum*. 2018. № 5. P. 50–58. URL : https://forumprava.pp.ua/files/050-058-2018-5-FP-Klochko_Dihtiar_7.pdf. P. 51.

³ National Strategy for the Development of Intellectual Property in Ukraine for the period 2020-2025. URL : https://drive.google.com/file/d/1oqjbxZiTempwJjaZsO1NoLt7fvP_qxj/view.

⁴ Building an effective system of protection of intellectual property rights: Parliamentary hearings. URL : http://static.rada.gov.ua/zakon/new/par_sl/s1161219.htm.

areas of judicial protection⁵. The deadlines for adapting intellectual property law to EU law, set out in a number of agreements, have not been met. Although, it should be noted that in 2019 significant steps have been taken to improve the legal regulation of intellectual property. This is demonstrated by the adoption of the long-awaited Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Concerning the Improvement of Protection of Rights to the Layout of Semiconductor Products” by 19.09.2019 № 111-IX⁶, which provides a new definition of terms, specifies the conditions for granting legal protection and conditions of protection of the semiconductor product layout, as well as specifies the list of rights and obligations arising from the state registration of the semiconductor product layout, etc. Also, the requirements of the current legislation of Ukraine on the protection of rights to geographical indications are harmonized with EU law by adopting the Law of Ukraine «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Improving the Legal Protection of Geographical Indications» dated 20.09.2019 № 123-IX⁷. New definitions of the terms «geographical indication», «appellation of place of origin of goods», conditions for granting legal protection to a geographical indication and grounds for refusing such protection are provided, the range of persons entitled to state registration of a geographical indication, relevance of registration application requirements, determination of requirements to technical conditions of the good, for which instructions and updated list of rights and obligations are claimed, arising from the state registration of geographical indications, etc..

Promising areas that are planned to be implemented this year include the following: development of the draft Law of Ukraine «On Copyright and Related Rights» to set out the Law of Ukraine «On Copyright and Related Rights» of 23.12.1993 № 3792-XII in the new edition. The content of Annex XXII-C and Annex XXII-D is agreed with the EU: work is underway to supplement them with geographical indications for agricultural and food products and geographical indications for wines, aromatized wines and spirits protected in accordance with the level of protection established by Subsection 3 «Geographical Indications» Part 2 of Chapter 9 of Section IV of the Association Agreement. In addition, the work on accreditation of collective management organizations in accordance with the Law of Ukraine «On effective management of property rights of copyright holders in the field

of copyright and (or) related rights» has been intensified. The procedure for applying measures for the protection of intellectual property rights with the definition of the algorithm of actions of customs officials in the application of measures to protect intellectual property rights, interaction with right holders, declarants, the introduction of standardized forms of notification has been developed

One aspect of the successful implementation of the Association Agreement is the issue of adequate protection of intellectual property rights in Ukraine, which also applies to the member states of the World Trade Organization, the main agreement of which is the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement). This Agreement has established that the member states undertake to ensure in their territory such procedures that allow for the implementation of measures to prevent violations of legislation in the field of protection of intellectual property rights and their prevention⁸. By signing the TRIPS Agreement, which does not in itself oblige the establishment of intellectual property courts, most member states have done this on their own initiative.

Currently, there are various forms of courts and arbitrations on intellectual property, which are called differently: Specialized Court of Intellectual Property, Court of Intellectual Property, Patent Court, Court of Intellectual Property Disputes, Court of Intellectual Property and International Trade, etc. That is, the international community recognizes the importance of judicial protection of intellectual property rights. Judicial specialization, that is the separation of courts on intellectual property issues allows to more effectively identify and solve problems in this area. By providing such courts with relevant specialists in this field, the state creates all guarantees to properly ensure the reduction of judicial errors, court costs, improving judicial practice in this area, which, in turn, will lead to greater consistency and predictability in intellectual property relations.⁹ Despite the fact that the analysis of international regulations allows us to conclude that the international community recognizes the importance of judicial protection of intellectual property rights, the United States has not created a special court in its judicial system to protect intellectual property rights. Most intellectual property protection cases in the United States are resolved by filing civil lawsuits or instituting criminal proceedings in the courts of the relevant jurisdiction. For example, infringement or copyright infringement cases can only be heard in federal courts because cases in this area fall entirely within federal jurisdiction. In contrast, actions for infringement of trade secrets or trademarks may be brought in local

⁵ Dovhan GV Formation and development of the legislation of Ukraine on intellectual property (historical and legal aspect). Author's ref. on zdob. Science. Art. Ph.D., with special. 12.00.01. Lviv. 2009. p. 19.

⁶ On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Concerning Improvement of Protection of Rights to Composition of Semiconductor Products: Law of Ukraine of September 19, 2019 № 111-IX. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/111-20/paran7#n7>.

⁷ On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Concerning the Improvement of Legal Protection of Geographical Indications: Law of Ukraine of September 20, 2019 № 123-IX. *Information of the Verkhovna Rada (VVR)*. 2019. № 45. P. 290.

⁸ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: Agreement, International Document of April 15, 1994. WTO. *Official Gazette of Ukraine*. 2010. № 84. art. 2989.

⁹ Zharov V.O.. Intellectual property law in the legal system of Ukraine. Tutorial. Kyiv : Institute of Intellectual Property and Law, 2006. P. 64.

courts, depending on the law under which the lawsuits are filed: under federal or local law¹⁰.

Having studied the international experience, we can say that not only Ukraine is currently on the way to building a specialized system of courts for intellectual property disputes, this stage is also typical for Finland. For today, the Government of Finland has developed a program to establish a specialized court in the field of intellectual property rights. Today, Finland also has a limited jurisdiction over intellectual property cases between different courts. In particular, the handling of copyright disputes belongs to the Finnish District Court. One of the most experienced courts in this field is the Helsinki District Court, which heard most cases of industrial intellectual property, and after having many years of experience have lost its powers after the establishment of a specialized court. It is also being planned to reform the appellate review of intellectual property disputes, which currently falls within the competence of the Appellate Council of the National Patent and Registration Council. For today, the Finnish judicial system is in a state of centralization and specialization in the field of intellectual property disputes¹¹.

Today, despite the fact that the issue of establishing the Supreme Court of Intellectual Property has found its practical implementation in the Presidential decree on its establishment¹², there are still a number of issues concerning the legal status of the court and the implementation of the powers of judicial protection of intellectual property rights in Ukraine. The very fact of creating such an institution in the state is an important step towards the protection of intellectual property rights. Regarding ensuring the constitutionally guaranteed right to judicial protection, analyzing the norms of the current procedural codes and the newly created Law «On the Judiciary and the Status of Judges»¹³,

¹⁰ Protection of intellectual property rights: norms of international and national legislation and their law enforcement / Long Doris t al. A practical guide. K. : KIS", 2007. 448 p. with. 103.

¹¹ Androschuk G.O. Unfair registration of trademarks: foreign experience of termination. Current issues of judicial protection of intellectual property rights in Ukraine. URL : <http://ndiiv.org.ua/Files2/29.01.2016.pdf>.

¹² On the establishment of the Supreme Court of Intellectual Property: Decree of the President of Ukraine dated 29.09.2017 № 299/2017. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/299/2017>.

¹³ On the Judiciary and the Status of Judges: Law of Ukraine of June 2, 2016 № 1402-VIII. *Information of the Verkhovna Rada (VVR)*. 2016. № 31. P. 545.

there is a number of issues in the field of judicial protection of intellectual property rights and the legal status of the High Court of intellectual property to fair justice. The creation of a new High Court of Intellectual Property has posed new questions to the Ukrainian legislator, domestic practice and science, which include problematic aspects of the name of the court, delimitation of court jurisdiction, territorial and instance structure of intellectual property court, professional training of judges and many others. Having taken into account the positive international experience, the introduction of the institute of protection of intellectual property rights in the judiciary is a very progressive step, reasonable and appropriate. The activity of such a specialized institution in the judiciary, in case of its improvement, will allow the most professional and effective protection of intellectual property rights, subject to improving the legal status of judges, the procedure for their training and selection.

Conclusions

Thus, based on the study, it can be argued that the National Strategy for the Development of Intellectual Property in Ukraine for the period 2020–2025 is not a panacea for the problems that exist today in this area. The effectiveness of its adoption will undoubtedly affect all spheres of activity of the state and its authorized bodies in the field of intellectual property. Besides the Strategy in the state should be the implementation of a system of its practical implementation, because, as practice shows, the adoption of such documents is not always accompanied by their effective implementation. Therefore, it is necessary to consolidate as much as possible the efforts of bodies of all branches of government to focus on the implementation and enforcement of the reform. An important step in this direction is the completion of judicial reform. Ukraine's international cooperation in the field of protection and security of intellectual property contributes to more effective fulfillment of our obligations by our state. The study of international experience in the implementation of the institute of judicial protection of intellectual property rights will allow us to apply its best mechanisms in specific conditions that are characteristic of our country and form the prospect of further research.

Some issues of contractual regulation of transportation and handling of goods in containers in direct mixed connection

Melnyk Alisa

Postgraduate Student of the Department of Economic Law and Procedure
National University «Odessa Law Academy», Ukraine

The article considers contractual regulation of container transportation of goods and their handling in direct mixed connection. It has been determined that the main means of regulating legal relations that arise during the carriage of goods in direct mixed connection is a contract which is one of the main forms of legal regulation of economic activity.

Based on the analysis of scientific views, the article states that the contract of carriage of goods in direct mixed connection is an independent type of a contract derived from the contract of carriage of goods and is interrelated with transport organizational or ancillary contracts, such as nodal agreement, cargo transfer agreement, etc.

It has been concluded that the contractual regulation of legal relations for the implementation of container transportation of goods in direct mixed connection is associated with the use of the contract of transportation of goods in direct mixed connection, in essential conditions of which there must be specified the type of a container used, its marking codes and so on. Allocating «the contract of container cargo transportation in direct mixed connection» as a separate type of the transport contract is inexpedient.

Regarding the issue of contractual regulation of container cargo handling, the article draws attention to the fact that one of the features of cargo transportation in direct mixed traffic is transshipment, which is part of the concept of cargo handling. It also includes such additional services as storage, weighing, sorting and protection of goods.

The article identifies the types of agreements that insure the regulation of container cargo handling activity namely: 1) a nodal agreement, as an organizational or framework agreement; 2) cargo transfer agreement as a separate agreement that may be concluded within the framework of a nodal agreement; 3) other agreements that may be concluded separately for the provision of additional services for the processing (handling) of goods. These contracts are closely related to the contract of carriage of goods in a direct mixed connection, because provided it is absent in the relationship associated with the transshipment of goods, it is the object, which is cargo itself, will be missing that must be moved from one mode of transport to another.

Окремі питання договірної забезпечення перевезення та обробки контейнерних вантажів у прямому змішаному сполученні

Мельник Аліса Андріївна

аспірантка кафедри господарського права і процесу
Національного університету «Одеська юридична академія», Україна

Вступ

Для економічного зростання України у сфері транспортних послуг важливу роль відіграє розвиток контейнерних перевезень як найбільш ефективний вид доставки вантажів. Здійснення діяльності з перевезення контейнерних вантажів має вагомий вплив на збільшення обсягу вантажних перевезень та позитивно впливає на підвищення конкурентоспроможності країни на міжнародному ринку транспортних послуг. Окрім того, за використання контейнерів під час здійснення вантажних перевезень значно знижуються транспортні витрати вантажовласників у пунктах перевалки та прискорюється доставка вантажу.

Контейнерні перевезення доцільно розглядати в контексті розвитку змішаних перевезень, оскільки, як правило, більшість суб'єктів господарювання, діяльність яких пов'язана з контейнерними перевезеннями вантажів, здійснює такі перевезення у прямому змішаному сполученні.

Мета статті – дослідження поняття договору перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні та його ролі у регулюванні відносин, пов'язаних із здійсненням контейнерних перевезень вантажів; визначення видів договорів, що забезпечують регулювання діяльності з обробки вантажів, які переміщуються з одного виду транспорту на інший у процесі здійснення перевезення в прямому змішаному сполученні.

Виклад основного матеріалу

Характерна особливість правовідносин, пов'язаних із перевезенням вантажів у прямому змішаному сполученні, полягає у тому, що ці правовідносини мають комплексний характер, оскільки включають у себе різні послуги, такі як перевезення, зберігання вантажів, їх перевалка тощо. Також указані правовідносини пов'язані із забезпеченням організації єдиного процесу переміщення вантажів декількома

перевізниками, які належать до різних видів транспорту, та доставки вантажу до пункту призначення для видачі вантажоодержувачам за єдиним транспортним документом.

Основним засобом регулювання правовідносин, які виникають під час здійснення перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні, є договір як одна з основних форм правового регулювання господарської діяльності.

Договір перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні походить від договору перевезення вантажів. Відповідно до ч. 2 ст. 312 Господарського кодексу України (далі – ГК України), до договорів перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні застосовуються правила ст. 307 цього Кодексу, якщо інше не передбачено транспортними кодексами чи статутами.

Згідно з ч. 1 ст. 307 ГК України, за договором перевезення вантажів перевізник зобов'язується доставити ввірений йому відправником вантаж у пункт призначення в установленій законодавством чи договором строк та видати його уповноваженій на отримання вантажу особі (вантажодержувачу), а вантажодержувач зобов'язується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату¹.

Серед науковців панує думка, що договір перевезення вантажів є основним транспортним договором, який взаємопов'язаний із допоміжними або організаційними транспортними договорами.

Так, наприклад, В.В. Луць указує, що до основних договорів треба віднести транспортні договори, що опосередковують головну сферу взаємовідносин транспортних організацій та клієнтури (насамперед це договори про перевезення вантажів). Своєю чергою, допоміжні договори сприяють нормальній організації перевізного процесу (це довгострокові договори, договори про експлуатацію під'їзних колій, подачу та збирання вагонів тощо)².

На думку В.В. Кадали, розглядати договір перевезення вантажу слід у тісному взаємозв'язку з так званими «допоміжними» договорами (транспортної експедиції, буксирування суден, фрахтування транспортних засобів, будівельного підряду, угод між транспортними організаціями про організацію перевезення вантажів), тому що вони становлять єдину систему договорів, які забезпечують увесь складний процес доставки вантажів.

Окрім того, В.В. Кадала вказує, що поряд із договорами, що безпосередньо стосуються процесу переміщення (доставки) вантажів, значне місце належить також договорам, що мають іншу мету, а саме: регламентувати організацію роботи з пода-

вання транспортних засобів та пред'явлення вантажів до перевезення, їх перевалювання з одного виду транспорту на інший тощо. До таких організаційних договорів належать і вузлові угоди, що укладаються між транспортними організаціями різних видів транспорту³. Таким чином, автор визначає договір перевезення вантажів основним, що знаходиться у єдиній системі з допоміжними договорами, та окремо виділяє й організаційні договори.

Своєю чергою, В.А. Попов пропонує поділяти договори перевезення вантажів на основні й допоміжні. Основними договорами автор пропонує вважати такі, що безпосередньо забезпечують переміщення вантажів, у тому числі договори перевезення останніх окремими видами транспорту, договір чартеру (фрахтування) тощо. Допоміжні ж спрямовані на забезпечення технологічного процесу транспортування вантажів. Їх допоміжний характер по відношенню до основних договорів полягає не в їх додатковому характері, оскільки ці договори є самостійними договірними конструкціями, а в тому, що виникнення й реалізація відповідних правовідносин покликані забезпечити технологічний процес навантаження, транспортування, перевалки, розвантаження та видачі вантажу. До вказаних конструкцій належать договори на експлуатацію залізничної колії, договір на подачу й забирання вагонів, на управління аеродромом тощо⁴.

Щодо договору перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні, слід зазначити, що вказаний договір є самостійним видом договору, який застосовується у сфері транспортної діяльності та знаходиться у взаємозв'язку з транспортними організаційними або допоміжними договорами, наприклад, такими, як вузлова угода, договір перевалки вантажу тощо.

Так, І.В. Булгакова та О.В. Клепікова вважають, що існує два види договорів у сфері перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні, а саме: договір перевезення вантажу у прямому змішаному сполученні (який являє собою традиційний реальний договір перевезення конкретного вантажу з деякими особливостями змісту) й угоди, що укладаються між транспортними організаціями різних видів транспорту, які регулюють порядок їхньої роботи щодо організації таких перевезень вантажів⁵.

На думку С.Ю. Морозова, договір перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні нерозривно пов'язаний з організаційними договорами між транспортними організаціями (вузловими угодами,

¹ Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 18–22. Ст. 144.

² Цивільне право України : підручник : у 2-х кн. Кн. 2 / О.В. Дзери (кер. авт. кол.) та ін. ; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. Київ : Юрінком Інтер. 2004. С. 276.

³ Кадала В.В. Правове регулювання перевезень вантажів у прямому змішаному сполученні : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2011. С. 79–80.

⁴ Попов В.А. Правовідносини у сфері перевезення вантажів у прямому та прямому змішаному сполученні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Харків, 2017. С. 176.

⁵ Булгакова І.В., Клепікова О.В. Транспортне право України: Академічний курс : підручник. Київ : Ін Юре, 2005. С. 181.

договорами на централізоване завезення (вивезення) вантажів тощо). Їх взаємозалежність така, що без існування організаційного договору неможливо укласти або виконати договір перевезення вантажу в прямому змішаному сполученні, без якого, своєю чергою, немає сенсу в організаційному транспортному договорі. С.Ю. Морозов також вважає вузлову угоду й угоду про організацію прямих змішаних перевезень організаційними, оскільки вони спрямовані на організацію правовідносин за договором перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні⁶.

Що стосується договірної забезпечення перевезення вантажів безпосередньо у *контейнерах*, то варто звернути увагу на те, що поширеність контейнерних перевезень вважається одним із ключових чинників, який вплинув на розвиток змішаних перевезень. Так, В.В. Кадала зазначає, що, по-перше, використання контейнерів значно скорочує час проведення навантажувально-розвантажувальних робіт та зменшує вартість перевантаження. По-друге, перевізник, як правило, не має можливості перевірити зміст контейнеру. У результаті його відповідальність за збереження товару вже не носить виняткового характеру. Виконуючи змішане перевезення, перевізник може безперешкодно передати контейнер із товаром іншому перевізнику, який під час приймання контейнеру буде також керуватися виключно зовнішнім станом самого контейнеру, не вникаючи в його «зміст»⁷.

На думку Т.О. Колянковської, важливим чинником забезпечення збереження вантажів, що перевозяться в прямому змішаному сполученні, є їх контейнеризація. «Контейнеризація перевезень» – це перехід на перевезення окремих вантажів збільшеними місцями в контейнерах⁸.

Ураховуючи вищевказане та аналізуючи наукові погляди вчених, можна дійти висновку, що договірне регулювання правовідносин щодо здійснення контейнерних перевезень вантажів у прямому змішаному сполученні буде пов'язане з використанням договору перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні, в істотних умовах якого має бути зазначено тип контейнеру, що використовується, його маркувальні коди тощо. Із чого вбачається, що виділяти «договір перевезення контейнерних вантажів у прямому змішаному сполученні» як окремий вид транспортного договору є недоцільним.

Зупиняючись на питанні договірної регулювання діяльності з *обробки* контейнерних вантажів, насамперед слід зазначити, що на законодавчому

рівні відсутнє чітке нормативно-правове регулювання укладення договорів, що забезпечують цю діяльність. До таких договорів можна віднести: вузлову угоду; договір перевалки вантажів; договір про організацію вантажних перевезень; договори про експлуатацію під'їзних колій, про подачу та збирання вагонів; договір відповідального зберігання тощо.

Термін «обробка (оброблення) вантажів» означає комплекс операцій, який включає у себе перевалку вантажу (навантаження транспортного засобу, розвантаження (вивантаження), перевантаження з одного транспортного засобу на інший) та може включати додаткові послуги зі зберігання вантажів, зважування вантажів, сортування вантажів, охорони вантажів тощо⁹.

Специфічною особливістю перевезень вантажів в прямому змішаному сполученні є перевалка вантажів. Юридичною формою, що регулює відносини перевізників по перевалці вантажів, є спеціальний договір – вузлова угода¹⁰.

На думку В.В. Кадали, сутність зобов'язань, що витікають із вузлових угод, зводиться до організації роботи транспортних організацій різних видів транспорту з подачі транспортних засобів під навантаження (якщо вантаж доставлений у пункт перевалки контрагентом) або вивантаження, прийняття вантажів, їх перевалки на інший вид транспорту для доставки одержувачу, вказаному в транспортній накладній на перевезення вантажу в прямому змішаному сполученні. Порядок виконання вказаних зобов'язань урегульований транспортними статутами та кодексами, а також Правилами перевезень вантажів у прямому змішаному залізнично-водному сполученні¹¹.

Також В.В. Кадала надає законодавче визначення вузлової угоди: вузлова угода – це сукупність договорів, які носять організаційний характер і визначають взаємні відносини транспортних організацій, що беруть участь у прямому змішаному сполученні, згідно з якими вони зобов'язуються за плату перемішувати вантажі з одного виду транспорту на інший із метою продовження процесу доставки. До договорів, які входять у сукупність вузлової угоди, автор відносить: Єдиний технологічний процес, примірний договір між залізницею і морським (річковим) портом про обробку вагонів із вантажами, Правила користування вагонами та контейнерами й інші договори, які доповнюють один одного¹².

⁹ Мельник А.А. Щодо правового визначення операцій з обробки вантажів. *Правове життя сучасної України* : у 2-х т. : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., м. Одеса, 17 травня 2019 р. / відп. ред. Г.О. Улянова. Одеса : Гельветика, 2019. Т. 2. С. 692.

¹⁰ Колянковська Т.О. Правове регулювання перевезень вантажів у прямому змішаному сполученні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2007. С. 107.

¹¹ Правила перевезення вантажів у прямому змішаному залізнично-водному сполученні : Наказ Міністерства транспорту України від 28.05.2002 № 334. *Офіційний вісник України*. 2002. № 28. Ст. 1345.

¹² Кадала В.В. Правове регулювання перевезень вантажів у прямому змішаному сполученні : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2011. С. 143.

⁶ Морозов С.Ю. Система транспортных организационных договоров : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право». Москва, 2011. С. 136.

⁷ Шмиттгофф К.М. Экспорт: право и практика международной торговли. Москва : Юридическая литература. 1993. С. 321–327

⁸ Плужников К.И. Транспортное экспедирование : учебник. Москва : РосКонсулт. 1999. С. 121.

Свою чергою, В.А. Попов пропонує розмежування вузлової угоди як організаційно-правового договору і договору про надання послуг перевалки як домовленості сторін, що слугує підставою для надання відповідної послуги. Договір перевалки може поглиблювати відносини, які виникають між учасниками транспортного процесу на підставі вузлової угоди, або слугувати самостійною підставою виникнення правовідносин між перевізником і власником (орендарем, користувачем) перевалочного пункту¹³.

З урахування наведеної пропозиції В.А. Попов розглядає вузлову угоду як договір, згідно з яким перевізники різних видів транспорту зобов'язуються здійснювати у встановленому договором порядку по відношенню один до одного злагожені дії в інтересах вантажовідправника (вантажоодержувача), спрямовані на своєчасну передачу вантажу в пунктах перевалки з одного виду транспорту на інший із метою забезпечення перевезення в прямому змішаному сполученні¹⁴. Договором перевалки вантажу, на думку автора, слід уважати домовленість двох сторін, суб'єктів транспортних відносин (транспортних організацій), за якою одна сторона зобов'язується у встановлений строк, за плату перемістити вантаж з одного транспорту або виду транспорту на інший на підставі обов'язкових технологічних правил та з метою продовження процесу доставки вантажу, а друга сторона – надати інформацію про тип, вид, правовий режим вантажу та оплатити надану послугу. При цьому слід зауважити, що в таких відносинах наявний специфічний суб'єкт, а саме транспортні організації, тобто у відносинах із перевалки вантажу вантажовідправник та вантажоодержувач не приймають участі¹⁵.

Отже, можна зробити висновок, що вузлова угода є організаційним договором, у рамках якого окремо може бути укладений договір перевалки вантажу. Крім того, і вузлова угода, і договір перевалки вантажу взаємопов'язані з договором перевезення вантажу у прямому змішаному сполученні, предметом якого є вантаж, що має бути переміщений з одного виду транспорту на інший, оскільки саме вантаж є об'єктом відносин, пов'язаних із перевалкою вантажів.

Також варто зазначити, що до поняття обробки (оброблення) вантажів входять і додаткові послуги, такі як зберігання вантажів, зважування вантажів, сортування вантажів, охорона вантажів тощо.

На нашу думку, такі додаткові послуги, як зважування або сортування вантажів, можуть визначатись безпосередньо договором перевалки вантажів, а, наприклад, така послуга, як зберігання вантажів, може бути забезпечена окремим договором, а саме договором відповідального зберігання вантажів.

На підтвердження того, що послуги з обробки вантажів, такі як перевалка вантажу, або інші додаткові послуги можуть бути врегульовані окремими договорами, слід навести Роз'яснення Президії Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з перевезення вантажів залізницею» від 29.05.2002 № 04-5/601 (далі – Роз'яснення ПВГСУ). Так, у п. 1.4 ч. 1 Роз'яснення ПВГСУ зазначено, що, згідно з частиною другою статті 22 Статуту залізниць України (далі – Статут), додаткові операції, пов'язані з перевезенням вантажів (завантаження, розвантаження, зважування, експедирування тощо), здійснюються залізницею на підставі окремих договорів.

Відповідно до частини першої статті 181 ГК України, допускається укладення цих договорів у спрощений спосіб шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо, а також шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлень.

Залізниці вправі також на підставі угод надавати у користування суб'єктам підприємницької діяльності станційні склади і майданчики, що перебувають у їхньому віданні, та приймати рішення про складування за плату суб'єктами підприємницької діяльності вантажів у смузі відведення, а також надавати дозвіл на примикання під'їзних колій та будівництво тимчасових споруд (статті 9, 12 Статуту і пункт 1.9 Правил обслуговування залізничних під'їзних колій). Розмір відповідної плати встановлюється сторонами у договорі¹⁶.

Отже, можна виділити такі види договорів, що забезпечують регулювання правовідносин, які виникають під час здійснення діяльності з обробки (оброблення) вантажів, а саме:

- 1) вузлової угоди як організаційний або рамочний договір;
- 2) договору перевалки вантажів, який окремо може бути укладений у рамках вузлової угоди;
- 3) інші договори, що можуть бути окремо укладені для здійснення додаткових послуг з обробки (оброблення) вантажів.

Висновки

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що розвиток контейнерних перевезень став одним із ключових чинників, який вплинув на зростання

¹³ Попов В. А. Правовідносини у сфері перевезення вантажів у прямому та прямому змішаному сполученні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Харків, 2017. С. 169.

¹⁴ Бутакова Н.А. Правовое регулирование мультимодальной перевозки грузов: компаративный подход : дис. ... д-ра. юрид. наук. Москва, 2016. С. 276.

¹⁵ Попов В.А. Правовая природа вузлової угоди в цивільному праві України. *Форум права*. 2017. № 1. С. 158–159. URL : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2017_1_28.pdf.

¹⁶ Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають із перевезення вантажів залізницею : Роз'яснення Вищого господарського суду України від 29.05.2002 № 04-5/601. *Бізнес-Бухгалтерія-Право. Податки. Консультації*. 2008 № 44. С. 55.

обсягів змішаних перевезень вантажів, зокрема у прямому змішаному сполученні. Сьогодні на економічному ринку транспортування контейнерних вантажів у прямому змішаному сполученні активно збільшується.

Перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні здійснюються на підставі договору перевезення вантажу у прямому змішаному сполученні, який є похідним від договору перевезення вантажів і знаходиться у зв'язку з іншими транспортними організаційними або допоміжними договорами, наприклад, такими, як вузлові угоди, договір перевалки вантажу тощо.

У разі здійснення контейнерних перевезень застосовуються положення договору перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні, в істотних умовах якого має бути зазначено тип контейнеру, що використовується, його маркувальні коди тощо.

Однією з особливостей перевезень вантажів у прямому змішаному сполученні є перевалка, яка

входить до поняття обробки (оброблення) вантажів, також до цього поняття можуть входити такі додаткові послуги, як зберігання, зважування, сортування, охорона вантажів тощо.

Серед договорів, що забезпечують регулювання діяльності з обробки контейнерних вантажів, можна виділити: 1) вузлову угоду як організаційний або рамочний договір; 2) договір перевалки вантажів як окремий договір, який може бути укладений у рамках вузлової угоди; 3) інші договори, що можуть бути окремо укладені для здійснення додаткових послуг з обробки (оброблення) вантажів. Усі перелічені договори взаємопов'язані з договором перевезення вантажу у прямому змішаному сполученні, оскільки у разі його відсутності у відносинах, пов'язаних із перевалкою вантажів, буде відсутній об'єкт – вантаж, що має бути переміщений з одного виду транспорту на інший.

Expert on issues of law in civil proceedings of Ukraine

Minchenko Raisa

Doctor of Law, Professor,
Honoured Lawyer of Ukraine,
Head of Public organisation «Legal Dimension», Ukraine

The introduction of such a procedural subject as a legal expert into the legal proceedings of Ukraine seems to be intended to legalize and to some extent regulate the existing practice of providing various types of scientific legal opinions, legal expert opinions, etc. to the court. However, it should be noted that the legal regulation of this issue is not yet perfect.

This scientific article explores the issue of participation of a legal expert in the civil process of Ukraine, legal regulation of the admission of a legal expert to the litigation and its legal expert report. A legal expert is compared with the *amicus curiae* legal institute, which is quite common in Europe and in the USA.

The parties in Ukrainian civil proceedings are entitled to submit to the court the expert opinion in the field of law in respect of (1) applying the analogy of law; (2) the content of the rules of foreign law in accordance with their official or generally accepted interpretation, practice and doctrine in the relevant foreign state.

The author distinguishes legal experts from other experts that can impact on the outcome of the proceedings. It is compared and concluded that a legal expert report cannot contain an assessment of evidence, indications of the reliability or unreliability of evidence, the advantages of some evidence over the others, and therefore it bears a consultative character and does not bound the judge in the decision-making process.

The author discusses whether it is viable to introduce a possibility to engage an expert institution or scientific institution to provide a legal report seeing that the more specialists involved in solving a complex legal issue, the more likely it is to find the most optimal solution. It is also proposed for a judge to be entitled to order for legal expertise himself, not only on the basis of the party's application.

Overall, the need to expand the possibilities of using *amicus curiae* institute in Ukrainian legal proceedings is emphasized. A number of proposals have been formulated to improve the provisions of procedural law, which determine participation of a legal expert in the civil process in order to bring him closer to *amicus curiae*.

Експерт із питань права у цивільному судочинстві України

Мінченко Раїса Миколаївна

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
голова ГО «Правовий вимір», Україна

Вступ

Ще з часів давньоримського права відомий принцип *jura novit curia*, що в перекладі означає «суд знає право» або «суд знає закон». Як справедливо відзначається в юридичній літературі, зміст даного принципу включає такі елементи: 1) суд знає право; 2) суд здійснює самостійне дослідження норм права безвідносно до посилання сторін на них; 3) суд самостійно застосовує право до фактичних обставин, повідомлених суду сторонами¹.

Наведене означає, що в усіх випадках саме суд остаточно визначає, яка саме правова норма та яким чином підлягає застосуванню у конкретній ситуації. При цьому неправильна юридична кваліфікація учасниками справи спірних правовідносин не звільняє суд від обов'язку застосувати для вирішення

спору належні приписи юридичних норм². Наприклад, Велика Палата Верховного Суду відзначила у п. 7.43 Постанови у справі № 924/1473/15, що суд, з'ясувавши під час розгляду справи, що сторона або інший учасник судового процесу на обґрунтування своїх вимог або заперечень посилася не на ті норми, котрі фактично регулюють спірні правовідносини, самостійно здійснює правильну правову кваліфікацію останніх та застосовує у прийнятті рішення саме такі норми матеріального і процесуального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини³. Подібним чином даний принцип застосовується й Європейським судом з прав людини, який не вважає себе зв'язаним юридичною кваліфікацією обставин справи, наведеною сторонами (наприклад, Рішення Європейського суду з прав людини у справі

¹ Терентьева Л.В. Общеправовая презумпция *jura novit curia* и отраслевая презумпция *jura aliena novit curia* международного гражданского процесса. *Право*. 2018. № 3. С. 195–213.

² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 4 вересня 2019 р. у справі № 265/6582/16-ц, провадження № 14-17цс19. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86310215>.

³ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 25 червня 2019 р. у справі № 924/1473/15, провадження № 12-15гс19. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83025253>.

«Скоппола проти Італії (№ 2)» (Scoppola v. Italy) (№ 2) від 17 вересня 2009 р., скарга № 10249/03, § 54⁴; Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Пауел та Райнер проти Сполученого Королівства» (Powell and Rayner v. the United Kingdom) від 21 лютого 1990 р., скарга № 9310/81, § 29⁵ та ін.).

Однак не даремно ціла низка науковців уважає сентенцію *jura novit curia* не принципом, а презумпцією^{6,7}, тобто припущенням, визнаючи можливість винятків із даного правила.

Правова система кожної країни постійно розвивається та ускладнюється, а обсяг нормативно-правових актів та судової практики збільшується. Водночас відбувається процес деталізації правового регулювання в окремих галузях права, що поглиблює специфіку юридичних знань у сферах земельних відносин та будівництва; фінансів, податків та бухгалтерського обліку; інтелектуальної власності, корпоративного права та міжнародних контрактів; Інтернет-маркетингу, Інтернет-банкінгу та електронної комерції тощо. Невпинний розвиток технологій та глобалізація ринків лише прискорює ці процеси, тому навіть в умовах існуючої спеціалізації судів у суддів не завжди є можливість досягнути всі нюанси правового регулювання тих чи інших питань та вникнути у специфіку тієї чи іншої діяльності настільки, щоб ухвалити виважене рішення, яке б надавало дійсно ефективний судовий захист порушеного права.

Необхідно враховувати й постійно зростаюче навантаження суддів, тоді як деякі судові справи потребують обробки й аналізу великої кількості інформації та залучення вузькоспеціалізованих фахівців у сфері права і застосування міждисциплінарних підходів до вирішення складних питань правозастосування.

Окрім того, не можна ігнорувати світові глобалізаційні процеси, які призводять до збільшення випадків застосування судами положень іноземного законодавства. Виклики, які стоять перед сучасними судьями, стають усе серйознішими, а юридичні питання – складнішими.

Усе вищезазначене зумовлює необхідність у деяких випадках надання юридичної допомоги не лише сторонам у справі, а й суду. Незважаючи на те що дане питання вже давно обговорюється в юридичних колах, досі чинне законодавство не передбачає

та навіть забороняє суду ставити перед експертом будь-які питання правового характеру (п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» від 30.05.1997 № 8).

Водночас поступово у вітчизняну судову систему внаслідок її реформування інтегруються механізми, завдяки яким судді можуть отримувати допомогу у вирішенні правових питань. Так, одним із перших таких нововведень було створення науково-консультативної ради при Верховному Суді України, завдяки плідній роботі науковців якої підвищилася наукоємність рішень найвищої судової інстанції в державі.

Ще одним кроком у даному напрямі стало запровадження в судовому процесі нового суб'єкта – експерта з питань права. Участь даного процесуального суб'єкта нерідко та небезпідставно порівнюють з інститутом *amicus curiae* (у перекладі з латини – «друг суду») ^{8,9}, який здавна використовується у судочинствах країн Європи та США та найбільшого поширення отримав у країнах системи *common law*. Наприклад, у Великій Британії, як свідчить статистика, у 40% справ, що розглядаються Верховним Судом, залучаються «друзі суду» ¹⁰. Не хутче користуватися допомогою *amicus curiae* й Європейський суд з прав людини, який у конкретних справах, зокрема, посилався на думку Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанської комісії) саме у статусі *amicus curiae* ¹¹. Така можливість передбачена Правилем 44 Регламенту Європейського суду з прав людини. На резюме *amicus curiae* даної авторитетної організації посилався у своєму рішенні й Конституційний Суд України ¹². Ще одним органом Ради Європи, який час від часу виступає в ролі *amicus curiae* за запитами конституційних та верховних судів країн-членів, є БДПЛ (Бюро з демократичних інститутів та прав людини). Нерідко беруть на себе дану функцію й інші неурядові організації.

Питання участі в судовому процесі експерта з питань права поки що є малодослідженим у вітчизняній юридичній науці. Окремі питання даної проблематики піднімалися у працях деяких науковців та юристів-практиків, серед яких: І. Бутирська, О. Карамаза, О. Константи́й, В. Круковес, Д. Кушерець, Н. Погорецька, А. Ребриш, Б. Ребриш, М. Шепітько та ін. Однак актуальність теми участі

⁴ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Скоппола проти Італії (№ 2)» (Scoppola v. Italy) (№ 2) від 17 вересня 2009 р. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/rus/?i=001-94135>.

⁵ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Пауел та Райнер проти Сполученого Королівства» (Powell and Rayner v. the United Kingdom) від 21 лютого 1990 р. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/rus/?i=001-57622>.

⁶ Логинов А.С. Правовые презумпции и технико-юридические особенности их реализации в процессе применения права. *Юридическая техника*. 2010. № 4. С. 322–326.

⁷ Терентьева Л.В. Общеправовая презумпция *jura novit curia* и отраслевая презумпция *jura aliena novit curia* международного гражданского процесса. *Право*. 2018. № 3. С. 195–213.

⁸ Константи́й О.В. *Amicus curiae* в административном судочинстві України: проблеми впровадження. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 1. С. 97–100.

⁹ Погорецька Н.В. Проблемні питання встановлення змісту іноземного права. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2015. № 1(11). URL : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2015/n1/15pnvzip.pdf>.

¹⁰ Евсеев А. Нужны ли Украине лоббисты в судах? URL : <https://blog.liga.net/user/aevseev/article/24361>.

¹¹ Майер Ж. Щодо ролі судової системи у виконанні рішень Європейського суду з прав людини. *Вісник Верховного Суду України*. 2017. № 6(202). С. 48.

¹² Рішення Конституційного Суду України від 13 червня 2019 р. № 4-р/2019. *Офіційний вісник України*. 2019. № 62. Ст. 2160.

в судовому процесі експерта з питань права та його порівняння з інститутом *amicus curiae* не можна вважати вичерпаною.

Мета статті – надання оцінки ефективності правового регулювання участі у цивільному процесі України експерта з питань права та його порівняння з традиційним правовим інститутом країн західної демократії *amicus curiae*.

Виклад основного матеріалу

Друг суду (*amicus curiae*) – це втручання третьою стороною, яка не є учасником правових дій. Ця третя сторона намагається використати суд як трибуну, щоб підкреслити пункти закону, які в іншому разі не братимуться до уваги. Як правило, третя сторона надає до уваги суду письмову аналітичну довідку. Порівняно з позовом мета втручання експертного висновку – не сперечатися з певним результатом справи, а пред'явити нейтральний правовий висновок, більш докладно роз'яснюючи застосування національних і міжнародних правових норм у правових питаннях¹³.

Не варто плутати *amicus curiae* з третьою особою як процесуальним суб'єктом, адже треті особи вступають у судовий процес для захисту власних юридичних інтересів, тоді як *amicus curiae*, як правило, діють у суспільних інтересах, які поширюються далеко за межі однієї конкретної справи. В юридичній літературі справедливо відзначають, що залучення *amicus curiae* у судовий процес особливо важливе з погляду стратегічної тяжби на захист суспільних інтересів, у справі захисту порушених прав людини, що має великий суспільний резонанс у даній справі¹⁴.

Усі дослідники сходяться на думці, що *amicus curiae* має бути незалежним від сторін спору¹⁵ та не повинен мати жодної особистої заінтересованості в результаті розгляду судової справи, у якій він надає висновок¹⁶. Запровадження інституту *amicus curiae* вирішує не тільки проблему громадського представництва під час здійснення правосуддя, а й є джерелом додаткової інформації для суду¹⁷.

У радянському цивільному процесі такого суб'єкта, як *amicus curiae*, не існувало, натомість

було запроваджено можливість залучення або вступу в судовий процес органів державної влади для надання висновків у справі на виконання своїх повноважень. Як влучно відзначив із цього приводу А.Р. Султанов, законодавець визначив як друзів суду лише державні органи¹⁸. Вказані процесуальні суб'єкти передбачені й чинним цивільним процесуальним законодавством України (ч. 6 ст. 56 ЦПК). Висновок органів державної влади чи місцевого самоврядування складається на основі аналізу відповідним органом фактичної та юридичної сторони справи й є дуже подібним до *amicus curiae* brief за тієї лише відмінності, що як *amicus curiae*, як правило, виступають неурядові організації, що не мають жодної заінтересованості у конкретній справі, тоді як органи державної влади чи місцевого самоврядування, здійснюючи управлінські владні функції у відповідній сфері, все ж є менш безсторонніми та є інститутами держави, а не громадянського суспільства.

Уведення у судочинство такого процесуального суб'єкта, як експерт із питань права, як убачається, призване легалізувати та певною мірою впорядкувати вже існуючу практику надання до суду різного роду наукових правових висновків, висновків юридичних експертиз тощо. Однак слід відзначити, що правове регулювання цього питання наразі не є досконалим.

Відповідно до ст. 114 ЦПК, учасники справи мають право подати до суду висновок експерта у галузі права щодо:

- 1) застосування аналогії закону чи аналогії права;
- 2) змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі.

Висновок експерта у галузі права не може містити оцінки доказів, указівок про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яке рішення має бути прийнято за результатами розгляду справи.

Відповідно до ч. 1 ст. 73 ЦПК, як експерт із питань права може залучатися особа, яка має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права. Рішення про допуск до участі в справі експерта з питань права та долучення його висновку до матеріалів справи ухвалюється судом¹⁹.

Як убачається з наведених положень процесуального закону, законодавець значно звузив як перелік осіб, які можуть надавати *amicus curiae* brief у вітчизняному цивільному судочинстві, так і коло питань, які можуть підніматися у ньому.

¹³ Самуоліте Й., Хоффман Д. Рекомендації з підготовки експертного антидискримінаційного висновку (*Amicus Curiae*) для судів. Київ, 2017. С. 5.

¹⁴ Блохин П.Д. О спорных моментах в понимании института *amicus curiae* и его возможного облика в российском конституционном судопроизводстве. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2015. № 1. С. 131.

¹⁵ Каменкова Л., Мирчук М. Институт *amicus curiae* в международном и национальном судопроизводстве, а также в деятельности экономического суда СНГ. *Юстиция Беларуси*. 2016. № 5. С. 28.

¹⁶ Богданди А. фон, Венцке И. К вопросу о власти международных судов: Исследование международной публичной власти и ее демократического обоснования. *Дайджест публичного права*. 2013. Вып. 2. С. 97.

¹⁷ Гамбарян А.С. Институт *Amicus Curiae* как средство обеспечения эффективности судебной политики Республики Армения. URL : <https://www.iauj.net/node/1323>.

¹⁸ Султанов А.Р. *Amicus curiae* – друг суда и российское судопроизводство. *Арбитражный и гражданский процесс*. 2011. № 6. URL : <https://center-bereg.ru/o2330.html>.

¹⁹ Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. №№ 40–42. Ст. 492.

Експертом із питань права у цивільному судочинстві може виступати лише особа, яка має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права. Дослідники слушно зауважують, що сьогодні експерти з питань права не вносяться до жодного реєстру, не атестуються, їхня діяльність не ліцензується, до їх працевлаштування чи трудового стажу жодних вимог не встановлено, а отже, будь-який юрист зі ступенем кандидата чи доктора наук вправі займатися такою діяльністю, якщо його авторитет та досвід визнаються хоча б одним з учасників процесу і суд ухвалою долучає його до участі в процесі²⁰. Очевидно, що науковий ступінь має бути саме у тій сфері, у якій надається експертний висновок. Наявність наукового ступеня повинна гарантувати певний рівень професійної підготовки такого експерта, а отже, й достовірності тих відомостей, які містяться у висновку.

При цьому виникає питання, чи може висновок у галузі права бути підготовлений групою експертів. Як убачається, для цього немає жодних перешкод за умови, що всі ці експерти відповідають вимогам, передбаченим законом. Так, наприклад, ухвалою Печерського районного суду м. Києва від 12 лютого 2020 р. у цивільній справі було залучено двох експертів із питань права²¹.

В юридичній літературі було підняте слушне питання про те, як бути суду, якщо два або більше експертів із питань права, які володіють науковим ступенем та є визнаними фахівцями в галузі права, нададуть протилежні висновки щодо оцінки одного й того ж юридичного факту²². Як убачається, незважаючи на те що висновок експерта з питань права не є доказом, до нього мають бути застосовані ті самі правила щодо вільної оцінки судом. Тобто жоден із таких висновків не повинен мати для суду заздалегідь установлені сили незалежно від того, чи підготовлений він кандидатом або доктором наук чи навіть академіком. Суд оцінює їх зміст за внутрішнім переконанням, не надаючи переваги за зовнішніми ознаками (авторитетом експерта чи організації, які його надали).

Слід підтримати норму закону про те, що висновок експерта у галузі права не є доказом, має допоміжний (консультативний) характер і не є обов'язковим для суду (ч. 1 ст. 115 ЦПК²³). Незважаючи на подібність назви, перед експертом із питань права стоять зовсім інші завдання, ніж перед судовим експертом.

²⁰ Поліводський О. Експерт у галузі права: новела процесуального законодавства чи усталена практика, закріплена в законі? URL : <http://www.lawfirmsofiya.kiev.ua/ua/news/269.html>.

²¹ Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 12 лютого 2020 р. у справі № 757/59510/19-ц. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88195055>.

²² Шепітько М.В. Про процесуальний статус судового експерта та експерта з питань права. *З нагоди 100-річчя від дня народження професора М.В. Салтєвського* : зб. матеріалів круглого столу, м. Харків, 30 жовтня 2017 р. / відп. за вип. В.Ю. Шепітько. Харків : Право, 2017. С. 76.

²³ Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. №№ 40–42. Ст. 492.

Споріднює їх лише необхідність застосування спеціальних знань. Однак якщо судовий експерт надає суду фактичну інформацію, тобто доповнює знання суду про обставини справи, то завдання експерта з питань права знаходиться в іншій площині: він надає обставинам справи юридичну оцінку, тобто характеризує, роз'яснює лише питання права, не втручаючись у питання факту. Тому його висновок за своєю суттю не може вважатися доказом. Те, що висновок експерта у галузі права не є обов'язковим для суду, є важливою ознакою незалежності суду, адже як у питаннях факту, так і у питаннях права останнє слово завжди повинне залишатися за судом.

На жаль, закон не передбачає можливості надходження висновків у галузі права від юридичних осіб, зокрема неурядових організацій, не надає таким організаціям права у найбільш резонансних справах самостійно пропонувати суду свою допомогу у вирішенні складних проблем правозастосування та не уповноважує суд за власною ініціативою звертатися до визнаних фахівців у галузі права, провідних юридичних університетів чи авторитетних неурядових організацій із проханням щодо надання *amicus curiae* brief, адже чим більше фахівців залучено до вирішення складного юридичного питання, тим більше шансів віднайти найбільш оптимальне його вирішення.

Не варто остерігатися звинувачень на адресу суддів у браку фаховості. Кожен навіть висококласний та досвідчений спеціаліст інколи потребує допомоги. Скоріше нездатність фахівця визнати свою неспроможність самостійно вирішити якусь проблему та запросити допомогу свідчить про його професійну незрілість. Не слід шукати у цьому й ознак впливу на незалежність суддів, тому що висновок експерта у галузі права не є обов'язковим для суду. У кожному окремому випадку суд сам вирішує, чи залучати відповідну особу як експерта з питань права та чи приймати його висновок до уваги під час ухвалення судового рішення, адже, як відзначив Верховний Суд, виклик експерта з питань права за заявою учасників справи є правом, а не обов'язком суду²⁴.

Вищезазначене дещо віддаляє правове регулювання участі в судочинстві експерта з питань права від традиційного розуміння *amicus curiae*, замінюючи захист важливого суспільного інтересу, вирішення фундаментальних та резонансних правових проблем виконанням утилітарної функції роз'яснення суду вимог іноземного законодавства та надання допомоги в усуненні прогалин правового регулювання окремих питань шляхом застосування аналогії права чи закону. Не заперечуючи проти важливості такої роботи, слід усе ж таки наголосити на необхідності розширення можливостей використання *amicus curiae* brief у вітчизняному судочинстві.

²⁴ Постанова Другої судової палати Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 20 лютого 2020 р. у справі № 824/168/19, провадження № 61-22044ав19. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87888082>.

Роль «друга суду» не зводиться до експертної діяльності, яка за своїм визначенням є об'єктивною і неупередженою. Навпаки, «друг суду» виконує важливу функцію вираження думки тієї чи іншої частини суспільства по тих важливих, суспільно значущих питаннях, які є предметом судового розгляду²⁵. Звичайно, цієї функції експерт із питань права нині жодним чином не виконує.

Висновки

Таким чином, можна позитивно оцінити появу в українському цивільному судочинстві такого суб'єкта, як експерт із питань права, який надає суду допомогу у вирішенні складних питань правозастосування, якщо під час вирішення справи у суду

²⁵ Вайпан Г. Мнение юриста Института Григория Вайпана: «Друг суда» (amicus curiae) в российском конституционном судебном процессе: кто он такой и зачем он нужен? URL : https://zakon.ru/blog/2015/5/28/mnenie_yurista_instituta_grigoriya_vajpana_drug_suda_amicus_curiae_v_rossijskom_konstitucionnom_sude.

є потреба застосувати норми іноземного законодавства або усунути прогалини у правовому регулюванні суспільних відносин шляхом застосування аналогії закону чи аналогії права. Однак слід констатувати, що правове регулювання порядку участі в судовому процесі експерта з питань права дещо звужує його можливості порівняно з традиційним для країн західної демократії інститутом *amicus curiae*, який передбачає можливість залучення до судового процесу більш широкого кола осіб та вирішення значно ширшого кола питань. У зв'язку із цим пропонуємо закріпити у процесуальному законодавстві можливість надання висновків у галузі права не лише фізичним особам, а й неурядовим організаціям (за умови, звичайно, що особи, які готуватимуть висновок, відповідатимуть вимогам, які пред'являються законом до експерта з питань права), а також зняти існуючі обмеження щодо кола правових питань, які можуть бути висвітлені у таких висновках або принаймні розширити коло цих питань.

Non-contractual liability of event organisers, sports organisations and owners of sports facilities**Oblakova Olena***LL.M. International Sports Law,**PhD Student of the Department of International Law**Yaroslav Mudry National Law University, Ukraine*

This article explores the specificities of non-contractual liability of event organisers, sports organisations and owners of sports facilities. It is noted that the legislation of most states establishes a general obligation of legal entities to ensure the safe environment for the event execution. Violation of the above-mentioned obligation gives rise to a civil liability of event organisers. Additional regulations determine the amounts of compensation in case of damages to a person's health or property caused by the destruction of the sports facilities or inadequate technical equipment. We find out that the legislation of some states expressly prohibits to restrict the rights of the injured participants or to limit the civil liability of event organisers for causing damage to the life, health, property or environment in the contract. This article also examines the sports tort cases in which the finding of liability has been overturned on the grounds of practical impossibility to prove the breach of event organiser's security obligation and duty of care. It has been shown how, in particular circumstances, the injury to life and health of the events' participants may be beyond the scope of the events organisers' liability. Attention is drawn to the sufficiency and adequacy of measures taken by competition organisers. We determine the criterion for the adequacy of preventive measures based on the assessment of their necessity for the protection of life and health of the participants and the specific event risks. Also, we assert that total amount for the organisers' expenditures for the safety/security measures should be proportional to risks and possible damages. The obligation of event organisers to ensure safety of the competitions is manifested, inter alia, in the establishment of standards and requirements to be met by the trainers and sports instructors. The general principle, confirmed by analysis of the rules governing the civil liability issues in sport, is that the event organiser has a key role as a guarantor for the integrity of the competitions, ensuring individual security and public safety in the context of tournaments.

Деліктна відповідальність організаторів спортивних змагань, спортивних організацій та власників об'єктів спорту**Облакова Олена Сергіївна***магістр права спеціальності «Міжнародне спортивне право»,**здобувач кафедри міжнародного права**Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна***Вступ**

Важливі питання, які потребують вирішення у межах спортивного права України, стосуються цивільно-правової відповідальності організаторів спортивних змагань, спортивних організацій, власників об'єктів спорту. У даному дослідженні ми пропонуємо проаналізувати правове регулювання зазначених питань у різних юрисдикціях та визначити правові норми у законодавстві провідних країн світу, порушення яких може стати підставою покладення матеріально-правових заходів впливу на зазначених суб'єктів. Вироблення теоретичних положень у процесі дослідження зазначених питань сприятиме поліпшенню розуміння відповідальності організаторів спортивних заходів, яку вони несуть за безпеку під час проведення змагань, та вдосконаленню судової практики у сфері спортивних правовідносин.

Мета статті – розгляд деліктної відповідальності організаторів спортивних змагань, спортивних організацій та власників об'єктів спорту.

Виклад основного матеріалу

В Україні норми, які безпосередньо спрямовані на регламентацію діяльності організаторів спортивних змагань, спортивних організацій, власників об'єктів спорту та містять вимоги до місць проведення спортивних заходів, можна знайти у Конституції України, Цивільному, Господарському, Земельному кодексах, законах України «Про Генеральну схему планування території України», «Про основи містобудування», «Про архітектурну діяльність», «Про комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду», «Про землеустрій», інших законах, у Державних будівних нормах, Санітарних правилах утримання місць зайняття фізичною культурою і спортом тощо. Відповідно до ч. 18 ст. 48 Закону України «Про фізичну культуру і спорт», організатори фізкультурно-оздоровчих або спортивних заходів, власники спортивних споруд, фізкультурно-спортивного спорядження та обладнання зобов'язані забезпечувати безпечні умови життя і здоров'я відвідувачів та користувачів

спортивних споруд, користувачів фізкультурно-спортивного спорядження та обладнання, а також не завдавати шкоди довкіллю та здійснювати відповідні заходи з охорони й безпеки згідно з правилами, встановленими Кабінетом Міністрів України відповідно до закону.¹

У Росії, відповідно до ч. 6 ст. 37 Федерального закону про спорт, особи, у власності або у володінні яких знаходяться об'єкти спорту, забезпечують належне технічне обладнання місць проведення фізкультурних та спортивних заходів відповідно до вимог технічних регламентів, національних стандартів, норм, правил та вимог, установлених органами державного контролю (нагляду), санітарними правилами, та несуть відповідальність відповідно до законодавства Російської Федерації за завдання шкоди життю та здоров'ю осіб, що здійснюють зайняття фізичною культурою і спортом на таких об'єктах спорту. Крім того, Містобудівний кодекс Росії містить окрему норму, що встановлює обов'язок відшкодувати шкоду та виплатити компенсацію до 3 млн руб. у разі заподіяння шкоди особі або її майну, майну юридичної особи внаслідок руйнування, пошкодження будівлі, споруди, порушення вимог до забезпечення безпечної експлуатації будівлі, споруди власником такої будівлі, споруди (якщо такий власник не доведе, що порушення виникло внаслідок умислу потерпілого, дій третіх осіб або надзвичайної та непереборної за даних умов обставини (непереборної сили)).²

Відповідно до ст. 309 ЦК Німеччини, організатор спортивних змагань не має права виключати або обмежувати юридичну відповідальність за заподіяння шкоди життю та здоров'ю особи в умовах договору. Це положення поширює свою дію на всі спортивні організації, клуби та їхні органи, а також на призначених ними уповноважених осіб. Отже, у Німеччині неприпустимими є обмеження розміру вимог потерпілого, виключення певних видів завданої шкоди або скасування обов'язку виявляти належний ступінь дбайливості та обачності. Сфера застосування ст. 309 ЦК Німеччини охоплює як договірні, так і деликтні вимоги про відшкодування шкоди. Щодо інших видів шкоди, які не стосуються життя та здоров'я спортсменів, організатори змагань, відповідно до німецького права, мають можливість обмежити свою відповідальність за шкоду, спричинену через легку необережність, але жодним чином не за злочинну недбалість або умисел (ст. 309, п. 7 б ЦК Німеччини). Будь-які умови, які нав'язуються організаторами спортивних змагань через статутні документи або прямі договори зі спортс-

менами та суперечать законодавчим положенням, є нікчемними.³

У французькому цивільному кодексі діє правило щодо безвинної відповідальності (*Responsabilite de plein droit*) по відношенню до шкоди, заподіяної здоров'ю неякісними будівлями та спорудами, яке поширюється на організаторів спортивних заходів та осіб, у власності або у володінні яких знаходяться спортивні об'єкти. У Франції відповідач не має можливості захищатися, навіть якщо він доведе, що прийняв усі запобіжні заходи та діяв відповідно до здорового глузду та доброї волі.⁴

Таким чином, загальним обов'язком організатора спортивного заходу у будь-якій юрисдикції є обов'язок надати у розпорядження учасникам спортивного заходу належну для проведення змагань споруду, захистити їх від небезпек, які виходять поза межі звичайного для відповідного виду спорту ризику і яких учасники не можуть передбачити й самостійно розпізнати. Цей обов'язок організатор має як по відношенню до своїх контрагентів, так і по відношенню до третіх осіб, які як виняток, не маючи договірних відношень, приймають участь у спортивному заході.⁵

Характер та обсяги заходів безпеки, яких має вжити організатор спортивного заходу, слід установлювати залежно від того, якою мірою вони є необхідними для захисту здоров'я та життя спортсменів. Критерій достатності заходів безпеки у цьому відношенні може виражатися через те, що звичайна досвідчена, обачлива, обережна та свідомо особа (організатор змагань) вважає за достатнє, щоб захистити від травм учасників заходу.

Наведемо випадок, який для розкриття теми деликтної відповідальності спортивних організацій описує у своїх роботах швейцарський дослідник спортивного права Ульріх Хаас. Певна спортивна організація щорічно організовувала змагання з гірського бігу. Спортивний захід відбувався на дистанції з різницею висот у 2 000 м. На участь у забігу подали заявки 700 бігунів. Організатор змагань рекламував спортивну подію брошурами, в яких, окрім умов участі, містилися такі вказівки: «Відповідно до прогнозу погоди та особистих потреб кожного, учасники змагання – спортсмени самі відповідають за достатній одяг на всій дистанції (взуття для кросів, шапки, рукавички тощо). Температура повітря може коливатися». У день змагань організатор додатково оприлюднив перед стартом прогноз погоди для району вершини гори, в якому було зазначено, що на вершині можна очікувати температури від 2 до 4 градусів за Цельсієм. У прогнозі було окремо надано пораду

¹ Про фізичну культуру і спорт: Закон України від 24.12.1993 № 3809-XII. Ст. 48. Дата оновлення: 25.04.2019. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3808-12> (дата звернення: 14.10.2019).

² Градостроительный кодекс Российской Федерации : Федеральный Закон Российской Федерации от 07.06.2013 № 108-ФЗ. Ч. 1. Ст. 60. URL : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_51040/.

³ Ulrich Haas, Dirk-Reiner Martens. Sportrecht – Eine Einführung in die Praxis. Schulthess Juristische Medien AG. 2011. S. 183.

⁴ Егорова М.А., Крылов В.Г., Романов А.К. Деликтные обязательства и деликтная ответственность в английском, немецком и французском праве : учебное пособие. Москва : Юстицинформ, 2017.

⁵ Ulrich Haas, Dirk-Reiner Martens. Sportrecht – Eine Einführung in die Praxis. Schulthess Juristische Medien AG. 2011. S. 185.

одягтися тепло й відповідно. Один зі спортсменів, який приймав участь у змаганні, був одягненим у короткі штани та спортивну сорочку-безрукавку. На висоті близько 2 700 м цей спортсмен був не здатний продовжувати бігти у зв'язку з переохолодженням. Хоча негайно було вжито рятувальних заходів, ця особа померла від переохолодження ще під час транспортування вертольотом.

На думку дослідника, організатор спортивних змагань виступає у ролі певного гаранта перед учасниками заходу, несе певний обов'язок у межах розумного робити все необхідне для того, щоб попередити заподіяння шкоди. За обставинами справи порушення обов'язку з боку організатора могло полягати у тому, що він, незважаючи на несприятливі погодні умови (14 градусів у районі старту, 2 градуси у районі вершини у поєднанні з можливим снігопадом на висоті до 2 400 м), не скасував змагання. Але слід взяти до уваги, що такий обов'язок щодо скасування не випливає із закону. До істотних обставин, які слід урахувати під час вирішення такої справи, належать конкретна траса, погодні умови на ній, очікування учасників, обов'язки організатора, визначені у правилах змагання. У даному разі цивільно-правова відповідальність може мати місце, якщо діяльність організатора кваліфікувати як порушення обов'язків, коли, незважаючи на поінформованість спортсменів про погодні умови, цим бігунам, які також мали бути одягнені відповідно до даних, повідомлених організатором, і мати необхідну фізичну підготовку, загрожували додаткові пов'язані із цим спортивним заходом небезпеки, які виходили поза межі відомих, очікуваних та типових.⁶

Порушення обов'язку організатором заходу у даному разі може полягати також у тому, що він не провів на старті контролю одягу. Але, з іншого боку, слід також мати на увазі, що оснащення того чи іншого спортсмена значною мірою залежить від індивідуальних особливостей його організму та його витривалості. тому порушення обов'язку організатором не можна одразу ж убачати в тому, що він не дискваліфікував зі змагання «легко одягненого бігуна». Водночас таким легким одягом для бігу унеможлиблювалося досягнення фінішу. Отже, обов'язок та/або право втручання організатора існує у принципі. Спірним питанням залишається, якою мірою організатор міг здійснити свій обов'язок на практиці, оскільки у забігу брали участь близько 700 бігунів. За такої кількості учасників індивідуальний контроль усіх спортсменів був практично нездійсненним і тому, напевно, неприйнятним. У всякому разі контроль одягу учасників зайняв би кілька годин навіть у разі залучення більшої кількості персоналу і був би несумісним із характером спортивного змагання (любительський біг).⁷

⁶ Ulrich Haas, Dirk-Reiner Martens. Sportrecht – Eine Einführung in die Praxis. Schulthess Juristische Medien AG. 2011. S. 185–186.

⁷ Ulrich Haas, Dirk-Reiner Martens. Sportrecht – Eine Einführung in die Praxis. Schulthess Juristische Medien AG. 2011. S. 185.

Сутність будь-якого спортивного змагання полягає у тому, що спортсмени змагаються між собою у схожому наборі навичок із метою виявлення та уніфікованого порівняння досягнень людей у фізичній, інтелектуальній та іншій підготовці. У професійних видах спорту групування спортсменів за змішаними рівнями здібностей майже не зустрічається. Це пояснюється тим, що спортивні керуючі органи, передусім із метою підтримки конкуренції, певного силового балансу між командами та, звичайно, із міркувань безпеки, застосовують багаторівневу систему ліг. Вихід у вищу лігу та можливість повернення, переходу у нижчу лігу забезпечують, що учасники змагаються на відповідному рівні майстерності.

У справі «Крейвен проти Річеса» Апеляційний суд Англії та Уельсу притягнув до цивільно-правової відповідальності організаторів змагань із мотоспорту, які проводили гонки для спортсменів із різним рівнем спортивної майстерності. Як наслідок порушення вимог кваліфікації учасників відповідно до їхнього професійного рівня один зі спортсменів потрапив в аварію. Аварія сталася через перешкоди, які створювали недосвідчені учасники, що їхали повільніше і, таким чином, заважали йому пересуватися. Через аварію спортсмен набув хронічну хворобу. Апеляційний суд задовольнив позов про компенсацію збитків за шкоду, заподіяну здоров'ю спортсмена, встановивши, що стандарт безпеки проведення змагання включав обов'язок організаторів щодо забезпечення умов, відповідно до яких групи учасників із різними рівнями здібностей повинні були змагатися окремо.⁸

Обов'язок організатора спортивного змагання забезпечити безпеку проведення спортивного заходу проявляється у тому числі у визначенні стандартів та вимог, яким повинні відповідати тренери та спортивні інструктори. Своєю чергою, обов'язки тренерів, як правило, закріплюються у спеціальних положеннях про кваліфікаційні іспити. До першочергового стандарту, якого має дотримуватися тренер, належать обов'язок з інформування та інструктування. При цьому він має, зокрема, враховувати досягнутий рівень підготовки та вік спортсмена. Наприклад, особа, яка є членом парашутного клубу й навчається стрибкам із парашутом, бере участь у заняттях, запропонованих клубом, під керівництвом тренера. Під час інструктування тренер забуває вказати на небезпечність для стрибків взуття одного зі спортсменів, а саме взуття має гачки, за які потім, під час тренувального стрибка, зачіпляється парашут і внаслідок цього неправильно розкривається. Через це спортсмен отримує тяжкі травми.

У цьому разі тренер має понести відповідальність за винне порушення свого обов'язку щодо роз'яснення

⁸ Справа «Крейвен проти Річеса» (2001 р.), Апеляційний суд Англії та Уельсу, цив. 375. URL : <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/100.html>.

та інструктування. Крім того, спортсмен має право вимагати грошової компенсації за шкоду, заподіяну його здоров'ю, від спортивної організації.

Слід відзначити, що тренер або спортивний інструктор має задовольняти вимогам, яких можна очікувати від обачного та досвідченого представника цієї професії з розумних міркувань. Деякі випадки завдання шкоди здоров'ю спортсмена не охоплюються відповідальністю організаторів через неможливість доведення порушення їхнього обов'язку із забезпечення безпеки.

Так, у справі «Урен проти «Корпорейт Леже» та Орса» Високий суд Англії та Уельсу відхилив вимоги позивача про відшкодування збитків, завданих здоров'ю у результаті нещасного випадку, який трапився під час спортивної події на авіабазі ПВС Великобританії. Один з учасників спортивних змагань (позивач) пірнув униз головою у надувний басейн під час естафети та отримав травми, які призвели до захворювання, діагностованого як «тетраплегія». Потерпілий намагався довести, що організатори спортивної події порушили свій обов'язок забезпечити безпеку проведення змагання, не заборонивши пірнати у надувний басейн униз головою. У цій справі суд дійшов висновку, що переваги прийняття участі у грі переважали над ризиками отримати травму (які були дуже низькими), а організатори прийняли всі «в розумній мірі» необхідні заходи безпеки.⁹

Слід також зазначити, що обсяг витрат на забезпечення безпеки учасників спортивних змагань має співвідноситися з вірогідністю настання ймовірної шкоди. Тобто ризики заподіяння шкоди здоров'ю або життю учасників спортивних подій, які є малоімовірними, далекими від реальності, можуть не враховуватися організаторами. Однак якщо вжиття заходів безпеки є необхідним з очевидних причин, фінансові міркування мають відігравати лише другорядну роль. Якщо спортсмен отримує травму під час спортивного заходу, то першочерговим питанням, яке вирішуватиме суд під час розгляду справи про можливість застосування заходів цивільно-правової відповідальності до організатора спортивного заходу, є, чи шкода, заподіяна здоров'ю спортсмена, була результатом реалізації особливого ризику, який він повинен був попередити під час підготовки проведення спортивної події, або ж шкода настала як звичайний наслідок реалізації неминуче пов'язаного із заняттям спортом ризику для життя.¹⁰

Важливі аспекти деліктної відповідальності у даній сфері стосуються відповідальності спортивних організацій за дії третіх осіб. За загальним правилом, встановленим у ст. 1172 ЦК України,

юридичні або фізичні особи відшкодовують шкоду, завдану їхніми працівниками під час виконання ними своїх трудових (службових) обов'язків.¹¹

До третіх осіб, за дії яких можуть відповідати спортивні організації, відносяться особи, які з відома та за бажанням спортивної організації займаються певною спортивною діяльністю. Зокрема, це можуть бути будь-які працівники, призначені ними, завідувачі спортивного обладнання, тренери, спортивні судді, арбітри, директори, охоронці спортивної споруди, інші функціонери тощо.

Відповідальність організаторів спортивних заходів за делікти, вчинені третіми особами, можна розглядати як «юридико-технічний спосіб» покладення відповідальності на дійсно відповідальну особу.¹²

Питання щодо цивільно-правової відповідальності організаторів спортивних заходів за дії третіх осіб є самостійним предметом наукового дослідження.

Висновки

Цивільно-правова відповідальність із завдання шкоди організаторами спортивних змагань, спортивними організаціями, власниками об'єктів спорту має свої особливості. Законодавство розвинених країн установлює загальний обов'язок зазначених суб'єктів спорту забезпечувати безпечні умови життя і здоров'я відвідувачів та користувачів спортивних споруд, користувачів фізкультурно-спортивного спорядження та обладнання, а також не завдавати шкоди довкіллю та здійснювати відповідні заходи з охорони та безпеки. Порушення загального обов'язку забезпечити належне технічне обладнання місць проведення фізкультурних та спортивних заходів є підставою настання деліктної відповідальності у спорті. Окремі норми законів деяких держав установлюють розміри компенсацій у разі заподіяння шкоди особі або її майну, майну юридичної особи внаслідок руйнування, пошкодження спортивної споруди, порушення вимог до забезпечення її безпечної експлуатації. Законодавство Німеччини забороняє організаторам спортивних заходів обмежувати юридичну відповідальність за заподіяння шкоди життю та здоров'ю особи в умовах договору; неприпустимими є обмеження розміру вимог потерпілого, виключення певних видів завданої шкоди або скасування обов'язку виявляти належний ступінь дбайливості та обачності.

Встановлено, що деякі випадки завдання шкоди здоров'ю спортсмена не охоплюються відповідальністю організаторів через неможливість доведення порушення їхнього обов'язку із забезпечення безпеки.

⁹ Справа «Урен проти «Корпорейт Леже (ЮК) Лтд» та Орса». 2010 р. Високий суд Англії та Уельсу 46 (Суд королівської лави). URL : <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/100.html>.

¹⁰ Ulrich Haas, Dirk-Reiner Martens. Sportrecht – Eine Einführung in die Praxis. Schulthess Juristische Medien AG. 2011. S. 186.

¹¹ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Ст. 1172. URL : <https://zakon.rada.gov.ua>.

¹² Егорова М.А., Крылов В.Г., Романов А.К. Деликтные обязательства и деликтная ответственность в английском, немецком и французском праве : учебное пособие. Москва : Юстициформ. 2017. С. 260.

Для визначення характеру та обсягу заходів безпеки, яких має вжити організатор спортивного заходу, великого значення набуває критерій достатності таких заходів із погляду оцінки міри їх необхідності для захисту здоров'я та життя спортсменів та особливих ризиків, які він повинен попереджати під час підготовки проведення спортивної події. Обсяг витрат на забезпечення безпеки учасників спортивних змагань має співвідноситися з вірогідністю настання ймовірної шкоди. Обов'язок орга-

нізатора спортивного змагання забезпечити безпеку проведення спортивного заходу проявляється у тому числі у визначенні стандартів та вимог, яким повинні відповідати тренери та спортивні інструктори.

Відповідно до законодавства більшості країн, на території яких часто проводяться спортивні події, організатор спортивних змагань виступає у ролі певного гаранта перед учасниками заходу, несе певний обов'язок у межах розумного робити все необхідне для того, щоб попередити заподіяння шкоди.

Doctrinal interpretation of fiscal sanctions structure in tax and customs legislation of Ukraine

Punda Oleksandr

Doctor of Laws, Docent,

Leading Researcher of Department of Researches of General Issues of Fiscal Policy

Scientific and Research Institute of Fiscal Policy

of the University of State Fiscal Service of Ukraine, Ukraine

Khoma Valerii

Ph.D. in the field of law, Docent,

Head of the Department of Improvement of Countracaction of Customs Offences

Scientific and Research Center of Customs Affair

of the Scientific and Research Institute of Fiscal Policy

of the University of State Fiscal Service of Ukraine, Ukraine

The paper is dedicated to issues of doctrinal interpretation of fiscal sanctions structure in Tax and Customs Legislation of Ukraine. There is stressed, that understanding by all members of society of the exact content (meaning) of the rules of law is necessary for satisfactive functioning of law. In fact, conscious behavior of participants in legal relations, practical activity of subjects of law on realization of subjective rights and fulfillment of legal obligations by them are impossible without find out the content of the legal rules. Opinions on different law issues that are included in monographies, scientific papers, comments on the legislation, manuals, textbooks are characterized as authoritative and convincing, as they have deeply reasoned features and, as a rule, are based on analysis of juridical practice. This interpretation influenses on law life of society essensialy. Very often conclusions of non-official doctrinal interpretation become main content of official. Doctrinal analysis of fiscal sanctions structure in Tax and Customs Legislation of Ukraine deserves the particular payment of attention today. There is distinguished, that the Tax and Customs Legislation of Ukraine includes numbered law rules wich includes absolutely defined sanctions. Such structure of sanctions of Tax and Customs Law rules permits to provide both punitive and restorative functions of law sanctions that are provided for committing relevant administrative offenses in Customs or Tax fields.

The doctrinal interpretation assumes particularly urgent significance in the process of realization of law rules in the way of their implementation, as well as the exact identification of the meaning of legal prescriptions largely determines the correctness of legal cases. In such case, the determined disparity of fiscal sanctions structure in Tax and Customs Legislation of Ukraine could serve as a base for implementation of number of measures on amending the legislation in the part of democratization and the establishment of alternative types of penalties to avoid conflicts in the process of its applying.

**Доктринальне тлумачення структури фіскальних санкцій
у податково-митному законодавстві України**

Пунда Олександр Олегович

доктор юридичних наук, доцент,

провідний науковий співробітник відділу досліджень загальних питань фіскальної політики

Науково-дослідного інституту фіскальної політики

Університету державної фіскальної служби України, Україна

Хома Валерій Олександрович

кандидат юридичних наук, доцент,

завідувач відділу вдосконалення протидії митним правопорушенням

Науково-дослідного центру митної справи

Науково-дослідного інституту фіскальної політики

Університету державної фіскальної служби України, Україна

Вступ

У сучасних умовах розвитку міжнародних економічних відносин забезпечення сприятливих умов для вільного переміщення товарів через кордон країни

є запорукою її успішного включення до глобальних та європейських економічних процесів. У цьому контексті великого значення набуває питання побудови ефективної системи митного контролю з метою запобігання порушенням національного законодавства

та підвищення рівня фінансової стійкості бюджету країни. Водночас організаційно-правова діяльність у процесі здійснення митного контролю вимагає неухильного дотримання правил кваліфікації дій учасників митно-правових відносин. Процес правового застосування може потребувати доктринальної правової оцінки окремих правових явищ. Серед таких ми можемо назвати тлумачення структури фіскальних санкцій у податково-митному законодавстві України.

Для успішного функціонування права необхідне розуміння всіма членами суспільства точного змісту (смыслу) норм права. Саме тому в науковій і учбовій літературі значне місце відводиться проблемі тлумачення норм права як окремому виду діяльності, що спрямований на осмислення норм права, з'ясування їхнього справжнього (дійсного) змісту.

У правовій літературі питання тлумачення правових норм, у тому числі й питання понятійного аспекту способів тлумачення, досліджувалися у працях таких учених, як С.В. Бобровник, Г.П. Задорожний, В.О. Котюк, Ю.М. Тодика, Ю.С. Шемшученко та ін. Водночас питання доктринального тлумачення структури фіскальних санкцій у податково-митному законодавстві України не були предметом детального аналізу сучасних науковців.

Мета статті – узагальнення теоретичних та практичних підходів до доктринального тлумачення структури фіскальних санкцій у податково-митному законодавстві України.

Виклад основного матеріалу

Тлумачення норм права – це інтелектуально-вольова пізнавальна діяльність державних органів, недержавних організацій, окремих осіб, спрямована на встановлення дійсного змісту (смыслу) норм права з метою їх правильного застосування і реалізації. Тлумачення норм права необхідне не тільки для їх практичного застосування. Як самостійний вид інтелектуальної діяльності тлумачення норм права виходить за рамки застосування права. Тлумачення має місце й у процесі правотворчості, тобто створення нормативно-правових актів: установлення нових правових приписів неможливе без їх смислового співставлення з діючими. Тлумачення відіграє певну роль і під час систематизації нормативних правових актів, оскільки з його допомогою визначаються різні системоутворюючі чинники. Аналіз правових норм із метою встановлення їх точно змісту також необхідний за будь-якої іншої форми правореалізації, крім правозастосовної. Таким чином, тлумачення норм права має універсальний характер для всіх видів (сторін) правової діяльності.

Доктринальне (наукове) тлумачення – це неофіційне роз'яснення норм права, яке здійснюється юридичною наукою, тобто науковими та дослідними установами, окремими науковцями або їх групами. Цей вид неофіційного тлумачення займає особливу

роль у всіх сферах юридичної діяльності. Судження, роз'яснення щодо різних правових проблем, що містяться в монографічних дослідженнях, наукових статтях, коментарях до законодавства, посібниках, підручниках, характеризуються авторитетом та переконливістю, тому що носять глибоко аргументований характер і побудовані, як правило, на основі аналізу юридичної практики. Таке тлумачення суттєво впливає на правове життя суспільства. Нерідко висновки неофіційного доктринального тлумачення стають головним змістом офіційного.

У контексті заявленої мети статті на особливу увагу заслуговує доктринальний аналіз структури фіскальних санкцій у податково-митному законодавстві України в контексті розгляду Конституційним Судом України справи за конституційною скаргою Б. від 12.12.2019. Беззаперечно, що судові рішення має бути законним (відповідати нормам законодавства) та справедливим. І хоча законність та справедливість – це ідеальні критерії рішення, однак можливі випадки, коли суд відмовляє у захисті прав особи на підставі певних норм закону, які є дискримінаційними або несправедливими з позиції такої особи, але не з позиції, наприклад, законного та справедливого захисту суспільного інтересу.

Відповідно до Закону України «Про Конституційний Суд України», конституційна скарга є однією з форм звернення до КСУ щодо конституційності закону чи його окремого положення, який був застосований в остаточному судовому рішенні у справі скаржника. Громадянин Б. звернувся до КСУ з конституційною скаргою щодо необхідності перевірити на відповідність Конституції України положень частини першої статті 485 МК України, що була застосована у судовому рішенні від 11 березня 2019 р. Шевченківського районного суду м. Києва у справі № 7..., відповідно до якої Постановою у справі про порушення митних правил № 0... від 21.09.2017 на нього як на агента з митного оформлення вантажів та товарів митно-брокерського департаменту ТОВ «М_С» накладено стягнення у виді штрафу в розмірі 300% несплаченої суми митних платежів, що становить 1 241 821,17 грн.

У подальшому Державною фіскальною службою України, до якої в адміністративному порядку звернувся зі скаргою Б., Шевченківським районним судом м. Києва у судовому рішенні від 11 березня 2019 р. у справі № 7... та Шостим апеляційним адміністративним судом у постанові від 10.09.2019 в порядку адміністративного судочинства йому у задоволенні скарг про скасування рішень указаних органів щодо згаданої справи про притягнення Б. до адміністративної відповідальності було відмовлено.

Заявник звертається до КСУ зі скаргою про порушення його конституційних прав через застосування до нього санкції ст. 485 МК України, яка, на його думку, суперечить закладеному у ч. 2 ст. 61 Конституції України принципу індивідуалізації юридичної відповідальності. Порушення цього

принципу заявник убачає в установленні законодавцем у ч. 1 ст. 485 МК України абсолютно визначеної санкції без визначення найнижчої та максимальної меж розміру штрафу, що не дає змоги застосувати цю норму з урахуванням принципу індивідуалізації юридичної відповідальності правопорушника. Уважаємо, що ситуація, яка має місце, вимагає доктринального аналізу структури санкцій, окреслених у митному законодавстві. Метою такого тлумачення має стати оцінка можливого порушення дотримання вимог принципу індивідуалізації юридичної відповідальності через техніко-юридичну будову конструкції санкції ч. 1 ст. 485 МК України.

Проблема полягає у певній особливості структури санкції фіскальних норм, закріплених у змісті МК України. Так, зазначимо, що ч. 1 ст. 485 МК України визначає зміст правопорушення та встановлює відповідальність за вчинення дій, спрямованих на неправомірне звільнення від сплати митних платежів чи зменшення їх розміру, а також інших протиправних дій, спрямованих на ухилення від сплати митних платежів.

Диспозиція статті передбачає як об'єктивний бік правопорушення заявлення в митній декларації з метою неправомірного звільнення від сплати митних платежів чи зменшення їх розміру неправдивих відомостей щодо істотних умов зовнішньоекономічного договору (контракту), ваги (з урахуванням допустимих утрат за належних умов зберігання і транспортування) або кількості, країни походження, відправника та/або одержувача товару, неправдивих відомостей, необхідних для визначення коду товару згідно з УКТ ЗЕД і його митної вартості, та/або надання із цією ж метою органу доходів і зборів документів, що містять такі відомості, або несплата митних платежів у строк, установлений законом, або інші протиправні дії, спрямовані на ухилення від сплати митних платежів, а також використання товарів, стосовно яких надано пільги щодо сплати митних платежів, в інших цілях, ніж ті, у зв'язку з якими було надано такі пільги.

Санкція статті є невід'ємною та обов'язковою частиною статті, що безпосередньо визначає міру можливої відповідальності виходячи із суспільної небезпечності чи шкідливості правопорушення. Саме санкція робить відповідальність дієвою. У санкції ст. 485 МК України визначено та встановлено, що за вчинення зазначених протиправних дій накладається стягнення у виді штрафу в розмірі 300% несплаченої суми митних платежів.

Доктринальний аналіз ситуації дає змогу стверджувати таке. Так, у правовій системі України санкцію правової норми прийнято розуміти як частину (елемент) правової норми, що встановлює невідгідні наслідки у разі порушення правила, визначеного в диспозиції. Санкція є спо-

собом захисту правила поведінки від можливих його порушень. Санкція передбачає певні заходи впливу, у результаті яких можуть настати негативні наслідки для особи, яка не дотримується певних правил.

Саме санкція надає юридичним нормам загальнообов'язковий характер. Санкція – це реакція держави на протиправну поведінку. Санкція адміністративної норми – це стимул до виконання розпорядження, яке міститься у нормі права. Вона може бути позитивною, яка містить обіцянку заохочення, або негативною – загрозувати покаранням¹. Одним із різновидів санкцій виступає каральна (штрафна) санкція – це санкція, що означає активне застосування заходів державного примусу особистого, організаційного або майнового характеру, що зазнає особа, яка порушила вимоги правових норм (наприклад, штраф). Частина науковців звертає увагу, що місце санкції в структурі правовідносин визначається: а) розумінням правової норми як загальнообов'язкового правила поведінки, що встановлене чи санкціоноване державою, є загальнообов'язковим для виконання усіма суб'єктами права; б) логічним взаємозв'язком санкції правової норми з іншими її структурними елементами – гіпотезою і диспозицією; в) її особливим значенням, яке полягає у тому, що санкція виступає своєрідним атрибутом правової норми². Санкція є завершальним структурним елементом податково-правової норми, зміст якої в юридичній науці поєднують із негативними наслідками для правопорушника, заходами державного впливу, покаранням³.

В юридичній літературі існують декілька видів критеріїв, за якими класифікують санкції. За ступенем визначеності змісту санкції можуть бути абсолютно визначені, відносно визначені, абсолютно невизначені (неконкретизовані). Абсолютно визначеними є санкції, що чітко і вичерпно закріплюють вид і розмір (міру) покарання, що застосовується до правопорушника (наприклад, штраф у потрібному розмірі). Абсолютно визначена санкція чітко й однозначно фіксує міру негативного впливу на несумлінного учасника адміністративних правовідносин⁴. Також абсолютно визначені санкції містять указівку на суворо фіксовану міру несприятливих наслідків, що настають для правопорушника. Тим самим вони обмежують ініціативу правоохоронних органів щодо вибору

¹ Бенедик В.І. Особливості структурної будови норм адміністративного процесуального права України. *Юрист України*. 2011. № 4. С. 59–64.

² Орехов В.Ю. Санкції в праві як елемент правового регулювання та охорони суспільних відносин : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2008. 20 с.

³ Мельник П.В. Податкова політика України. Київ : Знання України, 2011. 505 с.

⁴ Баїк О.І. Про різновиди санкцій податково-правових норм *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. № 2. Т. 1. URL : http://apnl.dnu.in.ua/2_2018/tom_1/13.pdf.

способів впливу на правопорушника. Саме тому абсолютно визначені санкції рідко зустрічаються серед найбільш суворих штрафних і каральних санкцій, що визначені у Кримінальному кодексі України⁵.

Поряд із тим наявність таких санкції зводить до мінімуму суб'єктивізм у прийнятті рішення та забезпечує більшою мірою, ніж інші різновиди санкцій, основоположний принцип невідворотності покарання за вчинене правопорушення, тому податкове та митне законодавство України містить багаточисельні правові норми, які включають абсолютно визначені санкції. Така будова санкцій норм податкового та митного права дає змогу забезпечити як каральну, так і правовідновлюючу функцію правових санкцій, передбачених за вчинення відповідних адміністративних правопорушень у митній або податковій сфері.

Також необхідно зазначити, що під час притягнення особи до юридичної відповідальності існує можливість та необхідність урахувати, а також реалізовувати всі її принципи у комплексі, тому що формальне застосування принципу індивідуалізації юридичної відповідальності на шкоду принципу невідворотності покарання через можливе повне звільнення порушника від відповідальності без визнання ним вини, компенсації завданих матеріальних збитків тощо нівелює застосування юридичної відповідальності та грубо порушує принцип справедливості, унеможливує забезпечення режиму законності в країні, зводить нанівець можливість виконання законодавством про адміністративну відповідальність завдань, що стоять перед ним. А це охорона прав і свобод громадян, власності, конституційного ладу України, прав і законних інтересів підприємств, установ та організацій, встановленого правопорядку, зміцнення законності, запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі точного й неухильного додержання Конституції і законів України, поваги до прав, честі та гідності інших громадян, до правил співжиття, сумлінного виконання своїх обов'язків, відповідальності перед суспільством⁶. У Конституції України закріплено обов'язок, відповідно до якого кожен зобов'язаний сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, установлених законом. На забезпечення виконання саме цього обов'язку спрямовані санкції ст. 485 МК України.

Щодо реалізації принципу індивідуалізації юридичної відповідальності під час провадження у справах про порушення митних правил, передбачених у статтях 468–485 МК України, необхідно

зауважити, що ст. 489 МК України «Обставини, що підлягають з'ясуванню під час розгляду справи про порушення митних правил» передбачає його реалізацію через зобов'язання посадової особи під час розгляду справи про порушення митних правил у разі з'ясування факту вчинення адміністративного правопорушення також з'ясувати: чи винна дана особа в його вчиненні, чи підлягає вона адміністративній відповідальності, чи є обставини, що пом'якшують та/або обтяжують відповідальність, чи є підстави для звільнення особи, що вчинила правопорушення, від адміністративної відповідальності, а також з'ясувати інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Також п. 2 ст. 495 МК України «Докази у справі про порушення митних правил» визначає, що посадова особа органу доходів і зборів, яка здійснює провадження у справі про порушення митних правил, оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному й об'єктивному дослідженні всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом та правосвідомістю.

Отже, через положення МК України та визначений порядок провадження у справі митного правопорушення і притягнення особи до відповідальності через застосування санкції, передбаченої ст. 485 МК України, можуть бути реалізовані всі потрібні заходи щодо забезпечення прийняття рішення з урахуванням принципу індивідуалізації, зокрема й того, що особа порушника, згідно із зібраними доказами, діяла умисно, маючи спеціальні знання у сфері оформлення необхідних документів щодо переміщення товарів через митний кордон України. Такі дії, характеризуючи особу порушника, впливають на визначення його вини та міри відповідальності, що відповідає встановленій у ст. 485 санкції. Те, що у справі про порушення митних правил (протоколі про порушення митних правил) не визначено пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин, може говорити про їх відсутність, а не про неможливість їх урахування. Поряд із тим у п. 1 ст. 487 МК України «Правове забезпечення провадження у справах про порушення митних правил» зазначено: «1. Провадження у справах про порушення митних правил здійснюється відповідно до цього Кодексу, а в частині, що не регулюється ним, – відповідно до законодавства України про адміністративні правопорушення». Тобто, провадження у справах про порушення митних правил передбачає використання положень КУпАП. А отже, для з'ясування наявності пом'якшуючих обставин, які не визначені законодавством у МК України, посадова особа, що розглядає справу, може та повинна використовувати положення Кодексу України про адміністративні правопорушення, зокрема ті, що зазначені у ст. 34 КУпАП.

Водночас особливу увагу привертає висловлена у скарзі думка про невідповідність положень

⁵ Сопронюк А. Классификация уголовно-процессуальных санкций. *Историко-правовой часопис*. 2015. № 2. URL : http://nbuv.gov.ua › j-pdf/ipch_2015_2_39.

⁶ Битяк Ю.П. Адміністративне право України. Київ : Юрінком Інтер, 2007. 544 с.

ст. 485 МК України положенням ст. 41 Конституції України, про право володіння, користування чи розпорядження своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, а також положенням ст. 48 про право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло. За такої логіки будь-який фінансовий чи матеріальний утиск, що зазнає правопорушник через застосування до нього стягнення у вигляді штрафу чи конфіскації, може розцінюватися як незаконне порушення його конституційних прав. Але це суб'єктивний підхід, що суперечить принципам права. До того ж запровадження альтернативного виду стягнення (наприклад, від 300% до 500% неоподаткованих доходів громадян) не змінить обмежувального характеру штрафної санкції.

Висновки

Особливо великого значення доктринальне тлумачення набуває під час реалізації правових норм шляхом їх застосування в силу того, що точне встановлення смислу правових приписів значною мірою зумовлює правильність вирішення юридичних справ. У цьому разі встановлена невідповідність структури фіскальних санкцій у податково-митному законодавстві України може послужити основою для запровадження низки заходів із внесення змін до законодавства у частині його демократизації та встановлення альтернативних видів стягнень із метою уникнення конфліктних ситуацій у разі їх правозастосування.

The concept and features of criminal procedural sanctions*Soproniuk Oleksandr**Postgraduate Student of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics
Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine*

The rules of criminal procedural law perform not only protective but also regulatory functions. Failure to comply with the disposition of the criminal procedural norm means the emergence of protective criminal procedural relations in which through criminal procedural responsibility implement negative criminal procedural sanctions. However, the situation regarding the enforcement of the rule of criminal procedural law within the framework of regulatory criminal procedural relations remains unaddressed. Under the traditional approach to criminal procedural liability, the above situation involves not three, but only two elements of the criminal procedural norm – hypothesis and disposition. The sanction is out of use. In this way, the whole notion of criminal procedural norm is broken. It is noted that criminal procedural sanction contains an indication of any adverse consequences for the offender of violation or failure to comply with the disposition, and not only his punishment. Until the moment of committing a procedural offense, criminal procedural sanctions remain potential.

It is established that criminal procedural sanction is an element of the norm of criminal procedural law, which contains both negative consequences of non-compliance or non-compliance with the disposition of the criminal procedural norm, as well as approvals, permissions related to the implementation of this disposition, applied by state bodies and officials of criminal proceedings, as well as a summary assessment of the decisions, actions or omissions of participants in criminal procedural relations.

Criminal procedural sanctions are one of the criminal procedural guarantees. They are intended to ensure the reality of the exercise of the rights and obligations of the parties to criminal procedural relations. Within the limits of criminal procedural law, sanctions are components of the mechanism of criminal procedural regulation. They have a close relationship with the procedural rights and obligations set out in the Criminal Procedure Code. Without procedural rights and obligations, out of relation to them, sanctions in criminal proceedings lose their social purpose and meaning.

The aim of the article is to find out the essence of criminal procedural sanctions. Analyzing Criminal Procedure Code of Ukraine, sights of researchers, the author directs the vision of questions that enter into an object of research.

Поняття та ознаки кримінальних процесуальних санкцій*Сопронюк Олександр Андрійович**аспірант кафедри кримінального процесу і криміналістики
Львівського національного університету імені Івана Франка, Україна***Вступ**

Узятий українським законодавцем курс на швидке ухвалення реформ, зокрема у сфері кримінальної юстиції, підштовхує його до оперативної регламентації кримінальних процесуальних правовідносин. Без сумніву, це позначається на якості кримінального процесуального права.

Така якість визначається, серед іншого, змістовним наповненням його норм. Необхідність підвищення ефективності кримінальних процесуальних норм ставить перед доктриною кримінального процесу завдання вирішення як загальних, так і окремих проблемних питань, що мають велике науково-практичне значення.

Одним із цих питань є санкції у кримінальному провадженні. Вони належать до кола фундаментальних категорій кримінальної процесуальної науки.

Мета статті – дослідження суті кримінальних процесуальних санкцій.

Виклад основного матеріалу

У визначеннях санкцій у кримінальному судочинстві, запропонованих дослідниками, переважає

підхід, згідно з яким ними вважають різного роду негативні наслідки для учасників кримінальних процесуальних відносин.

Так, А.І. Столмаков під санкцією кримінального процесуального права розуміє вказівку на заходи державного примусу в разі недотримання норм кримінального процесуального права. При цьому він зазначає, що з визначення санкції як вказівки на заходи державного примусу зовсім не впливає, що загроза застосування державного примусу, яка виражена у санкції кримінальної процесуальної норми, – основний спосіб забезпечення законності. Велике значення тут мають переконання, виховання, заходи громадського впливу тощо, тому приписи процесуальних норм можуть здійснюватися добровільно, свідомо¹.

Із такого трактування поняття «санкції у кримінальному провадженні» вбачається, що хоча автор і пов'язує зміст санкції з потенційною можливістю застосування заходів процесуального примусу, проте слушно робить застереження, що, крім таких

¹ Столмаков А.І. Поняття и классификация санкций норм уголовного-процессуального права. *Правоведение*. 1977. № 3. С. 40–46.

заходів, є чимало інших регуляторів кримінальних процесуальних відносин. Саме на цьому наполягають прихильники концепції позитивної кримінальної процесуальної відповідальності.

На думку А.С. Бахти, санкція кримінальних процесуальних норм – це визначення примусових заходів, що застосовують у разі правопорушень під час провадження у кримінальних справах².

Ця дефініція, крім вузького тлумачення аналізованої категорії кримінального процесуального права, не позбавлена й інших недоліків. Найбільшим із них є помилкове визначення підстави для застосування кримінальних процесуальних санкцій. Учинення кримінального процесуального правопорушення є фактичною підставою для реалізації кримінальної процесуальної відповідальності. Натомість підставою для застосування санкції кримінальних процесуальних норм є невиконання, недотримання їхньої диспозиції.

На думку С.О. Полуніна, санкція є обов'язковим структурним елементом кримінальної процесуальної норми, що передбачає несприятливі наслідки, які настають для суб'єкта процесуальних правовідносин у разі невиконання або неналежного виконання вимог правової норми³.

Хоча у цьому визначенні правильно акцентовано увагу на підставах для застосування санкцій кримінальних процесуальних норм, проте воно не містить інших ознак, що характеризують цю категорію. З огляду на це, така дефініція не може претендувати на повноту.

Означені вище позиції до розуміння санкцій у кримінальному провадженні, на нашу думку, не враховують усіх положень Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України).

Так, відповідно до абзацу 1 ч. 1 ст. 257 КПК України, якщо в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії виявлено ознаки кримінального правопорушення, яке не розслідується у даному кримінальному провадженні, то отримана інформація може бути використана в іншому кримінальному провадженні тільки на підставі ухвали слідчого судді, яка постановляється за клопотанням прокурора. У цій частині закріплені гіпотеза та диспозиція кримінальної процесуальної норми. Натомість її санкцію визначено в абзаці 2 цієї ж частини. Слідчий суддя розглядає клопотання згідно з вимогами статей 247 та 248 цього Кодексу і відмовляє у його задоволенні, якщо прокурор, окрім іншого, не доведе законність отримання інформації та наявність достатніх підстав уважати, що вона свідчить про виявлення ознак кримінального правопорушення⁴. У цьому разі кримінальною проце-

суальною санкцією є потенційно можливий позитивний результат, що виражається у погодженні, дозволі.

Тож із наведених вище визначень поняття «санкції норм кримінального процесуального права» випливає, що дослідники розглядають цю категорію винятково у значенні негативної санкції, спрямованої проти відступів від диспозицій кримінальних процесуальних норм.

Водночас вони не заперечують того, що норми кримінального процесуального права виконують не тільки охоронні, а й регулятивні функції. Недотримання диспозиції кримінальної процесуальної норми означає виникнення охоронних кримінальних процесуальних відносин, у яких шляхом кримінальної процесуальної відповідальності реалізують негативні кримінальні процесуальні санкції. Однак поза увагою залишається ситуація, пов'язана з виконанням диспозиції норми кримінального процесуального права в межах регулятивних кримінальних процесуальних відносин. За традиційного підходу до кримінальної процесуальної відповідальності у вищевказаній ситуації задіяні не три, а тільки два елементи кримінальної процесуальної норми – гіпотеза і диспозиція. Санкція опиняється поза застосуванням. У такий спосіб розривається цілісне поняття кримінальної процесуальної норми.

Від вищевикладених дефініцій санкції у кримінальному провадженні відрізняється визначення цього поняття, сформульоване З.П. Ковригою. Під кримінальною процесуальною санкцією вона розуміє засноване на процесуальному законі заохочення за певну заслугу або осуд того, хто вчинив процесуальне правопорушення, у чому проявляється позитивна або негативна оцінка поведінки суб'єкта у сфері кримінального судочинства⁵.

Основною відмінністю цього визначення поняття «санкція у кримінальному провадженні» від попередніх є його розгляд у широкому розумінні: не лише як потенційні негативні наслідки вчинення процесуального правопорушення, а й як заохочення за певну заслугу.

Однак про яке заохочення та про яку заслугу йдеться? На думку вченої, заслугою є поведінка, що перевищує звичайні правові вимоги. Заохочувальні санкції забезпечують заінтересованість суб'єктів у своїй діяльності у кримінальному судочинстві, підтримують стабільність кадрів службових осіб, підвищують відповідальність суб'єктів за свою діяльність. Як приклад заохочувальної санкції З.П. Коврига навела окрему ухвалу суду на адресу посадових осіб органів правопорядку, винесену у зв'язку з проявленою мужністю у боротьбі зі злочинністю⁶.

⁵ Коврига З.Ф. Уголовно-процессуальная ответственность. Воронеж : Воронеж. ун-т, 1984. С. 59.

⁶ Коврига З.Ф. Уголовно-процессуальная ответственность. Воронеж : Воронеж. ун-т, 1984. С. 45.

² Бахта А.С. К вопросу о структуре уголовно-процессуальных норм. *Вестник Московского университета МВД России*. 2009. № 6. С. 85.

³ Полунин С.А. Уголовно-процессуальные санкции и особенности их применения: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности» ; Саратовская государственная академия права. Саратов, 1997. С. 9.

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

Спробу обґрунтувати наявність заохочувальних санкцій у кримінальному провадженні зробила і С.О. Гемай, однак наведений нею приклад не видається переконливим⁷.

На нашу думку, у сфері кримінального провадження в аспекті позитивних санкцій кримінальних процесуальних норм доречніше вести мову не про заохочення, заслуги, а про погодження, дозволи. Заслуги та заохочення характерні для матеріальних галузей права, тоді як у процесуальних його галузях позитивні санкції пов'язані зі схваленням реалізації процесуальних прав, повноважень із метою забезпечення публічних інтересів.

Аналіз наведених вище визначень поняття «санкція у кримінальному провадженні» дає можливість стверджувати, що у них неповно відображено суть цієї категорії. Це зумовлено врахуванням лише деяких ознак, які характерні для неї.

Більше того, певні ознаки санкцій у кримінальному провадженні, які виокремлюють науковці, мають дискусійний характер.

Так, на думку С.О. Полуніна, однією з ознак санкції у кримінальному процесі є те, що вона знаходиться у нерозривному зв'язку з кримінальним процесуальним правопорушенням, що є фактичною підставою для її застосування⁸.

Серед ознак санкції у кримінальному провадженні справді має бути відображена підстава, за якої її можливо застосувати. Проте викликає заперечення прив'язка негативної санкції норм кримінального процесуального права до вчиненого кримінального процесуального правопорушення. Дія такої санкції зумовлена неотриманням диспозиції норми кримінального процесуального закону, тоді як учинення кримінального процесуального правопорушення є фактичною підставою для реалізації кримінальної процесуальної відповідальності.

С.О. Полунін також вважає, що у разі вчинення кримінального процесуального правопорушення процесуальна санкція стає правилом поведінки посадової особи, уповноваженої на її застосування, тобто диспозицією правової норми, забезпеченої, своєю чергою, іншою санкцією. Це пояснюється специфікою механізму кримінального процесуального регулювання, в якому за кожною правовою нормою закріплені суб'єкт, наділений владними повноваженнями⁹.

⁷ Гемай С.О. Санкції у нормах нового КПК України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2012. Вип. 20. Ч. 1. Т. 4. С. 120–121.

⁸ Полунін С.А. Уголовно-процессуальные санкции и особенности их применения : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности»; Саратовская государственная академия права. Саратов, 1997. С. 9.

⁹ Полунін С.А. Уголовно-процессуальные санкции и особенности их применения : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности»; Саратовская государственная академия права. Саратов, 1997. С. 9, 13.

Зведення санкції до рівня самої норми кримінального процесуального права означає заперечення логічної структури такої норми. Незважаючи на те що санкція кримінальних процесуальних норм та порядок її застосування тісно пов'язані, адже саме в процесі правозастосування державні органи і службові особи, наділені у кримінальному провадженні владними повноваженнями, звертаються до санкції, вважаємо, що такі правові явища не варто ототожнювати. Кримінальна процесуальна санкція визначається наявністю у своєму розпорядженні заходів, які не ідентичні тим правовим засобам, що закріплені у диспозиції норми кримінального процесуального права. Санкція у кримінальному провадженні є елементом кримінальної процесуальної норми, що містить заходи забезпечення правил, установлених у диспозиції.

Оцінивши позиції фахівців у галузі кримінального процесу, а також беручи до уваги підходи до теорії права, до ознак кримінальних процесуальних санкцій доцільно віднести таке: 1) є елементами норми кримінального процесуального права; 2) можуть містити як негативні наслідки невиконання чи дії всупереч диспозиції кримінальної процесуальної норми, так і схвалення, дозвіл, пов'язані з реалізацією цієї диспозиції; 3) застосовуються державними органами і службовими особами, які ведуть кримінальне провадження; 4) конкретизуються в акті застосування права та в межах кримінального процесуального правовідношення; 5) містять підсумкову оцінку рішень, дій чи бездіяльності учасників кримінальних процесуальних відносин.

Необхідно розкрити названі ознаки.

Кримінальні процесуальні санкції є елементом норми кримінального процесуального права. В юридичній літературі найчастіше виокремлюють три можливі елементи норми права: гіпотезу, диспозицію та санкцію.

Кримінальні процесуальні норми, на нашу думку, завжди містять гіпотезу, диспозицію і санкцію.

Процесуалісти зауважили, що здебільшого одна санкція охороняє від порушення низку однорідних процесуальних обов'язків, закріплених у кількох статтях КПК¹⁰. Саме тому санкція норм кримінального процесуального права переважно формулюється у вигляді самостійного припису.

Більше того, санкції можуть бути закріплені у різних частинах цього кодифікованого акта. Так, санкція може бути викладена в одній статті кримінального процесуального закону і поширюватися тільки на норму, викладену в цій статті (зокрема, у ч. 1 ст. 330 КПК України закріплені гіпотеза і санкція кримінальної процесуальної норми щодо пору-

¹⁰ Элькин П.С. Сущность советского уголовно-процессуального права. Ленинград : Ленинград. ун-т, 1963. С. 111 ; Коврига З.Ф. Уголовно-процессуальная ответственность. Воронеж : Воронеж. ун-т, 1984. С. 43 ; Ветрова Г.Н. Уголовно-процессуальная ответственность / отв. ред. А.М. Ларин. Москва, 1987. С. 102–103.

шення обвинуваченням порядку судового засідання, а диспозиція цієї норми встановлена у ч. 2 ст. 329 КПК України), або в одній статті кримінального процесуального закону може бути викладена санкція за порушення низки норм кримінального процесуального закону (наприклад, санкції ст. 409 КПК України у вигляді скасування або зміни судового рішення апеляційною інстанцією можуть бути застосовані за порушення багатьох норм, викладених у різних статтях кримінального процесуального закону)¹¹.

Положення, що міститься в одній статті КПК, не вичерпує всього змісту цієї правової норми, яка може бути правильно витлумачена тільки у поєднанні низки статей закону¹².

Тож структура норми кримінального процесуального закону не завжди тотожна структурі статті цього закону, а відсутність у конкретній статті кримінального процесуального закону вказівки на санкцію зовсім не означає, що її немає у системі кримінального процесуального права. Незалежно від редакційного викладу логічна структура норм кримінального процесуального права належить до числа тих правових норм, триелементна конструкція яких не викликає сумнівів¹³.

Санкція може містити як негативні наслідки невиконання чи дії всупереч диспозиції кримінальної процесуальної норми, так і погодження, дозвіл, пов'язані з реалізацією цієї диспозиції. Насамперед санкції норм кримінального процесуального закону містять вказівку на негативні наслідки, що можуть настати для учасника кримінальних процесуальних правовідносин у разі невиконання ним диспозицій цих норм. Важливо зазначити, що йдеться не про будь-які негативні наслідки, а тільки про ті, що пов'язані з осудом прийнятих процесуальних рішень, учинених процесуальних дій або бездіяльності.

Для прикладу, відповідно до ч. 8 ст. 182 КПК України, у разі невиконання обов'язків заставодавцем, а також якщо підозрюваний, обвинувачений, будучи належним чином повідомлений, не з'явився за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду без поважних причин чи не повідомив про причини своєї неявки, або якщо порушив інші покладені на нього під час застосування запобіжного заходу обов'язки, застава звертається в дохід держави та зараховується до спеціального фонду державного бюджету України й використовується у порядку, встановленому законом для використання коштів судового збору. Зазначене положення містить два елементи норми кримінального процесуального закону – гіпотезу і санкцію. Натомість диспозиція такої норми викладена у ч. 5 ст. 194 КПК України¹⁴.

¹¹ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

¹² Элькин П.С. Сущность советского уголовно-процессуального права. Ленинград : Ленинград. ун-т, 1963. С. 113.

¹³ Коврига З.Ф. Уголовно-процессуальная ответственность. Воронеж : Воронеж. ун-т, 1984. С. 44.

¹⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

Водночас у КПК України чимало санкцій, що містять погодження, дозвіл на вчинення процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень.

Застосування такого роду санкцій спричиняє виникнення, зміну або припинення кримінальних процесуальних правовідносин. Так, згідно з ч. 2 ст. 34 КПК України, питання про направлення кримінального провадження з одного суду до іншого в межах юрисдикції одного суду апеляційної інстанції вирішується колегією суддів відповідного суду апеляційної інстанції за поданням місцевого суду або за клопотанням сторін чи потерпілого не пізніше п'яти днів зі дня внесення такого подання чи клопотання, про що постановляється вмотивована ухвала¹⁵.

Окрім того, кримінальні процесуальні санкції, про які йдеться, можуть потягти зміну процесуального статусу його учасниками. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 277 КПК України, письмове повідомлення про підозру може складатися слідчим за погодженням з прокурором¹⁶.

Якщо фактичною підставою для застосування негативних кримінальних процесуальних санкцій є невиконання, недотримання диспозиції кримінальної процесуальної норми, що заслуговує на осуд, то фактичною підставою для застосування позитивних кримінальних процесуальних санкцій, навпаки, – дотримання, виконання диспозиції.

Кримінальну процесуальну санкцію застосовують державні органи і службові особи, які ведуть кримінальне провадження. На відміну від реалізації кримінальних процесуальних норм, яку можуть здійснювати всі суб'єкти кримінальної процесуальної діяльності, застосовувати такі норми, у тому числі їхні елементи, уповноважені лише державні органи і службові особи. До них належать: суд, слідчий суддя, керівник органу прокуратури, прокурор, керівник органу досудового розслідування. Серед цих державних органів та службових осіб найбільшими повноваженнями щодо застосування санкцій норм кримінального процесуального права наділені слідчий суддя, суд.

Застосування санкцій норм кримінального процесуального права є однією зі стадій правозастосування. Без такої стадії кримінальна процесуальна відповідальність була б позбавлена сенсу. У цій стадії державний орган і службова особа реалізують свої владні повноваження.

Кримінальна процесуальна санкція конкретизується в акті застосування права та в межах кримінального процесуального правовідношення. Застосування санкції кримінальних процесуальних норм адресоване лише конкретним суб'єктам кримінального провадження і стосується чітко визначених обставин.

¹⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

¹⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

Тому воно має одержати закріплення в індивідуально-правовому державно-владному приписі (правозастосовному акті), який має письмову форму виразу (наприклад, ухвала про накладення грошового стягнення; постанова про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування у разі неефективного його здійснення та призначення іншого слідчого; ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи; клопотання слідчого про проведення негласної слідчої (розшукової) дії, погоджене з прокурором).

До видання акта про застосування санкції суб'єкт, який учинив процесуальне правопорушення та якого цей акт стосується, не несе негативної кримінальної процесуальної відповідальності.

Після набрання правозастосовним актом законної сили санкція у кримінальному провадженні починає функціонувати у вигляді реального правового засобу, потенціал якого реалізується у конкретному правовідношенні. Зв'язок санкції кримінальної процесуальної норми з кримінальним процесуальним правовідношенням проявляється через права та обов'язки, встановлені диспозицією такої норми.

Кримінальна процесуальна санкція містить підсумкову оцінку рішень, дій чи бездіяльності учасників кримінальних процесуальних відносин. Санкція у кримінальному провадженні характеризується тим, що у ній відображено абстрактну оцінку поведінки учасника кримінальних процесуальних відносин. Така оцінка може полягати або в осуді, або у схваленні. Наприклад, її здійснюють прокурор у результаті вивчення постанови слідчого про закриття кримінального провадження, слідчий суддя за наслідками розгляду клопотання органу досудового розслідування чи прокурора про намір

обмежити конституційні права і свободи особи у кримінальному провадженні, суди вищої інстанції, перевіряючи судові рішення в апеляційному та касаційному порядку.

Тож кримінальна процесуальна санкція – це елемент норми кримінального процесуального права, що містить як негативні наслідки невиконання чи недотримання диспозиції кримінальної процесуальної норми, так і погодження, дозвіл, пов'язані з реалізацією цієї диспозиції, застосовується державними органами і службовими особами, які ведуть кримінальне провадження, а також містить підсумкову оцінку рішень, дій чи бездіяльності учасників кримінальних процесуальних відносин.

Висновки

Кримінальні процесуальні санкції належать до числа кримінальних процесуальних гарантій. Вони покликані забезпечити реальність реалізації прав і виконання обов'язків учасниками кримінальних процесуальних відносин.

У межах норм кримінального процесуального права, санкції є компонентами механізму кримінального процесуального регулювання. Вони мають тісний взаємозв'язок із процесуальними правами й обов'язками, викладеними у диспозиції кримінальної процесуальної норми. Без процесуальних прав та обов'язків, поза зв'язком з ними санкції у кримінальному провадженні втрачають соціальне призначення і сенс. Окрім того, санкції утворюють нормативну основу існування кримінальної процесуальної відповідальності. Порядок і форми реалізації санкцій становлять елемент механізму кримінального процесуального права.

Imam Sadiq's legal doctrine of the sources of law

Tahiev Akif

*Postgraduate Student of the Department of International Private Law and Comparative Law
Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine*

The study of Islamic law is quite relevant in the world, and therefore a large number of works on this topic is natural. However, in most of these works, Islamic law is viewed from the perspective of only Sunni law schools, since it is the majority of Muslims. This article is devoted to the eponym of a major Shi'ite madhhab - Imam Sadiq. Modern Muslim scholars call him «the father of the Arab scientific tradition». The Imam is one of the most prominent figures of the 8th century.

The eighth-century was a decisive factor in the formation of Islamic law. It was at this time that the doctrines of the sources of Islamic law and the formation of law schools (madhhabs) were forming. There were two basic doctrines of Ahl al-Hadith ("Hadith people") and Ahl al-Rai ("people of opinions"), from which major law schools were then formed. At the same time, there was a scientific and teaching activity of one of the leading religious figures of the time – Imam Sadiq. He did not endorse any of the doctrines that existed at the time, seeing the flaws in each of them. His religious and legal doctrine laid the foundations for the formation of a Shi'a law school. At the same time, the imam enjoys the respect and authority of Sunni scholars, as he was a teacher for the founders of most Sunni law schools (some of which have not survived to this day). So, among his students were Abu Hanifah, Malik ibn Anas, Sufyān al-Thawrī, Wasil ibn Ata, etc.

For the Shia, Jafar al-Sadiq is a sinless imam, so his actions and utterances have also shaped such a source of law as the Imam's Sunnah. Therefore, this issue is given special attention in the article. The work investigated the formation of the imam as a scholar and a fakih (lawyer), analyzed his views on the existing conception of sources of law (at that time), and his relationship with leading Sunni lawyers. Imam's impact on Shiite legal doctrine was studied.

Правова доктрина джерел ісламського права Імама Сади́ка

Tahiev Akif

*аспірант кафедри міжнародного приватного права та порівняльного правознавства
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна*

Вступ

Дослідження ісламського права є досить актуальним у світі, а тому закономірною є велика кількість праць із цієї тематики. Проте в більшості цих праць ісламське право розглядається з позиції сунітських правових шкіл, оскільки саме вони охоплюють більшість мусульман. У вітчизняній правовій науці дуже мало досліджень, присвячених ісламському праву шийтського напрямку. Якщо ж і є праці, то вони досліджують переважно правову систему Ірану, яка лише частково базується на релігійному праві й являє собою мікс ісламського права шийтського напрямку та романо-германської правової системи. Шийтський напрям представлений двома правовими школами (мазхабами): джафарітською та зейдитською. Перша має більшу кількість послідовників та є більш загальнови́знаною (сунітськими правовими школами). Епонімом цього мазхабу є Джафар ас-Садик – видатний релігійний діяч, факіх (юрист) та вчений. Сучасні мусульманські вчені називають його батьком арабської наукової традиції¹, ним було виховано майже всіх провідних

релігійних діячів та засновників сунітських мазхабів. Джафар ас-Садик є видатною постаттю для ісламського права у цілому (для всіх напрямів).

Мета статті – вивчення внеску цієї видатної постаті в розвиток ісламського права та ставлення до нього представників різних напрямів ісламу (сунітів та шийтів).

Виклад основного матеріалу

У вітчизняній правовій науці немає робіт, присвячених безпосередньо життю та діяльності імама Сади́ка, тому під час написання роботи були використані праці зарубіжних авторів: С.М. Прозорова, Музаммеда Різи Дангерсі, Шейха Мухаммеда аль-Мудаффара, Каукаба Алі Мірзи, Роберта Гліва та ін. Під час проведення дослідження нами було використано такі методи:

1) історичний – опрацьовано першоджерела, які могли б містити біографічні відомості видатного релігійного діяча, оцінку його діяльності сучасниками та прийдешніми поколіннями;

2) герменевтичний – досліджено специфіку тлумачення імамом першоджерел ісламського права, які існували на той момент або тільки починали формуватися;

¹ Прозоров С.М. Джафар ас-Садик. *Ислам: энциклопедический словарь* / отв. ред. С.М. Прозоров. Москва : Наука, ГРВЛ, 1991. С. 60–61. ISBN 5-02-016941-2.

3) аксіологічний – визначено цінність доктрини імама Садика, його значення для розвитку мазхабів як у шіїтському ісламі, так і суннітському;

4) порівняльно-правовий – виявлено загальні тенденції в розвитку джафарітських мазхабів, які були закладені за часів життя імама Садика. Також було порівняно погляди шіїтських та сунітських діячів на особистість імама Садика та його доктрину.

Його повне ім'я – Абу Абдаллах Джафар ібн Мухаммад. У літературі його найчастіше називають Джафар Садик або імам Садик, що означає «Правдивий». Іракський дослідник Ібн Хулакан сказав про нього: «(Він був) серед дванадцяти імамів згідно з доктриною імамів. Він був серед господарів членів палати (Ахль-Бейт). Він був прозваний як ас-Садик, тому що його мова була правдива... Його учень Абу-Муса Джабір б. Хайян аль-Суфі аль-Тартусі написав книгу з тисячі аркушів, що містить дослідження ас-Садика, а це п'ять сотень досліджень»². Імам є однією з найбільш визначних постатей VIII ст. Є різні версії щодо його років життя та найбільш визнаними є 703–765 рр. Імам Садик народився у Медині в глибоко релігійній родині. За лінією матері він був нащадком Мухаммада ібн Абу Бакра (сина першого халіфа), за лінією ж батька був прямим нащадком Пророка Мухаммеда. За шіїтською доктриною його батько Мухаммед аль-Багір, дід Алі ібн Хусейн Зайн аль-Абідин та прадіди Хусейн ібн Алі та Алі ібн Абу Таліб уважаються безгрішними імамами. Сам же імам Садик вважається шостим імамом у цій лінії і був імамом протягом 34 років. На відміну від сунітів шіїти не вважають своїх імамів просто керівниками держави або главами колективної молитви. Безгрішні імами для них – це божественні керівники, яких обрав сам Всевишній Аллах і зобов'язав мусульман підкорятися їм. Вони – духовні, політичні та громадські ватажки мусульманської громади, вони – джерело релігійних знань і гарант збереження ісламської релігії. Вони не привносять у релігію щось нове, нічого не додають і не зменшують, а лише продовжують справу, розпочату Посланником Аллаха, адже з його смертю громада не перестала потребувати справедливого, безгрішного ватажка, який володіє знаннями³, тому для шіїтів особа імама Садика є святою. Для всіх мусульман, у тому числі й для сунітів, імам Садик вважається авторитетним учнем, оскільки він був учителем для багатьох провідних сунітських релігійних діячів.

Батько імама Садика Мухаммед аль-Багір (як, власне, і його батько імам Саджад) не займався політичною діяльністю і повністю присвятив себе

науковій та викладацькій діяльності⁴. На початку VIII ст. він заснував університет, хоча в англomовній літературі зустрічаються ще такі назви, як «академія» та «інститут», оскільки в арабській мові ці слова позначаються одним терміном. У будь-якому разі це був навчальний заклад, якому не було аналогів на Сході. Імам викладав у всі дні, крім п'ятниці, у мечеті Пророка в Медині (у тій частині мечеті, яка була відведена для виконання нічних молитов). Викладалися такі предмети, як граматики, історія, наука ріджал (частина науки про хадиси, яка досліджує передатчиків хадисів), література та загальні науки. У рамках дисципліни історія викладалися події, описані в Біблії та Корані, оскільки не було доступу до інших джерел. Література являла собою виключно поезію (прозовими були лише хадиси від Пророка, імамів Алі та Саджада). Загальні науки включали у себе фізику Аристотеля, географію і астрономію Птолемея, зоологію і ботаніку, геологію та механіку. Цей навчальний заклад мав гарну репутацію та був повноцінним закладом вищої освіти в сучасному розумінні цього поняття. Найкращим випускником халіф Валід ібн Абд аль-Малік обіцяв посади суддів.

Імам Садик був обдарованою дитиною і вже у віці десяти років почав навчатися в університеті імама аль-Багіра. Після смерті батька Джафар ас-Садик стає імамом (у шіїтському розумінні) та очолює університет, заснований його батьком. Він змінив систему освіти та викладання в навчальному закладі. Багато в чому саме завдяки імаму стала можливою наукова революція на Сході, яка в західній літературі отримала назву «золота доба ісламу» або «ісламське відродження». Імам у своєму університеті поєднував науку та релігію, приділяв велику увагу розвитку писемності саме в аспекті прози. Певний час араби приділяли велику увагу лише поезії, нехтуючи прозою, через це в них не було повноцінних власних праць та творів. Саме завдяки Джафару ас-Садику почався розвиток прози, і до наших часів збереглася велика кількість праць його учнів. На той час існувала велика кількість правових шкіл (мазхабів) та більшість із них зникла, оскільки їхні засновники та правники не лишали жодних письмових праць для нащадків, які могли б продовжити їхню справу. Також імамом було вперше на Сході розроблено критичний погляд на історію, перевірку на достовірність та логічність історичних подій. Імам ас-Садик викладав чотири основні дисципліни: теологію, науку (тобто ті загальні науки, що вивчалися за часів його батька), літературу та ірфан (науку про пізнання). Він стверджував, що все, що людина вивчає, є знанням. На стіні лекційної зали імама знаходився такий

² Shaykh Muhammad al Hussein al Mudaffar «Imam Sadiq». URL : <http://islamicblessings.com/# p. 306. P. 71>.

³ Макарем Ширази. Познание шиизма / пер. А. Баешев ; изд. Имам Али ибн Абу Талиб (да будет мир с ним), 2011. С. 254.

⁴ Middle East Studies Association of North America (MESA) Early Shi'i Thought: The Teachings of Imam Muhammad al-Baqir (The Institute of Ismaili Studies) by Arzina R. Lalani Review by: Rainer Brunner Middle East Studies Association Bulletin. Published by: Middle East Studies Association of North America (MESA). 2003. Vol. 36. № 2. P. 215–216

вірш: «Той, хто не має батька, не є сиротою. Сиротою є той, хто не має знань у науці або літературі»⁵. Він був першим в арабському світі, хто почав викладати медицину. На думку імама, найкориснішими галузями знань є медицина та релігія (невід'ємною частиною якої в ісламі є юриспруденція)⁶.

До наших днів збереглася лише одна його книга – «Тафсір», тобто тлумачення Корану, складене імамом. Але його авторство є сумнівним, оскільки дана книга наповнена містицизмом та суфістськими поглядами. Роберт Глів наводить такий перелік опублікованих творів, приписуваних Імаму Садику або нібито написаних за його наказом: Fa'l-nāma, ред. Роберт Амбелайн as *Le fal nameh, ou, Livre des sorts*, Paris, 1984 p.; al-Ḥekam al-ja'fariya, ред. Шреф Тамер, Бейрут, 1957 рік; Mofazzal b. 'Omr Jo'fi (attr. To), *Ketāb al-haft wa'l-azella: talmiḍ al-Emām Ja'far b. Moḥammad аль-Кадек*, ред. Шреф Тамер, Бейрут, 1981 p.; *Meṣbāḥ al-ṣari'a wa meftāḥ al-qaḍiqa*, Бейрут, 1980 p. ... Мухаммед Ібрагім та Абдулла Шахін, Тавхид аль-муфаддха: продиктований Імамом Джафар Ас-Садиком, Кум, 2004 p.; *Ketāb al-Ehlilaja*, знайдений у Moḥammad-Bāqer Majlesi, Біхар аль-анвар, Бейрут, 1983 p., III⁷. Про всі інші заслуги та праці імама Садика нам відомо зі слів його учнів та сучасників. Так, його послідовник і учень Хішам ібн Хакам у своїх працях писав, що виражає думку свого вчителя та наставника. Він активно захищав концепцію імамата та викладав основи шіїтської юридичної доктрини⁸. Також слід відзначити той факт, що більша частина хадисів, які містяться в шіїтських книгах, є висловами імама Садика. Так, один із найбільш визначних шіїтських факхів X ст. шейх Садук у книзі «Таухід» (Єдинобожжя) зібрав 578 хадисів від Пророка та імамів, більшість яких містить вислови імама Садика⁹.

У рамках цього дослідження неможливо розглянути всі досягнення імама для науки, тому ми більш детально розглянемо лише його безпосередній внесок у розвиток ісламської юриспруденції.

У роки, коли жив імам, не існувало єдиної концепції щодо визнання певних джерел права, оскільки існувала велика кількість юристів, кожен з яких мав свої власні погляди. Панували дві основні доктрини, які називалися Ахль аль-Хадис («люди хадисів, переказів») та ахль ар-р'ай («люди особистої думки»). Прибічники першого

напрямку визнавали лише два основних джерела права – Коран і Сунну. Серед методів прихильників другого напрямку, які існували або почали розроблятися на початку VIII ст., були кияс (судження за аналогією) та іджтихад (у сунітському розумінні власна думка правознавця у разі відсутності норми у першоджерелах). Тобто якщо в першому напрямі роль розуму у виведенні норм повністю заперечувалася, то в другому вона ставилася в абсолют. Проаналізувавши погляди імама, виражені в шіїтській та сунітській літературі, можемо зробити висновок, що імам серед джерел, що існували на той момент, визнавав лише два основних джерела права – Коран і Сунну, але слід урахувати, що, відповідно до шіїтської доктрини, будь-який вислів імама є частиною Сунни (Пророка та імамів), тобто його власні знання вже є «джерелом права». Тобто імам Садик, як і всі шіїтські імами, ставився негативно до тих нових (на той момент) джерел права¹⁰. Цей факт також можна простежити у дискусіях між імамами та представниками інших мазхабів та релігійних напрямів. Далі одну з таких ми розглянемо більш детально (дискусія Абу Ханіфи та імама Багіра).

Для шіїтів Джафар ас-Садик є безгрішним імамом та членом Ахль-Бейт (родини Пророка). Він вважається продовжувачем справи Пророка, який не вносить жодних змін у Сунну (традицію) Пророка, тому, відповідно до шіїтської доктрини, таке джерело права, як Сунна, трактується більш широко і, крім Сунни Пророка, включає Сунну імамів. Тобто якщо для сунітів хадис найчастіше починається зі слів «Пророк сказав...», то шіїти також мають велику кількість висловів та вчинків від імамів. Якщо проаналізувати шіїтські збірки хадисів, то можемо побачити, що кількість хадисів від імама Садика є найбільшою. Це пояснюється низкою причин. Перші імами також займалися політичною діяльністю, тому не мали достатньо часу для наукової діяльності та викладання. Усі шіїтські імами зазнавали переслідувань, оскільки тогочасні правителі побоювалися того, що імами можуть захопити владу. Ці гоніння часто переростали в убивства великої кількості алідів (нащадків Алі). Про це свідчить і той факт, що 11 імамів із 12 були вбиті (імам Садик був отруєний за наказом халіфа аль-Мансура). Останні ж імами взагалі не мали змоги контактувати з громадою, оскільки перебували у військовому полоні. Імам Садик мав відносну свободу, оскільки проявив себе як максимально аполітична особа. Джафар ас-Садик мав понад 4 тис учнів, і саме завдяки цьому факту вдалося зберегти шіїтську доктрину від знищення. Імамом було виховано цілу плеяду видатних юристів того часу, два з яких стали засновниками основних сунітських мазхабів (Абу Ханіфа та Малік ібн Анас). Серед його студентів були:

⁵ The great muslim scientist and philosopher Imam Jafar ibn Mohammed as-Sadiq (A.S.) translated by Kaukab Ali Mirza. Willowdale, Ontario CANADA, p. 279 P. 109

⁶ Там само. С. 114.

⁷ Robert Gleave. JA'FAR AL-ṢĀDEQ. Encyclopaedia Iranica, XIV/4. P. 351–356. URL : <http://www.iranicaonline.org/articles/jafar-al-sadeq-ii-teachings> (accessed on 30 December 2012).

⁸ Muhammad Reza Atai. A biography of the great companion of the 6th Imam (a), Hisham ibn Hakam. Publisher: Islamic Research Foundation Astan-e Quds Razavi, P. 5

⁹ Шейх Садук. Таухид Єдинобожжя / пер. А. Рамина при піддержці Офіса великого аятолли, марджі ат-таклід Башира ан-Наджафі. 669 с.

¹⁰ ас-Садр М.Б. История 'Илм Аль-Усул. Садр, 2009. С. 19. ISBN 978-5-91847-003-9.

1. Хішам ібн Хакам – на думку самого імама, один із найкращих його учнів, визнається як один із перших шіїтських учених та чудовий полеміст.

2. Абу Ханіфа – засновник ханафітського мазхабу.

3. Малік ібн Анас – засновник малікітського мазхабу.

4. Хасан аль-Басрі – видатний екзегет (тлумач) Корану.

5. Мухаммед бін Муслім – один із найкращих юристів того часу; передавач 16 тис хадисів від імама Садика.

6. Шуайб ібн Хаджадж – один із провідних юристів. Імам сказав про нього, що якби не було Шуайба, то не було б знань на землях Іраку.

7. Хафс ібн Гіяс – у різні часи займав посади головного судді в Багдаді та Куфі.

8. Ісхак ібн Аммар – склав біографію Пророка Мухаммеда.

9. Джабір ібн Хайян (Жебер) – один із «батьків» хімії.

10. Абуль-Хаттаб Мухаммед – був настільки вражений знаннями імама, що проголосив його Богом та став засновником секти хаттабітів (це призвело до того, що імам Садик відмовився від хаттабітів, указавши, що їхні погляди виводять їх за межі ісламу).

11. Саїд ібн Мусліма – один з учителів імама Шафії (одного із засновників ісламської сунітської юриспруденції).

12. Ібрахім бін Саад Зохрі – один з учителів Ахмада ібн Ханбала¹¹.

Шейх ат-Тусі згадав загальну кількість послідовників імама аль-Багіра – 484 особи, а загальну кількість учнів імама ас-Садика – 3 197 чоловіків і 12 жінок у книзі «Ріджал» (біографії передавачів пророчих традицій)¹².

Джафар ас-Садик вважається засновником шіїтської правової школи та водночас є безпосереднім учителем двох засновників сунітських мазхабів та вчителем інших провідних юристів, учні яких стали засновниками двох інших мазхабів (тому його ще називають «учителем учителів»). Відповідаючи на це питання, слід звернути увагу на той, факт, що ісламське право дає юристам відносно великий простір для винесення рішень. Абсолютно для всіх мусульман є абсолютним авторитетом Коран та Сунна. Ці джерела права є загальними для всіх мусульманських мазхабів. Існують різні погляди щодо виведення інших норм із цих фундаментальних джерел. Пропонуємо більш детально зупинити нашу увагу на поглядах імамів Багіра, ас-Садика та Абу Ханіфи. Абу Ханіфа вважається одним із най-

головніших юристів сунітського напрямку. Незважаючи на той факт, що коли імам Садик тільки почав викладати, Абу Ханіфа вже був одним із провідних юристів того часу, останній ходив на лекції імама, оскільки імам Садик володів більшим рівнем знань. Ахмад Мухіуддін аль-Аджоз писав: «Також імам Абу Ханіфа навчався під його началом під час свого навчання в Куфі, і він сказав: «Я ніколи не бачив когось більш обізнаного в питаннях ісламського права, ніж Джафар бін Мухаммед»¹³.

Абу Ханіфа народився на три роки раніше імама Садика, а тому застав ще й лекції імама Багіра. Абу Ханіфою було розроблено методіку кияса, тобто виведення норм на підставі аналогії. Шіїтські імами ставилися критично до цього і повністю забороняли даний метод. До наших часів збереглися дискусії імамів щодо цього питання. Розглянемо одну з них. Алламе Шабраві писав: «Імам Мухаммед Багір (а.с.) сказав імаму Абу-Ханіфі, що якщо він може використовувати аналогію для виведення законів шаріату, він повинен відповісти на такі питання:

– Що є більш нечистим: сеча чи сперма?

– Абу Ханіфа відповів: Сеча.

– Імам (а.с.) запитав: Чому тоді сечу очищають лише шляхом промивання і навіщо потрібен гусль (повне омивання) у разі сперми?

Що серйозніше: вбивство чи блуд?

– Вбивство.

– Чому для підтвердження вбивства достатньо лише двох свідків і чому для підтвердження блуду потрібні чотири свідки?

Що має більше значення: намаз (молитва) або піст?

– Намаз.

– Чому тоді жінка в період менструації повинна компенсувати пропущені пости і чому вона не повинна компенсувати пропущені молитви?

Імам Абу-Ханіфа зізнався у своєму незнанні і попросив імама пояснити. Імам сказав: «Я відповідаю, але ніколи не використовую аналогію в релігії Бога. Слід пам'ятати, що сеча пов'язана лише з сечовим міхуром, а сперма – це екстракт усього організму. Ось чому потрібен гусль усього організму, коли виходить сперма. Таким же чином у вбивстві у вас є один вбивця та одна жертва. Тож достатньо лише двох свідків; але в блуді (мається на увазі такий вид злочину за ісламським правом, як перелюб) є два злочинці, тому потрібно четверо свідків. Жінці в період менструації доводиться тримати піст лише один місяць, тому «компенсувати» це легко, і молитви пропускаються щомісяця, тому «компенсувати» їх складно»¹⁴. Як ми бачимо, даючи

¹¹ Mohamed Raza Dungersi. A Brief Biography of Imam Jafar bin Muhammad (a.s.): as-Sadiq Published and Printed by: Bilal Muslim Mission of Tanzania P.O.Box 20033 Dar es Salaam – Tanzania p. 67. P. 16–17.

¹² Muhammad Reza Atai. A biography of the great companion of the 6th Imam (a), Hisham ibn Hakam. Publisher: Islamic Research Foundation Astan-e Quds Razavi p. 30. P. 4

¹³ The Life of Imam Ja'far Al-Sadiq Shaykh Baqir Sharif al-Qarashi Translator: M. Majid Asadi ISBN: 978 964 438 947 4 Publisher: Ansariyan Publications – Qum All Rights Recorded and Reserved for the Publisher Ansariyan Publications P.O. Box 37185\187 22 Shohada St., Qum Islamic Republic of Iran P. 4.

¹⁴ Allama Syed Zeeshan Haider Jawadi, Life Sketch of Imam Muhammad Baqir (a.s.), Extract from Nugoosh E Ismat, 2000. P. 507–526.

відповіді на запитання, шіїтські імами використовували особисті знання першоджерел та раціональні методи, які після зникнення можливості безпосереднього контакту з імамами стали основою іджтихада (в шіїтському розумінні). Імам Садик не ставився настільки критично до ролі розуму під час виведення правових норм, як представники ахль аль-хадис. До подібного висновку ми доходимо, проаналізувавши хадис: «Аллах володіє двома видами авторитету над людством – зовнішнім і внутрішнім. Зовнішній авторитет утілений в Посланнях, Пророках і Імамах (мир їм), тоді як внутрішній – це інтелект (або розум)»¹⁵. Послідовники імама та наступних імамів не мали потреби у виведенні норм, оскільки коли в них виникали певні питання, вони могли знайти відповідь безпосередньо в імамі та їхніх сподвижників. Саме тому іджтихад (мається на увазі шіїтський) починає виникати лише в XIV ст. завдяки діяльності Алламе Хіллі, коли вже пройшов досить істотний проміжок часу з кінця формування такого джерела шіїтського ісламського права, як Сунна Пророка та імамів (за шіїтською доктриною імамів останні контакти з дванадцятим імамом Махді припинилися у 941 р.). Із часом провідні вчені шіїтів-імамів, використовуючи їх іджтихад, у деяких питаннях прийшли до консенсусу, який став таким джерелом права, як іджма. Тому в джафарітському мазхабі на сучасному етапі визнаються чотири джерела ісламського права:

1. Коран.
2. Сунна Пророка та імамів.
3. Іджма – одностайне рішення провідних учених.
4. Аклъ (інтелект) – рішення, прийняте за допомогою раціональних методів (у літературі його ще називають іджтихад).

Ісламський світ сунітів, який об'єднує більшість мусульман, поділяється на чотири загально визнані мазхаби: ханафітський, шафіїтський, малікітський та ханбалітський. Та через поширеність серед більшості шіїтів та через великий авторитет правознавців джафарітського мазхабу його називають п'ятим загально визнаним в ісламському світі. Так, Алламе Шейх Шараві Азхарі у знаменитому єгипетському «Різала Аль Ахраам уль Сунна» написав: «Імамом шіїтів імамів був імам Джафар ас-Садик, який був учителем імама Абу Ханіфи. Це імамія Джафарія, яка, як ми пояснювали раніше, одна з тих, хто дотримується чистої релігії. Що стосується них, наш Шейх Шалтут видав фетву, вважаючи допустимим

слідувати за цим мазхабом, оскільки це законний ісламський мазхаб, який виступає джерелом настанов для його прихильників. У Єгипті ми включили певні принципи шіїтського фікху про розлучення та спадщину у наш Закон»¹⁶.

Висновки

Проаналізувавши все вищенаведене, ми можемо побачити, наскільки видатною постаттю для розвитку ісламського права був Джафар ас-Садик. Він сформулював засади майбутньої шіїтської правової доктрини, не підтримавши повністю жодну з двох пануючих на той час доктрин: Ахль аль-Хадис та Ахль ар-рай. Напрямок Ахль аль-Хадис став основою захірітського мазхабу, який виступав за буквальне розуміння першоджерел та заперечував раціональну можливість виведення норм із них. Другий напрямок став основою для пануючих у сучасному світі чотирьох сунітських мазхабів, перші вчені яких практикували виведення правових норм на основі своїх власних знань та суджень. Імам Садик сформулював власну доктрину джерел права, яка містила елементи обох напрямів, не впадаючи в «крайності», тобто, спираючись переважно на першоджерела, імам не заперечував проти використання раціональних методів. Хішам ібн Хакам та інші зафіксували погляди імама, що дало змогу в подальшому більш детально розробити джафарітський мазхаб. Із погляду шіїтської релігійної доктрини всі імами мають однакове значення для ісламу та володіють безмежним знанням шаріату. Та все ж основна правова школа шіїзму носить ім'я імама Садика, оскільки саме за його часів було сформульовано основи доктрини імаму та несприйняття особистої думки під час виведення правових норм. Відсутність догматизму в процесі викладання імамом дала змогу сунітським факіхам формувати їхні власні правові школи. Його учні Абу Ханіфа та Малік ібн Анас стали засновниками ханафітського та малікітського мазхабу. Своєю чергою, Малік ібн Анас був учителем імама аш-Шафії (засновника шафіїтського мазхабу), який був одним з учителів Ахмада ібн Ханбала – засновника ханбалітського мазхабу. Завдяки діяльності імама Садика суттєво прискорилися розвиток ісламської юриспруденції і формування її нових напрямів у вигляді наукових шкіл (мазхабів).

¹⁵ ас-Садр М.Б. История 'Илм Аль-Усул. Садр, 2009. С. 29. ISBN 978-5-91847-003-9.

¹⁶ Allamah Shaykh Sharawi Azhari. 'Risala Al Ahraam ul Sunnah' periodical number 32932. URL : <https://en.shafaqna.com/57432/fiqh-jafri-legitimate-islamic-sect/>.

Drawback in the subject matter as a kind of subjective person's attitude to the objective features of a crime: types and criminal significance

Terpeliuk Yegenyi

*Postgraduate of Criminal and Legal Disciplines Department
of the Law Faculty*

V. N. Karazin Kharkiv National University, Ukraine

The paper is focused on criminal and legal problems of awaring features by the guilty person that characterize the criminal encroachment in general and certain external components, in particular (personality of the crime's victim, subject matter, method, causal relation, etc.). The research objectives of the publication are defined by the doctrine on subjective attitude in criminal law as the person's drawback, who commits an act that becomes the subject matter of criminal and legal assessment. The purpose of the article is the selected scientific and theoretical analysis of the drawback regarding the subject matter of a crime as a kind of subjective attitude of the person to the features, as well as search for approaches to differentiation of such attitudes based on the synthesis of the doctrine on the drawback and the subject matter of a crime in national criminal law.

It is pointed out that, despite the ignorance by the Ukrainian legislator about the need to regulate the rules for assessing a person's drawback while committing a socially dangerous act, these rules exist at the doctrinal and law-enforcement level. They were elaborated based on the doctrine on subjective attitude in regard to the guilt.

Taking into account the understanding of the drawback as a misconception of a person committing an act, about essential factual properties or legal features, the author concludes that the drawback in the crime's subject matter is widespread in criminal practices of this type of the drawback. The author has demonstrated typical approaches of the experts to understanding the drawback in the crime's subject matter and its criminal and legal consequences. On the basis of the features (general and special) revealed in the research of the crime's subject matter, the author has suggested classification of the drawback in the subject matter taking into account the feature, in the existence or essence of which the guilty party admits wrong idea. The author distinguishes: a) the drawback in the social characteristics of the subject matter; b) the drawback in the physical feature of the subject matter; c) the drawback in the legal nature of the subject matter; d) the drawback in the special feature of the subject matter.

Помилка в предметі як вид суб'єктивного ставлення особи до об'єктивних ознак злочину: види та кримінально-правове значення

Терпелюк Євгеній Володимирович

*аспірант кафедри кримінально-правових дисциплін
юридичного факультету*

Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна, Україна

Вступ

Для застосування регулятивних і заборонних норм кримінального права й вирішення прикладних завдань у цій галузі (кваліфікації злочинів, визначення характеру і ступеню їх небезпечності, реалізації кримінальної відповідальності тощо) велике значення мають знання про усвідомлення винною особою конкретних ознак, які характеризують злочинне посягання у цілому та окремі його зовнішні компоненти зокрема (особу потерпілого від злочину, предмет злочину, спосіб його вчинення, причиновий зв'язок між діянням та наслідками та ін.). Власне, без належної оцінки такого ставлення, а також без розуміння його спрямованості, якості й обсягів держава (точніше, її агенти – правоохоронні й судові органи) не вправі застосовувати до особи обмеження її прав та свобод, які утворюють зміст заходів кримінально-правового впливу. Ця теза ґрунтується на абсолютному визнанні в нову й новітню епохи розвитку

вітчизняної юридичної думки принципу суб'єктивного ставлення в провину однієї з провідних ідей, на якій ґрунтується практика законотворення і правозастосування в кримінальному праві України. Ця максима, своєю чергою, вимагає від суб'єктів, які застосовують кримінальний закон, обґрунтованих належними доказами висновків про форму, вид, обсяги і межі суб'єктивного ставлення підозрюваного (обвинуваченого, підсудного) до ознак складу злочину в момент учинення посягання (включаючи стадію готування до нього). Хибні, помилкові, невірні судження такої особи про зміст цих ознак здатні суттєво змінювати висновки про форму й вид вини в учиненому, а отже, й остаточну юридичну оцінку поведінки особи та висновки про форму кримінально-правової реакції на таку поведінку. Зважаючи на це, дослідницькі завдання даної публікації визначені таким досить складним і мало дослідженим питанням учення про суб'єктивне ставлення в кримінальному праві, як помилка особи,

яка вчиняє діяння, котре стає предметом кримінально-правової оцінки.

Мета статті – науково-теоретичний аналіз помилки щодо предмета злочину як різновиду суб'єктивного ставлення особи до його ознак, а також пошук підходів до диференціації видів такого ставлення на основі синтезу вчення про помилку та про предмет злочину у вітчизняному кримінальному праві.

Виклад основного матеріалу

Дотепер у кримінальному праві України питання про помилку особи, яка вчиняє посягання, її види, значення і правові наслідки, вичерпно не розроблено. В останні десятиліття найбільшу увагу цій проблематиці було приділено в роботах (дисертаційних працях, монографічній літературі, науково-практичних і навчальних виданнях) таких фахівців, як Г. Анісімов, Ю. Вапсва, Р. Вереша, П. Воробей, М. Коржанський, О. Комаров, В. Навроцький, М. Хавронюк та ін. Але при цьому питання помилки в предметі, її видів, її кримінально-правової оцінки вичерпним чином не були поки що вирішені й тому представляють безсумнівний науковий і практичний інтерес.

Під помилкою в кримінальному праві розуміють невірне (хибне) уявлення особи про юридичні та (або) фактичні ознаки й властивості вчинюваного нею діяння (з його наслідками включно) або таке уявлення про інші обставини, які передбачені як ознаки у відповідному складі злочину¹. Визнання помилки суб'єкта злочину обставиною, яка впливає на кримінальну відповідальність, міцно утвердилося в професійній правосвідомості. Та при цьому цей суб'єктивний феномен не врахований вітчизняним законодавцем у положеннях чинного Кримінального кодексу України (далі – КК)². Лише в нормі про уявну оборону (ст. 37 КК) цей закон згадує про помилкове припущення особи щодо наявності суспільно небезпечного посягання як підстави для визнання незлочинності вчиненого нею. Доводиться констатувати: питання нормативного регулювання правил оцінки помилки особи, яка вчиняє злочин, перебуває в українському кримінальному праві в стані законодавчої невизначеності. Втім, це не свідчить, що проблеми помилки в ознаках злочину та її кримінально-правової оцінки у цій галузі не існує. Для надання феномену помилки статусу реальної кримінально-правової категорії україн-

ські фахівці вдаються до системного тлумачення закону й принципів галузі, міркуючи, зокрема, так: 1) «підстава кримінальної відповідальності передбачає в т. ч. адекватне відтворення у свідомості винного юридичних і фактичних характеристик вчинюваного діяння та його наслідків» (П. Фріс)³; 2) «поняття вини розраховане на те, що особа, яка вчиняє посягання, належно уявляє фактичний бік скоєного та його соціальне значення» (В. Навроцький⁴; 3) «Кримінальний кодекс не містить спеціальних норм щодо помилки. Проте її поняття, види та значення визначаються наукою кримінального права і судовою практикою на основі аналізу таких понять суб'єктивної сторони, як «вина», «умисел», «необережність», «випадок» («казус»)» (Г. Анісімов)⁵.

Слід указати, що вибірковий (тому, звичайно, неповний, але показовий) компаративний дискурс засвідчує, що в державах континентальної Європи феномен помилки знаходить відображення в нормах Загальної частини кримінальних законів (а отже, входить до базових, унормованих кримінально-правових категорій). Так, наприклад, у Кримінальному кодексі Федеративної Республіки Німеччина, у положеннях про злочинне діяння, закріплено два види помилки особи, яка його вчиняє (§16 та § 17): помилку у фактичних обставинах діяння (*Irrtum über Tatumstände*) й помилку у забороні (*Verbotsirrtum*). Перший вид помилки у викладі німецького законодавця утворюється у разі незнання особою, яка вчиняє діяння, обставин, котрі належать до складу правопорушення. У цьому разі суб'єктивне ставлення особи визнається таким, що не містить наміру. Другий вид (який виникає за відсутності розуміння особою протиправності свого діяння) тягне визнання невинуватості діяння за умови, що особа не могла уникнути помилки. В іншому ж разі кримінальна відповідальність пом'якшується.⁶ У Карному кодексі Польщі (ст. ст. 28–30) визнано незлочинним учинення забороненого діяння за виправданої помилки в обставинах, що є ознакою забороненого діяння, або за існування обставини, яка виключає незаконність або вину (*bląd co do faktu* – помилка у факті), а також незлочинність діяння, вчиненого за виправданого переконання у відсутності його протиправності (*bląd co do prawa* – помилка в праві). Регламентовано польським законодавцем і підстави пом'якшення

¹ Кримінальне право України. Загальна частина : навчальний посібник / А.М. Ященко та ін. ; за заг. ред. О.М. Литвинова. Харків : Право, 2019. С. 188–189 ; Кримінальне право України. Загальна частина : навчальний посібник / В.М. Трубников та ін. ; за заг. ред. В.М. Трубникова. Харків : ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2015. С. 152 ; Вереша Р.В. Суб'єктивні елементи підстави кримінальної відповідальності : підручник. Київ : Атика, 2006. С. 469.

² Кримінальний кодекс України від 05.04.2001. URL : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 07.05.2020).

³ Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник ; вид. 3-є, доп. і перероб. Одеса : Фенікс, 2018. С. 185.

⁴ Українське кримінальне право. Загальна частина : підручник / П.С. Берзін та ін. ; за заг. ред. В.О. Навроцького. Київ : Юрінком Інтер, 2013. С. 297.

⁵ Основи кваліфікації злочинів : навчальний посібник ; за заг. ред. М.І. Панова. Харків : Право, 2019, С. 201.

⁶ Strafgesetzbuch (StGB). Ausfertigungsdatum: 15.05.1871. URL : <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf> (дата звернення: 07.05.2020).

покарання за наявності помилкового переконання в існуванні обставин, які пом'якшують відповідальність, а також за наявності невинуватної помилковості суб'єктивного уявлення особи про фактичні чи юридичні кримінально значимі обставини⁷. Отже, зарубіжний досвід стає одним з аргументів на користь того, що в КК України все ж мають бути закріплені положення щодо помилки й її засади її впливу на кримінально-правову оцінку вчиненого особою діяння. Тому пропозиції українських авторів, спрямовані законодавцю із цього питання, безумовно, мають бути підтримані⁸.

Незважаючи на відсутність передбачення в законі норм про кримінальну відповідальність особи, яка допускала хибне уявлення про певні кримінально значимі фактичні й правові характеристики діяння і його компонентів, теорія кримінального права розробила відповідну проблематику досить ґрунтовно. Зокрема, на сторінках фахової літератури обґрунтовано існування помилок юридичних (аналог відомої в європейських джерелах «помилки в праві») та фактичних (аналог «помилки в обставинах»). Правові позиції щодо врахування такого специфічного суб'єктивного ставлення особи, як помилка, викладаються й у роз'ясненнях вітчизняних вищих судових інстанцій. Так, в одній із постанов Пленуму Верховного Суду України щодо кваліфікації злочинів проти громадської безпеки вказується: якщо винна особа незаконно заволоділа не придатними до використання вогнепальною зброєю, бойовими припасами або їх частинами чи деталями, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями, помилково вважаючи їх такими, що можуть бути використані за призначенням, учинене належить розцінювати як замах на заволодіння цими предметами і кваліфікувати за ст. 15 та відповідною частиною ст. 262 К⁹. Отже, хоча український кримінальний закон і не має поки що жодних орієнтирів щодо його застосування у разі фактичної помилки, але судова практика користується при цьому загальним правилом: діяння особи мають оцінюватися за спрямованістю умислу як замах на замислений особою злочин. Таке правило належним чином обґрунтоване й у теорії кримінального права, а також на сторінках навчальної літератури.

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny. URL : <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970880553/U/D19970553Lj.pdf> (дата звернення: 07.05.2020).

⁸ Комаров О.Д. Фактична помилка в кримінальному праві України та її значення для кримінальної відповідальності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2015. 237 с. ; Вапсва Ю.А. Помилка у змісті суб'єктивної сторони складу злочину : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2000. 184 с.

⁹ Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 3 від 26.04.2002. *Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України та постанов Верховного Суду України у справах кримінальної юрисдикції* / упоряд. Н.О. Гуторова, О.О. Житний. Харків : Одиссей, 2012. С. 180.

Як уже було сказано вище, одна з можливих помилок особи може стосуватися предмету злочину. За визначенням А. Музики та Є. Лащука, предмет злочину – це «факультативна ознака об'єкта злочину, що знаходить свій прояв у матеріальних цінностях (котрі людина може сприймати органами чуття чи фіксувати спеціальними технічними засобами), з приводу яких та шляхом безпосереднього впливу на які (або без такого впливу) вчиняється злочинне діяння»¹⁰. При цьому злочинні «операції» щодо предмета злочину можуть полягати у зміні його суспільного статусу, виготовленні його або у зміні його виду й змісту¹¹. Як бачимо, предмет злочину – це субстанція, яка завжди сприймається людиною під час взаємодії з нею, а отже, стає предметом її евристично-пізнавальної й оціночної діяльності, яка, як і у повсякденних практиках освоєння людиною світу, не завжди є такою, що відповідає об'єктивній дійсності.

Предмет злочину є найбільш «матеріалізованим» компонентом його складу, тому немає нічого дивного, що саме помилка в предметі є однією з найбільш поширених. Так, за проведеним нами опитуванням фахівців із кримінального права (працівників адвокатури, науковців, суддів та слідчих) на перше місце за кількістю випадків хибного уявлення особи під час учинення нею злочину саме помилку в предметі поставили 68% експертів. Ці висновки певним чином кореспондують із результатами досліджень інших авторів, за даними яких основні проблеми кваліфікації за суб'єктивним боком стосуються саме невірних суджень особи у сфері фактичних обставин учиненого (звичайна кількість яких у цій царині сягає від 30% до 50%, а в окремих випадках – понад 60%)¹².

Деякі автори помилку в предметі злочину поділяють на помилку в предметі в межах однорідного посягання (яка на кваліфікацію не впливає), помилку в предметі в межах різнорідних посягань (за якої діяння особи кваліфікується як замах на злочин, який прагнула вчинити особа) та помилку у разі посягання на відсутній предмет (дії кваліфікуються як замах на злочин, який прагнула вчинити особа)¹³. Утім, така класифікація потребує додаткових пояснень у частині використання в ній категорій «однорідних» та «різнорідних» посягань. Більш логічними, а головне – такими, що узгоджуються з розумінням кримінально-правової природи пред-

¹⁰ Музика А.А., Лащук Є.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання : монографія. Київ : Паливода А.В., 2011. С. 110.

¹¹ Коржанський М.Й. Предмет і об'єкт злочину : монографія. Дніпропетровськ : Юрид. акад. Мін-ва внутр. справ ; Ліра ЛТД, 2005. С. 89–91.

¹² Дядюн К.В. Фактическая ошибка: виды и значение для квалификации преступных посягательств в репродуктивной сфере. *Universum: Экономика и юриспруденция*. 2015. № 8(19). URL : <http://7universum.com/ru/economy/archive/item/2484> (дата звернення: 07.05.2020).

¹³ Кучера А.В. Помилки у праві: помилки, які допускають особи при вчиненні посягань. URL : http://pjuv.at.ua/vypusk1/Visnyk_2011_1/Kuchera.pdf (дата звернення: 07.05.2020).

метів злочину, є судження тих фахівців, які вказують на існування помилки про предмет у межах одного й того ж об'єкта (класичний приклад якої – умисел на викрадення майна, що належить одній особі, та вчинене під час викрадення майна, яке належить цілком іншій особі) і помилки про предмет, яка змінює об'єкт посягання (яка з'являється, наприклад, за бажання винного викрасти наркотичний засіб, але у разі фактичного викрадення речовини, яка не належить до наркотичної, тобто фактичного заподіяння шкоди об'єкту «право власності» замість об'єкта «сфера обігу наркотичних засобів»). Перший вид помилки не змінює кваліфікації вчиненого, а от за наявності другого діяння кваліфікується як замах – згідно зі спрямованістю первинного умислу винного, реалізації якого перешкодила допущена тим помилка¹⁴. За такого підходу, щоправда, залишається за межами класифікації помилка, яка призводить до посягання особи, спрямованого на певний предмет за обставин, коли той у реальності (принаймні в певному місці й у певний час) відсутній, що, наприклад, має місце там, де особа викрадає малоцінну підробку твору мистецтва, хибно вважаючи її оригіналом. Очевидно, у таких випадках, керуючись уже відомим (і згаданим вище) правилом кваліфікації злочинів за фактичної помилки в об'єкті, вчинене кваліфікується як замах на те діяння, котре мала намір учинити особа (зокрема, як замах на крадіжку чужого майна в особливо великих розмірах).

Зазначеними підходами класифікація фактичних помилок щодо предмета злочину, на нашу думку, обмежуватися не повинна. Як характеристика суб'єктивного боку злочину помилка в предметі, безперечно, стосується незнання або хибних суджень винного не про предмет у цілому. Речова природа цього компонента об'єкта злочину однакова в усіх «предметних» злочинів – це певна реально існуюча в матеріальному світі субстанція (зброя, майно, документ, психотропна речовина, транспортний засіб і т. ін.). Тому помилка допускається не щодо предмета у цілому, а щодо тих чи інших його властивостей, які роблять субстанцію ознакою складу злочину. Керуючись розробками проблематики предмета злочину, наявними у вітчизняній кримінально-правовій літературі, можемо зазначити, що всім предметам злочинів притаманні певні спільні (загальні) ознаки, котрі розкривають їхній зміст. До таких ознак фахівці відносять: а) соціальну, яка свідчить про зв'язок предмета із суспільними відносинами, які утворюють об'єкт відповідного злочину; б) фізичну, яка відображає певні фізичні (натурально-речові) властивості предмета; в) юридичну, яка впливає з наявності прямої вказівки на предмет у кри-

мінальному законі або з того, що його наявність безпосередньо впливає зі змісту цього закону¹⁵. Крім того, предметам у складах конкретних злочинів властиві й ознаки спеціальні, які зумовлені характером злочину, змістом його родового й безпосереднього об'єкта. Так, наприклад, спеціальною ознакою вогнепальної зброї як предмету злочину, передбаченого ч. 2 ст. 263 КК, є конструктивна властивість виробу – придатність для здійснення пострілів, спеціальною ознакою наркотичного засобу як предмета злочинів, передбачених ст. 307 КК, є здатність впливу (ейфорійного, збуджуючого, гальмівного тощо) на центральну нервову систему людини тощо.

Зазначені ознаки (загальні й спеціальні) предмета злочину не є результатами абстрактного теоретизування. Вони, як переконливо доведено наукою кримінального права, реально відбивають властивості зазначеного «матеріалізованого» компонента окремих злочинів, що відрізняє одні предмети злочинів від інших, а також дають змогу правильно кваліфікувати посягання, розмежувати склади злочинів, подібні за іншими своїми «прикметами». Для вирішення поставлених у цій публікації дослідницьких завдань та виходячи з викладених вище теоретичних передумов припустимо, що й помилка в предметі злочину полягає саме у хибній оцінці винною особою однієї або й кількох ознак (загальних та (або) спеціальних), які характеризують предмет у конкретному складі злочину. Таким чином, у розвиток наявних у науці кримінального права підходів може бути запропоновано додаткову класифікацію помилок у предметі злочину залежно від того, щодо яких його властивостей особа допускає хибні судження.

Висновки

Не претендуючи на безспірність й остаточність висновків, можемо резюмувати, по-перше, що помилка в предметі злочину є досить широко представленим у кримінальних практиках варіантом суб'єктивного ставлення особи до об'єктивних ознак вчинюваного злочину, який не виключає її вини. По-друге, суттєвим недоліком чинного законодавства України про кримінальну відповідальність є відсутність у ньому регулятивних норм, що давали змогу хоча б загалом вирішувати питання про вплив помилок, які допускаються під час учиненні суспільно діянь, на відповідальність тих, хто ці діяння вчиняє. У зв'язку із цим слід підтримати пропозиції про доповнення КК відповідними приписами. По-третє, під час учинення злочинів із «предметними» складами наявність помилки особи може впливати на кваліфікацію вчиненого,

¹⁴ Основи кваліфікації злочинів : навчальний посібник / за заг. ред. М.І. Панова. Харків : Право, 2019. С. 204–205.

¹⁵ Панов Н.И. Понятие предмета преступления по советскому уголовному праву. *Проблемы правоведения*. 1984. Вып. 45. С. 68.

а також визначати ступінь суспільної небезпеки діяння. По-четверте, під час класифікації помилок в об'єкті доцільно використовувати результати розробок ознак предмета злочину, з урахуванням яких виділяти: а) помилку в соціальній ознаці предмета (невірне уявлення про те, з якими саме суспільними відносинами безпосередньо пов'язана річ, щодо якої здійснюється кримінально протиправне діяння); б) помилку у фізичній ознаці предмета (хибну оцінку натурально-речових властивостей субстанції, щодо якої вчиняється діяння); в) помилку в юридичній ознаці предмета (нерозуміння того, що саме певний вид речей передбачається як ознака складу злочину в забо-

ронній кримінально-правовій нормі); г) помилку в спеціальній ознаці предмета (невірне уявлення про криміноутворюючі властивості речей матеріального світу, щодо яких особа здійснює незаконні дії чи бездіяльність). Безперечно, особа може припускатися й кількох таких помилок одночасно. При цьому слід зазначити, що третій із перерахованих вище різновидів помилок (в юридичній ознаці предмета) в традиційній їх класифікації належить до помилок юридичних, а інші три – до помилок фактичних. Отже, виявлені види помилок по-різному впливають на остаточну кримінально-правову оцінку вчиненого особою.

Procedure of conduct the on-site inspection in criminal proceedings

Tymoshuk Vasyl

*Postgraduate Student of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics
Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine*

Conducting an on-site inspection is one of the most complex procedural steps that requires considerable time, effort, resources and versatile knowledge of the chairman.

According to Part 1 of Art. 361 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, in exceptional cases, the court, having found it necessary to inspect a certain place, conducts a review with the participation of participants in court proceedings, and if circumstances require, with the participation of witnesses, experts and experts. This provision introduces ambiguity and ambiguity in the understanding of its tasks and is therefore superfluous. Moreover, it is in conflict with the prescription of the same part of the aforementioned article of the Criminal Procedure Code of Ukraine, according to which a certain place during the trial is examined as necessary. This kind of legislative wording seems appropriate - an on-site review is carried out when necessary. Therefore, it is appropriate to exclude the phrase «in exceptional cases» from the wording of Part 1 of Art. 361 Criminal Procedure Code of Ukraine.

On-site inspections may be conducted both with respect to the premises or premises previously inspected during the pre-trial investigation, as well as to the premises and areas not previously inspected.

In Art. 361 of the Criminal Procedure Code of Ukraine the reservation is fixed - the on-site inspection cannot be conducted during the jury trial. It is known that in the criminal procedural legislation of Ukraine a continental model of participation of the people in the administration of justice is introduced, in which the jurors from the people, when solving the issues of law and fact, have the same rights as professional judges, take an active part in the study of the evidence and all the materials of the case, not only establish the fact of the act, but also determine the presence of all elements of the criminal offense. Therefore, the last sentence of Part 1 of Art. 361 of the Criminal Procedure Code of Ukraine that «on-site inspection cannot be conducted during the jury trial» should be ruled out.

According to Art. 361 of the Criminal Procedure Code of Ukraine on-site inspection is carried out in accordance with the rules provided by the criminal procedure law for inspection during pre-trial investigation. Such rules are set out in Art. 237 Criminal Procedure Code of Ukraine under the name «Review».

The aim of the article is to find out the procedure of conduct the on-site inspection in criminal proceedings. Analyzing Criminal Procedure Code of Ukraine, sights of researchers, the author directs the vision of questions that enter into an object of research.

Порядок проведення огляду на місці у кримінальному провадженні

Тимошук Василь Євгенович

*аспірант кафедри кримінального процесу і криміналістики
Львівського національного університету імені Івана Франка, Україна*

Вступ

Поряд з оглядом речових доказів та оглядом документів кримінально-процесуальний закон передбачає ще один різновид судового огляду – огляд на місці.

Незважаючи на однакове коло учасників, спрямування на одержання як невербальної, так і вербальної інформації, а також подібні із судовим оглядом речових доказів та судовим оглядом документів завдання, для огляду на місці все ж характерні особливості у процесуальному порядку його виконання.

Дослідження порядку огляду на місці судом першої інстанції у кримінальному провадженні набуває особливої актуальності, зокрема в аспекті формулювання науково обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення кримінально-процесуального закону і практики його застосування.

Мета статті – дослідження порядку проведення огляду на місці у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу

Проведення огляду на місці є однією з найскладніших процесуальних дій, яка вимагає значних витрат часу, сил, засобів та різнобічних знань головуючого.

Згідно з ч. 1 ст. 361 КПК України, у виняткових випадках суд, визнавши за необхідне оглянути певне місце, проводить огляд за участю учасників судового провадження, а якщо цього вимагають обставини, – за участю свідків, спеціалістів і експертів¹.

Цей припис суди першої інстанції взяли на озброєння, вимагаючи доведення від учасників кримінального провадження, які заявили клопотання про здійс-

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

нення цього різновиду судового огляду, винятковості конкретного випадку його проведення². Крім того, у судовій практиці факт не проведення огляду місця події під час досудового розслідування не вважається достатньою підставою для задоволення клопотання про виконання огляду на місці³. Натомість винятковим випадком для здійснення цієї процесуальної дії вважається отримання від учасників кримінального провадження нових відомостей або таких, що не узгоджуються з протоколом огляду місця події⁴.

Наведені правові позиції не виправдано звужують завдання огляду на місці, заохочують бездіяльність суду, штучно обмежують пізнавальні можливості судового розгляду.

Положення ч. 1 ст. 361 КПК України, згідно з яким огляд на місці проводиться «у виняткових випадках», вносить невизначеність та неоднозначність у розуміння його завдань, а тому є зайвим. Понад те, воно знаходиться у колізії з приписом цієї ж частини згаданої статті КПК України, відповідно до якої певне місце під час судового розгляду оглядається за необхідності. Саме таке законодавче формулювання видається доречним: огляд на місці здійснюється у разі необхідності. Тож словосполучення «у виняткових випадках» доцільно виключити з редакції ч. 1 ст. 361 КПК України.

На жаль, у супереч положенням Кримінально-процесуального закону України нерідко суди за відсутності для цього підстав доручають проведення огляду органу досудового розслідування. Так, в одному з кримінальних проваджень ухвалою суду органу досудового розслідування доручено провести огляд місця події з метою уточнення показань свідків, даних упродовж судового розгляду, за наслідками якого провести відповідні виміри, скласти план і схему, а також здійснити фотографування⁵.

Огляд на місці може бути проведений як щодо приміщення чи місця, що раніше були піддані огляду впродовж досудового розслідування, так і стосовно приміщення та місцевості, що раніше не оглядалися.

У ч. 1 ст. 361 КПК України закріплено застереження: огляд на місці не може проводитися під час здійснення провадження судом присяжних⁶. Як

зазначають автори науково-практичного коментаря до КПК України, таке застереження «зумовлене тим, що більша частина складу суду (троє присяжних) не є професійними суддями, а отже, вони не володіють необхідними професійними знаннями та навичками, психологічно не підготовлені сприймати інформацію щодо обставин учинення кримінального правопорушення, перебуваючи безпосередньо, наприклад, на місці його вчинення чи схову знаряддя, засобів учинення кримінального правопорушення, у зв'язку з чим можуть не об'єктивно сприймати побачене та робити висновки, керуючись насамперед внутрішніми відчуттями, тощо»⁷.

У класичному суді присяжних розмежована компетенція присяжних та професійного судді на вирішення першими тільки питань факту, а суддею – права. Однак навіть за такого підходу з'ясування події кримінального правопорушення, вчинення його обвинуваченим, характеру і розміру шкоди, заподіяної кримінальним правопорушенням, належить до відома присяжних. Деякі із цих обставин можуть бути встановлені, зокрема, за допомогою огляду на місці. Як відомо, у кримінально-процесуальному законодавстві України запроваджено континентальну модель участі народу у здійсненні правосуддя, за якої засідателі від народу, вирішуючи питання права і факту, мають такі ж права, що й професійні судді, беруть активну участь у дослідженні доказів та всіх матеріалів справи, не тільки встановлюють сам факт діяння, а й визначають наявність усіх елементів складу кримінального правопорушення. Саме з огляду на це, вітчизняний кримінально-процесуальний закон не містить заборони проводити судовий огляд документів, судовий огляд речових доказів, у тому числі поза межами приміщення суду, під час здійснення провадження судом присяжних. До слова, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 386 КПК України, присяжний має право брати участь у дослідженні всіх відомостей та доказів у судовому засіданні⁸.

Окрім того, рекомендація доручити згідно з ч. 3 ст. 333 КПК України органу досудового розслідування виконати цю процесуальну дію у зв'язку з неможливістю проведення огляду на місці судом присяжних, але за наявної необхідності її здійснення не може бути прийнятною⁹. Це зумовлено завданнями огляду на місці. Неможливо доручити органу досудового розслідування усунути сумніви, що виникли у судді чи в учасників судового провадження, за відсутності таких сумнівів у самого слідчого.

² Ухвала Томківського районного суду Дніпропетровської області від 9 листопада 2017 р. Справа № 195/445/17. Провадження № 1-кп/195/48/17. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70196985> ; Ухвала Дніпропетровського районного суду Дніпропетровської області від 5 квітня 2018 р. Справа № 175/1411/16-к. Провадження № 1-кп/175/60/16. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73196125>.

³ Ухвала Орджонікідзінського районного суду м. Запоріжжя від 28 лютого 2019 р. Справа № 335/167/18. Провадження № 1-кп/335/156/2019. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80202621>.

⁴ Ухвала Запорізького районного суду Запорізької області від 16 вересня 2016 р. Справа № 317/2827/15-к. Провадження № 1-кп/317/25/2016. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61358821>.

⁵ Ухвала Артемівського районного суду м. Луганська від 23 січня 2014 р. Справа № 434/4933/13-к. Провадження № 1-кп/439/16/14. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36768853>.

⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2-х т. Т. 2 / Є.М. Блажівський та ін. ; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. Харків : Право, 2012. С. 111.

⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2-х т. Т. 2 / Є.М. Блажівський та ін. ; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. Харків : Право, 2012. С. 111.

Тому останнє речення ч. 1 ст. 361 КПК України про те, що «огляд на місці не може проводитися під час здійснення провадження судом присяжних», на нашу думку, належить виключити.

Згідно з п. 5 ст. 322 КПК України, для проведення огляду на місці судовий огляд може бути відкладений¹⁰. Таке рішення пов'язане з необхідністю здійснення підготовки до проведення цього різновиду судового огляду.

Огляд на місці проводить увесь склад суду. В огляді також беруть участь секретар судового засідання, судовий розпорядник. Учасники судового провадження під час проведення цієї процесуальної дії користуються однаковими процесуальними правами.

Суб'єктів огляду на місці, як і судового огляду речових доказів та документів, можна поділити на обов'язкових, які беруть участь у проведенні цієї процесуальної дії згідно з вимогами закону, та на факультативних, котрі залучаються до участі в огляді за рішенням суду з урахуванням конкретних обставин кримінального провадження.

Участь в огляді на місці свідків доцільна, якщо їхні показання стосуються місця, що оглядається. Зокрема, вони можуть повідомити, чи змінилася обстановка місця події, де знаходилися учасники події, надати допомогу у з'ясуванні обставин та окремих деталей обстановки тощо.

Участь спеціалістів необхідна для надання суду компетентної допомоги з фахових (наприклад, в огляді місця дорожньо-транспортної події) та технічних (для фіксації ходу та результатів цієї процесуальної дії) питань.

Експерт залучається до проведення огляду на місці для вивчення обстановки та обставин події, що стосуються предмету експертизи. Так, участь експерта в огляді на місці є необхідною, коли суд уважає, що експерт під час проведення дослідження має врахувати відомості, що можуть бути одержані тільки за результатами цієї процесуальної дії. До того ж експерт залучається до огляду на місці й у разі, коли суд перевіряє висновок експерта з урахуванням обстановки цього місця.

Більше того, в огляді на місці можуть брати участь й інші суб'єкти: представники підприємств, установ, організацій, на території або у приміщеннях яких проводиться огляд; працівники поліції, які забезпечують порядок під час проведення огляду; працівники конвойної служби, які забезпечують охорону обвинуваченого; допоміжний персонал, що надає суду технічну допомогу.

Спостерігати за проведенням огляду на місці можуть будь-які особи.

Відповідно до ч. 2 ст. 361 КПК України, огляд на місці здійснюється згідно з правилами, передбаченими кримінально-процесуальним законом для

огляду під час досудового розслідування. Такі правила викладено у ст. 237 КПК України під назвою «Огляд»¹¹.

Звернення до ст. 237 КПК України дає змогу поділити її положення на дві групи.

Перша група норм регламентує коло учасників слідчого огляду, визначає їхнє право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу огляду, а також визначає порядок фіксації ходу та результатів цієї слідчої (розшукової) дії (чч. 3, 4, 7 ст. 237 КПК України)¹². Такі приписи, маючи релевантний характер до огляду на місці, з певними корективами фактично вже відображено у ст. 361 КПК України.

Натомість друга група положень ст. 237 КПК України стосується процедури огляду та вилучення речей і документів за наслідками такої процесуальної дії, заборони вчиняти дії, що заважають проведенню огляду (чч. 5, 6)¹³. Кримінально-процесуальні норми такого змісту можуть бути застосовані й до огляду на місці.

Так, під час проведення огляду на місці дозволяється вилучення лише речей і документів, які мають значення для кримінального провадження, та речей, вилучених з обігу. Усі вилучені речі і документи підлягають негайному огляду та опечатуванню із завірненням підписами головуючого та секретаря судового засідання. У разі якщо огляд речей і документів на місці здійснити неможливо або їх огляд пов'язаний з ускладненнями, вони опечатуються і зберігаються у такому вигляді доти, доки не буде здійснено їх остаточний огляд у залі судового засідання.

Більше того, суд має право заборонити будь-якій особі залишити місце огляду до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню огляду. Невиконання цих вимог тягне за собою передбачену законом відповідальність.

Водночас вищенаведені правила стосуються проведення огляду, місцем якого не є житло чи інше володіння особи.

Правову регламентацію огляду житла чи іншого володіння особи, відповідно до відсилання ч. 2 ст. 237 КПК України, викладено у ст. 236 КПК України¹⁴.

Вивчення змісту цієї статті дає змогу виокремити такі особливості огляду житла чи іншого володіння особи, що проводиться під час судового розгляду:

Ухвала про огляд житла чи іншого володіння особи виконується судом та учасниками судового провадження.

Огляд житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали суду повинен відбуватися в час, коли

¹¹ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

¹² Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

¹³ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

¹⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

¹⁰ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

заподіюється найменша шкода звичайним заняттям особи, яка ними володіє, якщо тільки суд не вважає, що виконання такої умови може істотно зашкодити меті огляду.

Перед початком виконання ухвали суду особи, яка володіє житлом чи іншим володінням, а за її відсутності – іншій присутній особі судовим розпорядником або секретарем судового засідання повинна бути пред'явлена ухвала і надана її копія.

Суд не має права заборонити учасникам огляду користуватися правовою допомогою адвоката або представника. Суд зобов'язаний допустити такого адвоката або представника до огляду на будь-якому етапі його проведення.

У разі відсутності осіб у житлі чи іншому володінні копія ухвали повинна бути залишена на видному місці у житлі чи іншому володінні особи. При цьому суд зобов'язаний забезпечити схоронність майна, що знаходиться у житлі чи іншому володінні особи, та неможливість доступу до нього сторонніх осіб.

Огляд на місці проводиться в обсязі, необхідному для досягнення мети огляду.

Під час проведення огляду на місці дозволяється відкривати закриті приміщення, сховища, речі, якщо особа, присутня при огляді, відмовляється їх відкрити або огляд здійснюється за відсутності особи, яка володіє житлом чи іншим володінням.

Другий примірник протоколу огляду на місці разом із доданим до нього описом вилучених документів та тимчасово вилучених речей (за наявності) вручається особі, у якої проведено огляд, а в разі її відсутності – повнолітньому членові її сім'ї або його представникові.

Під час проведення огляду на території або у приміщенні підприємства, установи або організації другий примірник протоколу вручається керівнику або представникові підприємства, установи або організації.

Автори одного з науково-практичних коментарів до КПК України стверджують, що про проведення огляду на місці суд постановляє мотивовану ухвалу¹⁵. Таке твердження потребує уточнення: за умови заявлення про це обґрунтованого клопотання. Якщо проведення огляду на місці вже заплановано в ухвалі про обсяг доказів і порядок їх дослідження або в ухвалі про зміну обсягу доказів та порядку їх дослідження, то така ухвала не виноситься. Винесення окремої ухвали про огляд на місці вимагається лише у разі, якщо місцем огляду є житло або інше володіння особи.

За результатами вивченої судової практики найчастіше огляд на місці проводиться за клопотанням учасників судового провадження у зв'язку з проведенням огляду місця події під час досудового розслі-

дування з істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону, тактичними помилками, неповною або неточною фіксацією у протоколі огляду місця події обставин, які мають значення для кримінального провадження, невідповідністю результатів огляду місця події іншим доказам у кримінальному провадженні.

Виїзд суду та учасників кримінального провадження для огляду на місці – складова частина цієї процесуальної дії, тому після прибуття на місце та проведення низки підготовчих дій (скажімо, здійснення загального ознайомчого огляду, уточнення меж місця огляду, визначення послідовності огляду об'єктів на місці) головуючий оголошує про продовження судового засідання, пересвідчується у присутності на ньому учасників кримінального провадження, нагадує їм про завдання огляду та порядок його проведення, а також наголошує на необхідності дотримання розпорядку судового засідання.

Згідно з ч. 3 ст. 361 КПК України, на місці огляду учасникам кримінального провадження, які беруть у ньому участь, можуть бути поставлені запитання, пов'язані з проведенням огляду¹⁶.

По суті, під час огляду на місці відбувається своєрідна перевірка показань на місці тих осіб, які були учасниками події або очевидцями. Особливо це актуально тоді, коли обвинувачений стверджує, що протокол огляду місця події, схеми до нього складені з помилками, не відображають реальної обстановки події.

Відповідно до ч. 4 ст. 361 КПК України, учасники судового провадження під час огляду мають право звертати увагу суду на те, що, на їхню думку, може мати доказове значення¹⁷. Таке положення є проявом засади диспозитивності під час судового розгляду, дає можливість реалізовувати учасникам судового провадження покладені на них кримінально-процесуальним законом функції.

Висновки

Положення ч. 1 ст. 361 КПК України, згідно з яким огляд на місці проводиться «у виняткових випадках», вносить невизначеність та неоднозначність у розуміння його завдань, а тому є зайвим. Більше того, воно знаходиться у колізії з приписом цієї ж частини згаданої статті КПК України, відповідно до якої певне місце під час судового розгляду оглядається за необхідності. Саме таке законодавче формулювання видається доречним: огляд на місці здійснюється у разі необхідності. Тож словосполучення «у виняткових випадках» доречно виключити з редакції ч. 1 ст. 361 КПК

¹⁵ Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 р. / за ред. О.А. Банчука, Р.О. Куйбіди, М.І. Хавронюка. Харків : Фактор, 2013. С. 655.

¹⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

¹⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

України. У ч. 1 ст. 361 КПК України закріплено застереження: огляд на місці не може проводитися під час здійснення провадження судом присяжних. Як відомо, у кримінально-процесуальному законодавстві України запроваджено континентальну модель участі народу у здійсненні правосуддя, за якої засідателі від народу, вирішуючи питання права і факту, мають такі ж права, що й професійні судді, беруть активну участь у дослідженні доказів та всіх матеріалів справи, не тільки встановлюють сам факт діяння, а й визначають наявність усіх елементів складу кримінального правопорушення. Тому останнє речення ч. 1 ст. 361 КПК

України про те, що «огляд на місці не може проводитися під час здійснення провадження судом присяжних» належить виключити. Після прибуття на місце та проведення низки підготовчих дій головуючий оголошує про продовження судового засідання, пересвідчується у присутності на ньому учасників кримінального провадження, нагадує їм про завдання огляду та порядок його проведення, а також наголошує на необхідності дотримання розпорядку судового засідання. Під час огляду на місці відбувається своєрідна перевірка показань на місці тих осіб, які були учасниками події або очевидцями.

Prospects for the introduction of a family mediation institute in Ukraine: the experience of the Kingdom of Spain

Tsemko Sophia

PhD Student at Civil Law Department

of the Faculty of Law

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

The article is devoted to a comprehensive study of the realities of today with regard to the introduction of a family mediation institute in Ukraine and the experience of regulating the issue of the Kingdom of Spain.

In particular, it is found that the attempt to consolidate the Institute of Mediation at the level of the relevant law is not new to Ukraine.

It is suggested that family mediation should be understood as a negotiation process for resolving family conflicts involving a neutral mediator, which helps to find and make the most optimal decision for both parties.

It is found that the adoption of a normative legal act that would fix at the national level the principles of mediation, the requirements for mediators, their rights, duties, responsibilities, the procedure for mediation (its stage), the term of mediation and the implementation of the reconciliation agreement, the grounds termination of mediation, etc., plays an important role in the pre-trial settlement of the dispute.

Family mediation has been found to be one of the alternative litigation procedures for conflict resolution in the Kingdom of Spain.

The example of the experience of the Kingdom of Spain illustrates that the basis for the application of family mediation should be the adoption of a separate law defining the general provisions of the mediation procedure, as well as a special law on family mediation.

Given the positive aspects of the existence of a family mediation institute in the Kingdom of Spain, and given the overburdened domestic courts with family disputes, the need to adopt a law on mediation and a special law on family mediation is substantiated in Ukraine. Proposed recommendations for improving the draft law (2706) based on the experience of Spain.

Перспективи запровадження інституту сімейної медіації в Україні: досвід Королівства Іспанія

Цемко Софія Олександрівна

аспірантка кафедри цивільного права

юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна

Вступ

Уже далеко не перший рік у наукових колах активно дискутується питання запровадження інституту сімейної медіації в Україні: проводяться конференції, публікуються статті, дисертації; науковці Чернівецького національного університету ім. Ю. Федьковича працюють над створенням Федерації медіації та розробленням програми для магистрів-медіаторів, який спрямований на те, щоб розвивати в Україні практику залучення до вирішення конфліктів незалежної сторони – медіатора, який попередньо пройде підготовку. Загалом до проєкту «Медіація: навчання та трансформація суспільства» залучено понад 10 команд із різних країн світу: Грузії, Іспанії, Нідерландів, Латвії, Німеччини, Азербайджану та України. Також партнерами проєкту від України є Університет «КРОК» та Харківський національний університет ім. В. Каразіна.

Не залишаються осторонь і юристи-практики (проводяться різноманітні тренінги, семінари, форуми, дискусії).

Необхідно зауважити, що для нашої держави намагання закріпити інститут медіаторства на рівні профільного закону не є новим. Неодноразово вносилися проєкти законів про медіацію (№ 2480-1, № 10301-1, № 3665, № 3665-1 № 10425, № 2706), неодноразово наголошувалося на необхідності законодавчого врегулювання цього питання за допомогою спеціального закону. Проте дотепер відповідний закон так і не ухвалено.

По суті, інститут медіаторства в Україні вже діє не перший рік (зареєстровано ГО «Ліга медіаторів України» та діють Національна асоціація медіаторів України, Українська академія медіації; Національна школа суддів здійснює навчання щодо проведення процедури медіації; діють регіональні асоціації медіації, наприклад Львівський центр медіації вже протягом двох років надає послуги із сімейної медіації на безоплатній основі, і т. д.).

Однак це лише підтверджує потребу врегулювання медіації на рівні профільного законодавства. Особливо актуальним є, на нашу думку, питання врегулювання саме сімейної медіації.

З огляду на вказане та з урахуванням євроінтеграційного курсу нашої держави актуалізується питання вивчення зарубіжного досвіду у цій сфері, оскільки у процесі імплементації процедури медіації в українське законодавство необхідно враховувати та використовувати зарубіжний досвід, зважаючи на те, що в багатьох країнах нормативно-правові акти, якими регулюються відносини у сфері медіації, прийняті досить давно та пройшли через процес їх реалізації шляхом застосування в різноманітних спорах.

Особливо цікавим видається досвід Королівства Іспанія, адже це одна з небагатьох країн, де законодавче закріплення медіації як виду судочинства відбулося ще на початку 80-х років минулого сторіччя. Крім того, в окремих регіонах Іспанії нині діють профільні закони у сфері саме сімейної медіації.

Мета статті – комплексне вивчення реалій вітчизняного сьогодення стосовно запровадження інституту сімейної медіації та досвіду з регулювання цього питання Королівства Іспанії, вироблення на підставі отриманих даних рекомендацій щодо законодавчого врегулювання інституту сімейної медіації в Україні.

Виклад основного матеріалу

Розірвання шлюбу, поділ майна, що є спільною власністю подружжя, визначення місця проживання дитини, стягнення аліментів, визнання та позбавлення батьківських прав – далеко не всі проблеми, з якими чи не кожному громадянину України доводиться сьогодні звертатися до суду. З огляду на це, цілком логічно видається ситуація перенавантаження українських судів справами саме цієї категорії, тому слушно, на нашу думку, зауважується в науковій літературі¹ на часі запровадження в Україні інституту сімейної медіації. У цьому контексті науковий інтерес становить проєкт закону України «Про медіацію» № 2706 від 28.12.2019², внесений О. Гончаруком (далі – проєкт № 2706).

Системний аналіз положень проєкту № 2706 свідчить, що, попри певну прогресивність порівняно зі своїми попередниками, він усе ще потребує вдосконалення. Зокрема, компаративістський аналіз проєкту закону України «Про медіацію» № 2706 та Закону 3/2007 Автономної спільноти Князівства Астурія

«Про сімейну медіацію»³ (далі – Закон 3/2007) дає можливість припустити щодо доцільності часткової імплементації в майбутній український закон положень Закону 3/2007 стосовно визначення дефініції «медіація». Наприклад, у проєкті № 2706 медіація визначається як добровільна, позасудова, конфіденційна, структурована процедура, під час якої сторони за допомогою медіатора (медіаторів) намагаються врегулювати конфлікт (спір) шляхом переговорів⁴, а в Законі 3/2007 указується, що сімейна медіація являє собою позасудову, добровільну процедуру, створену з метою вирішення конфліктів, що можуть виникати в межах, визначених наступною статтею, та яка здійснюється за участі неупередженої третьої особи – сімейного медіатора, акредитованого належним чином і без права прийняття рішень, який інформує, орієнтує та допомагає сторонам конфлікту у полегшенні діалогу та сприяє пошуку тривалої і стабільної угоди з метою уникнення, припинення або скорочення судового процесу⁵. Як бачимо, у визначенні медіації, наведеному в законодавстві Іспанії, чітко визначаються роль та завдання медіатора. На нашу думку, такі уточнення було б доцільно внести й до вітчизняного законодавства. Також на увагу заслуговує уточнення щодо акредитованості медіатора.

Цікавими також видаються положення обох законів стосовно встановлення принципів медіації. За проєктом № 2706 медіація проводиться за взаємною згодою сторін медіації з урахуванням принципів добровільності, конфіденційності, незалежності та нейтральності медіатора, неупередженості медіатора, самовизначення та рівності прав сторін медіації. Водночас Закон 3/2007 до принципів відносить: добровільність, нейтральність, неупередженість, конфіденційність, безпосередність та добросовісність. Як бачимо, іспанський законодавець не згадує про принцип незалежності медіатора, а також самовизначення та рівності прав сторін медіації. Своєю чергою, для України буде корисним доповнити наведений перелік запозиченими з іспанського законодавства принципами безпосередності та добросовісності.

Не можна оминати увагою й установлені досліджуваними нормативно-правовими актами вимоги до медіатора. Згідно зі ст. 9 проєкту № 2706, медіатором може бути фізична особа, яка має вищу освіту та пройшла базову підготовку у сфері медіації в Україні або за її межами. Більш удаюло видається редакція, запропонована у законодавстві Іспанії, де зазначається, що медіатор повинен мати вищу освіту з права, психології, педагогіки, соціальної роботи або соціальної освіти.

¹ Даниляк А.В. Медіація як новітній засіб вирішення сімейних спорів. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 3. С. 56 ; Леко Б. Медіація в сімейних конфліктах і розлученнях. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 5. С. 29 ; Бондарчук Н., Бугайчук А. Проблеми правового регулювання медіації в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 10. С. 209–213 ; Ясинівський І.Г. Імплементація процедури медіації в українське законодавство: теоретико-правовий аналіз : дис. ... кандидата юридичних наук : 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. Київ, 2016. 295 с.

² Проєкт закону України «Про медіацію» № 2706 від 28.12.2019. URL : http://w1.l1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67831 (дата звернення: 11.05.2020).

³ Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. URL : <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13751-consolidado.pdf> (дата звернення: 11.05.2020).

⁴ Проєкт закону України «Про медіацію» № 2706 від 28.12.2019. URL : http://w1.l1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67831 (дата звернення: 11.05.2020).

⁵ Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. URL : <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13751-consolidado.pdf> (дата звернення: 11.05.2020).

Такі уточнення, на нашу думку, є цілком слушними, адже сумнівним може бути значення медіатора, який має вищу освіту з точних наук. Водночас дещо прогресивнішим порівняно із Законом 3/2007 є проєкт № 2706 стосовно обмежень для посади медіатора. Маємо на увазі уточнення, сутність яких зводиться до того, що медіатором не може бути особа, яка має незняту чи непогашену судимість, визнана судом обмежено дієздатною або недієздатною⁶.

Окрім того, безперечно, похвальною також є норма проєкту стосовно того, що сторони медіації, державні органи та органи місцевого самоврядування можуть установлювати додаткові вимоги до медіаторів, яких вони залучають або послугами яких користуються, у тому числі щодо віку, освіти, досвіду роботи⁷.

Однак має проєкт й певні недоліки у цій частині. Зокрема, доцільно було б аналогічно до законодавства Іспанії закріпити у законодавстві України уточнення щодо також обов'язкової вимоги до медіаторів бути зареєстрованим у Реєстрі медіаторів⁸.

Вартими для імплементації видаються також положення ст. 20 Закону 3/2007 стосовно самовідводу та відводу медіатора, адже на разі у проєкті № 2706 відповідні норми відсутні. Зокрема, доцільно було б закріпити у проєкті № 2706 окрему статтю у такій редакції:

«1. Медіатор повинен взяти самовідвід протягом п'яти днів із моменту повідомлення про його призначення з таких причин:

а) за наявності конфлікту інтересів із будь-якою зі сторін;

б) за наявності подружнього або іншого подібного зв'язку, або кровного споріднення, або споріднення до четвертого ступеня з однією зі сторін, із радниками чи законними представниками сторін, а також якщо має спільний із ними офіс або пов'язаний із ними через надання консультацій або представництво інтересів;

в) у разі міцних дружніх стосунків лише з однією зі сторін або відкритої ворожнечі з будь-якою з них;

г) у разі професійної участі на користь або проти будь-якої зі сторін медіації.

2. Якщо будь-яке з перелічених у попередній частині припущень має місце, а медіатор не бере самовідвід, сторона може протягом п'яти днів із моменту, коли дізналася про ухвалення кандидатури медіатора та про причину самовідводу, оскаржити його призначення шляхом подання письмової заяви із зазначенням причин відводу».

Що ж стосується, наприклад, прав та обов'язків медіатора, то, згідно з проєктом № 2706, медіатор має право:

1) самостійно визначати методику проведення медіації за умови дотримання вимог законодавства про медіацію, правил проведення медіації та етики медіатора;

2) отримувати від сторін конфлікту (спору) інформацію про такий конфлікт (спір) в обсязі, необхідному та достатньому для проведення медіації;

3) провадити свою діяльність на оплатній чи безоплатній основі, індивідуально або разом з іншими медіаторами, утворювати об'єднання медіаторів;

4) на відшкодування витрат, здійснених для підготовки і проведення медіації, а також на винагороду у розмірі та формі, передбачених договором про проведення медіації та/або правилами проведення медіації;

5) відмовитися від проведення медіації з етичних або особистих міркувань;

6) збирати та поширювати знеособлену інформацію про кількість, тривалість та результативність проведених ним медіацій;

7) мати інші права, передбачені законодавством, договором про проведення медіації або правилами проведення медіації⁹.

Водночас медіатор зобов'язаний:

1) виконувати свої обов'язки відповідно до цього Закону, дотримуватися принципів медіації, правил проведення медіації та етики медіатора;

2) не розголошувати відомості, одержані ним у зв'язку з проведенням медіації;

3) повідомити сторонам медіації до початку та протягом проведення медіації про обставини, що можуть викликати обґрунтовані сумніви у його незалежності та неупередженості, проводити медіацію лише за наявності письмової згоди всіх сторін медіації та відповідно до свого внутрішнього переконання щодо дотримання ним принципів незалежності та неупередженості;

4) припинити медіацію у разі суперечності між особистими інтересами медіатора та його обов'язками, яка може вплинути на його неупередженість та нейтральність під час медіації, а також за наявності інших обставин, що унеможливають його участь або вимагають припинення його участі в медіації;

5) поінформувати сторони та інших учасників медіації про їхні права та обов'язки, принципи та правила проведення медіації, можливість отримання консультацій у відповідних спеціалістів (експертів), наслідки укладення договору про проведення медіації та/або угоди за результатами медіації в письмовій чи усній формі, професійний досвід та компетенцію медіатора;

6) керувати медіацією;

7) постійно підвищувати свій професійний рівень;

8) виконувати інші обов'язки, передбачені цим Законом¹⁰.

⁶ Проєкт закону України «Про медіацію» № 2706 від 28.12.2019. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67831 (дата звернення: 11.05.2020).

⁷ Проєкт закону України «Про медіацію» № 2706 від 28.12.2019. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67831 (дата звернення: 11.05.2020).

⁸ Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. URL : <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13751-consolidado.pdf> (дата звернення: 11.05.2020).

⁹ Проєкт закону України «Про медіацію» № 2706 від 28.12.2019. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67831 (дата звернення: 11.05.2020).

¹⁰ Проєкт закону України «Про медіацію» № 2706 від 28.12.2019. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67831 (дата звернення: 11.05.2020).

Права медіатора у Законі 3/2007 викладено значно стисліше. Зокрема, медіатору надається дуже обмежений перелік прав:

а) Не розпочинати медіацію або припинити вже розпочату.

б) За винятком випадків безоплатної медіації одержати гонорар безпосередньо від сторін, а також на відшкодування витрат, спричинених медіацією¹¹.

Водночас коло обов'язків медіатора за законодавством Іспанії є чималим. Окрім обов'язків, що впливають із принципів та гарантій, передбачених у Главі II, та зобов'язання щодо самовідводу, передбаченого у статті 20, медіатор під час своєї діяльності повинен:

а) полегшувати спілкування сторін та сприяти взаєморозумінню між ними;

б) інформувати сторони про необхідність забезпечення в першу чергу інтересів дітей, особливо малолітніх та юридично недієздатних;

в) заохочувати сторони приймати свої власні рішення, маючи достатню інформацію і через надання консультацій для розроблення угод у вільний спосіб, на засадах доброї волі і без примусу;

г) бути коректним та зберігати професійну таємницю стосовно фактів, що стають відомі під час процесу медіації, навіть після припинення медіації;

г) не здійснювати надалі інші, крім медіації, професійні функції щодо жодної зі сторін та стосовно питань конфлікту, що підлягає сімейній медіації, за винятком випадків, коли всі сторони погоджуються, надаючи при цьому письмову згоду, а сімейний медіатор має відповідну для цих випадків професійну кваліфікацію;

д) утримуватися від участі як свідка чи експерта у будь-якому типі процедур чи процесів, що зачіпають предмет медіації, за винятком випадків, коли сторони погоджуються, надаючи письмову згоду, та за наявності відповідної професійної кваліфікації;

е) попередити сторони під час первинної інформаційної наради про зміст ст. 12.2 цього Закону¹².

Так само сімейний медіатор зобов'язаний надавати Міністерству з питань соціального забезпечення статистичні дані на його запит, при цьому в будь-якому разі забезпечуючи захист персональних даних користувачів та додержуючись обов'язку конфіденційності сімейного медіатора в межах Закону Князівства Астурія 7/2006 від 3 листопада «Про статистику»¹³.

На нашу думку, цінними в аспекті запозичення для України є положення Закону Князівства Астурія щодо уточнення терміну дії обов'язку зберігати таємницю

¹¹ Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. URL : <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13751-consolidado.pdf> (дата звернення: 11.05.2020).

¹² Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. URL : <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13751-consolidado.pdf> (дата звернення: 11.05.2020).

¹³ Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. URL : <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13751-consolidado.pdf> (дата звернення: 11.05.2020).

стосовно фактів, що стають відомі під час процесу медіації, навіть після припинення медіації¹⁴.

Водночас законодавцю Іспанію було б доцільно розглянути можливість запровадження у законодавство встановленого в проєкті зобов'язання постійно підвищувати свій професійний рівень.

Також необхідно зазначити про те, що проєкт № 2706 на відміну від Закону 3/2007 не містить статті щодо безоплатної медіації, що, на нашу думку, вчергове підтверджує необхідність його перегляду.

До того ж важливим у контексті запозичення є досвід Іспанії стосовно регулювання у законодавстві про медіацію питання відповідальності медіатора, адже у проєкті № 2706 зазначається лише, що:

1) медіатор несе відповідальність за порушення вимог цього Закону в порядку, передбаченому законом;

2) медіатор також може нести відповідальність, визначену статутом та/або положенням про об'єднання медіаторів, членом яких він є¹⁵.

У законодавстві ж Іспанії питанню відповідальності відведено цілий розділ, у якому детально розписано декілька рівнів порушень та відповідальність за них.

Висновки

Таким чином, можна зробити висновок, що сімейна медіація – це переговорний процес із вирішення сімейних конфліктів за участю нейтрального посередника, який сприяє пошуку та прийняттю найбільш оптимального для обох сторін рішення.

З огляду на позитивні аспекти медіації, а також урахувавши надмірну перевантаженість вітчизняних судів сімейними спорами та успішний зарубіжний досвід у цій сфері, доходимо висновку про необхідність прийняття в Україні закону про медіацію, а також спеціального закону про сімейну медіацію.

Однак зареєстрований проєкт закону України «Про медіацію» № 2706 від 28.12.2019 потребує вдосконалення з урахуванням запропонованих нами змін. А проєкт закону «Про сімейну медіацію» має бути розроблено на базі вже вдосконалених положень проєкту № 2706 та з урахуванням досвіду врегулювання даного питання в законодавстві Іспанії.

На нашу думку, запропоновані зміни сприятимуть більш ефективному розвитку альтернативного вирішення сімейних суперечок та матимуть лише позитивні наслідки для українського правосуддя, а також сприятимуть більш ефективному захисту сімейних прав та інтересів дітей.

Окрім того, можна з упевненістю сказати, що прийняття законодавства про медіацію забезпечить наближення законодавства України до європейських стандартів.

¹⁴ Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. URL : <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13751-consolidado.pdf> (дата звернення: 11.05.2020).

¹⁵ Проєкт закону України «Про медіацію» № 2706 від 28.12.2019. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67831 (дата звернення: 11.05.2020).

Legal basis for the transfer of ownership of land in Ukraine on competitive terms

Shcherbyak Yuliya

*Postgraduate Student of the Department of Civil, Economic and Environmental Law
National Technical University "Dniprovsk Polytechnic", Ukraine*

The author of the article analyzes the current legislation of Ukraine, which regulates the procedure for acquiring land ownership by participating in land auctions.

The Land Code of Ukraine does not contain a definition of a land auction. After analyzing the legislation of Ukraine on the analogy of competitive procedures and scientific approaches, the author proposes the following definition: Land auction is a legal form of transfer of ownership of land to citizens of Ukraine, conducted in the form of open public sales (including electronic) procedure, as a result of which the right to enter into a contract of sale or registration of ownership of land on the basis of the protocol on the winner of the tender receives uch asnik, who offered the highest price.

The transfer of ownership of land to citizens of Ukraine on a competitive basis is a special legal form that includes the procedure of competition (competition). Taking into account such factors as: limited land plots; competitiveness of relations in market conditions; completion of the administrative reform, when land auctions become one of the ways to fill local budgets, land auctions are expected to be publicly and competitively used.

Taking into account the analysis of current legislation, the following features of the procedure of legal forms of transfer of ownership of land to citizens can be identified: a) conducting a land auction on the basis of Chapter 21 of the Civil Code of Ukraine; b) conducting land auctions in the process of privatization of state and communal property in accordance with the Law "On privatization of state and communal property"; c) conducting land auctions of seized and mortgaged property on the basis of the Law "On Enforcement Proceedings" and the Law "On Mortgage". Land auctions take place in two forms: electronic land auction and land auction in the physical presence of participants.

Правові засади переходу права власності на земельні ділянки в Україні на конкурентних умовах

Щербяк Юлія Василівна

*аспірант кафедри цивільного, господарського та екологічного права
Національного технічного університету «Дніпровська політехніка», Україна*

Вступ

Метою публікації є узагальнення чинного законодавства, що регулює питання проведення земельних аукціонів в Україні, та систематизація наявних у законодавстві України правових моделей переходу права власності на земельні ділянки громадянам України на конкурентних засадах.

Виклад основного матеріалу

Юридична енциклопедія¹ дає визначення поняття «конкуренція» – (пізньолатинське *concurrere* – змагання, суперництво, від лат. *Concurrere* – стикатися, суперничати, змагатися) – економічне суперництво між відокремленими товаровиробниками за задоволення своїх інтересів, вигідні умови виробництва та збуту товарів з метою одержання більш високого прибутку, а також змагальність підприємців, коли їх самостійні дії обмежують можливості кожного з них впливати на загальні умови реалізації товарів на ринку і стимулюють виробництво необхідної споживачеві продукції.

Окремі вчені критично висловлюються щодо участі у земельних аукціонах пересічних селян, адже у селянина немає доступу до фінансових ресурсів та обмежені кредитні можливості².

З огляду на це важливо розуміння особливості правової форми переходу права власності на земельні ділянки громадянам, щоб оцінити її користь та переваги у застосуванні до такого об'єкту, як земельні ділянки. Адже конкуренція розглядається в системі економічного суперництва, що не завжди є визначальним у питаннях поведінки із найбільш цінним природним ресурсом – землею.

Для проведення аналізу юридичної категорії «земельні торги (аукціон)» слід звернутися до понять, якими оперуємо. Відомо, що Земельний кодекс України не містить визначення земельного аукціону.

Водночас конкурентний підхід у «набутті права» використовується у чинному законодавстві України, зокрема, Законі України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII³, яким передбачено такі процедури: «відкриті

¹ Юридична енциклопедія: в 6 т. / за ред. Ю.С. Шемчушенка. Київ : «Укр. енциклопедія» ім. М.П. Бажана, 2001. Т. 6. С. 263

² Кривецький О.П. Земельні аукціони – удар по корупції чи по фермерству? *Громадська думка про правотворення*. 2016. № 10. С. 3–5.

³ Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19>.

торги», «конкурентний діалог», «переговорна процедура закупівлі». Згідно зі статтями 12, 20 вказаного Закону під час процедури відкритих торгів тендерні пропозиції мають право подавати усі зацікавлені особи. Відкриті торги є основною процедурою закупівлі, що розпочинається з оголошення про закупівлі. Участь у відкритих торгах відбувається шляхом подання тендерних пропозицій. Для визначення переможця відкритих торгів використовується програмне забезпечення електронного аукціону, в якому оцінка тендерних пропозицій відбувається автоматично, на основі критеріїв оцінки, зазначених замовником. Конкурентний діалог як процедура (форма) відбору застосовується у разі, коли замовник не може визначити необхідні характеристики та види професійних послуг. Переговорна процедура закупівлі використовується як виняток та полягає у тому, що укладенню договору про закупівлю передують переговори.

Таким чином, **публічність, відкритість та змагальність** є ключовими в такій юридичній категорії, як аукціон.

Зважаючи на те, що законодавець під час регулювання конкурентних процедур переходу права власності на земельні ділянки одночасно вживає термін «торги» і «аукціон», вважаємо за доцільне вказати на тотожність цих понять. Аналогічна думка відображена і в окремому науковому дослідженні⁴. Зокрема, запропоновано визначення «земельного аукціону» як форми «земельних торгів», під час якої здійснюється конкурентний продаж земельної ділянки, переможцем якого стає той учасник, який запропонував найвищу ціну та з яким укладається договір за підсумками аукціону⁵.

Через відсутність визначення «земельних торгів (аукціону)» у законодавстві, окремими науковцями у правовій літературі пропонуються власні визначення вказаного поняття. Так, український науковець А. Мартин запропонував визначення земельного аукціону як способу відчуження прав на земельні ділянки, що передбачає виставлення їх у формі лоту на торги, прийняття ставок учасниками та продаж цих прав учаснику, що запропонував найвищу ціну за лот. А у вузькому сенсі, науковець пропонує під «земельним аукціоном» розглядати сукупність правил та процедур, що регулюють публічну форму обороту прав на земельні ділянки та дозволяють визначити їх ціну⁶.

⁴ Караханян К.М. Правові засади конкурентного продажу земельних ділянок в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 ; Нац. Інститут біоресурсів і природокористування. Київ. 2016. С. 25.

⁵ Там же. Караханян К.М. Правові засади конкурентного продажу земельних ділянок в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 ; Нац. Інститут біоресурсів і природокористування. Київ. 2016. С. 4.

⁶ Мартин А.В. Земельний аукціон як механізм відчуження земельних ділянок. *Земельне право України: теорія і практика*. 2010. № 5. С. 5–10.

На нашу думку, спірними є окремі тези, висловлені науковцем, зокрема, що земельна ділянка не може виступати «лотом», адже земельна ділянка не переходить від одного власника до іншого, а лише права на неї. Тому більш логічно було б вказувати, що лотом на земельному аукціоні виступає «право власності на земельну ділянку», а не земельна ділянка, яка є непорушна в часі та просторі. Крім того, щодо прав на земельні ділянки доцільно, на нашу думку, вживати категорію «перехід прав на земельні ділянки», а не «оборот прав на земельні ділянки», адже права на земельну ділянку не можуть перебувати «в обороті», бо тоді земельна ділянка, зокрема сільськогосподарського призначення, не зможе виконувати продовольчу функцію.

Професор В.В. Носік визначає земельний аукціон як урегульований чинним земельним законодавством продаж земельних ділянок, за яким право на укладення договору отримує той з учасників, який запропонував найвищу ціну за відповідний лот – земельну ділянку⁷.

Вчений розглянув земельний аукціон як форму продажу земельних ділянок, що є спірним. Адже, на нашу думку, перехід права власності на земельні ділянки на конкурентних засадах є самостійною правовою формою, відмінною від продажу земельних ділянок або переходу прав за іншими цивільно-правовими угодами. Відмінними є передусім правові підстави використання такої правової форми переходу права власності на земельну ділянку, як «земельний аукціон», а саме норми глави 21 ЗК України, законів України «Про приватизацію державного та комунального майна», «Про виконавче провадження». Відмінною ознакою є наявність змагальності в отриманні права на перехід у власність земельної ділянки, тоді як за цивільно-правовим договором купівлі-продажу право на укладення такого договору отримує покупець за домовленістю з продавцем. Таким чином, наявність етапу укладення договору купівлі-продажу прав на земельну ділянку як етапу переходу права власності на таку ділянку на конкурентних умовах, на нашу думку, не дозволяє відносити таку правову форму до угод купівлі-продажу. Вважаємо, що запропоноване визначення потребує подальшого вдосконалення.

Український вчений П.Ф. Кулинич стверджує, що земельний аукціон – це різновид публічних земельних торгів, на підставі яких право власності на земельну ділянку набуває той з учасників, що запропонував найвищу ціну⁸.

Погоджуємося з автором та вважаємо, що конкурентний підхід до визначення нового власника земельної ділянки є визначальною та відмінною ознакою правової форми переходу права власності

⁷ Носік В.В. Земельні торги: поняття та юридичне значення. *Приватизація землі: закон, практика, проблеми*. 2003. № 2. С. 387–39.

⁸ Кулинич П.Ф. Земельна ділянка як об'єкт правових відносин. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 3. С. 54–58.

на земельні ділянки громадянам на конкурентних засадах.

Отже, проаналізувавши наявні у чинному законодавстві України визначення та наукові підходи до розуміння поняття «земельний аукціон», а також його сутність та особливості, хочемо запропонувати таке визначення: *Земельний аукціон – це правова форма переходу права власності на земельні ділянки громадянам України, що проводиться у формі відкритих публічних продаж (у тому числі в електронній формі) за спеціальною процедурою, в результаті проведення якої право на укладення договору купівлі-продажу або/та реєстрацію права власності на земельну ділянку на підставі протоколу про переможця торгів отримує учасник, який запропонував найвищу ціну.*

На цей час норми правового інституту переходу прав на земельні ділянки громадянам України на конкурентних засадах містяться у Земельному кодексі України. Зокрема, глава 21 Земельного кодексу України містить матеріальні та процедурні норми такого переходу. Так, статтею 134 вказаного кодексу передбачено, що земельні ділянки державної чи комунальної власності підлягають продажу окремими лотами на конкурентних засадах (земельних торгах), крім випадків, встановлених законом, зокрема: розташування нерухомого майна, що є власністю громадянина; надання земельної ділянки громадянину замість тієї, що викуплена для суспільних потреб чи була примусово відчужена з мотивів суспільної необхідності.

Виняткові випадки наведені також і в частині 3 статті 134, а саме: земельні торги не проводяться під час надання (передачі) земельних ділянок громадянам у випадках, передбачених статтями 34 (сінокосіння та випасання худоби), стаття 36 (для городництва) та стаття 121 цього Кодексу (в межах норм безоплатної приватизації для визначених видів використання), а також передачі земель загального користування садівничому товариству та дачному кооперативу. Земельні торги не проводяться у разі безоплатної передачі земельних ділянок особам, статус учасника бойових дій яким надано відповідно до пунктів 19 і 20 частини першої статті 6 Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» від 22 жовтня 1993 р. № 3551-ХІІ⁹.

Закон України «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 р. № 1405-VIII¹⁰ передбачає можливість переходу права власності на земельну ділянку громадянам України на конкурентних засадах шляхом примусового звернення стягнення на земельну ділянку за рішенням суду або виконавчим написом нотаріуса. Норми статті 50 вказаного закону передбачають, що в процесі виконавчого провадження

передусім відбувається звернення стягнення на земельну ділянку, окрему від будинку; у випадку звернення стягнення на будинок, стягнення також звертається на прилеглу земельну ділянку, що належить боржнику. Перехід права власності на земельну ділянку громадянам України на конкурентних засадах, згідно з нормами ЗУ «Про виконавче провадження», здійснюється Державною виконавчою службою та приватними виконавцями за місцем проживання боржника або за місцем знаходження земельної ділянки шляхом проведення електронних земельних аукціонів.

Закон України «Про приватизацію державного та комунального майна» № 2269-VIII від 18 січня 2018 р.¹¹ передбачає можливість переходу права власності на земельну ділянку громадянам України на конкурентних засадах лише одночасно із приватизацією державного та комунального майна та передбачає такі способи конкурентного переходу, як: продаж об'єктів права державної або комунальної власності на аукціоні з умовами; аукціон без умов; аукціон за методом покрокового зниження стартової ціни та подальшого подання цінкових пропозицій; аукціон із зниженням стартової ціни; аукціон за методом вивчення цінкових пропозицій. У кожному разі проведення земельного аукціону відбувається в електронному форматі. При цьому оформлення процедури приватизації відбувається шляхом укладання відповідного договору купівлі-продажу.

Правові засади переходу права власності на земельні ділянки на конкурентних умовах містяться також у Законі України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 р. № 851-IV¹², Законі України «Про електронні довірчі послуги» від 05 жовтня 2017 р. № 2155-VIII¹³, Законі України «Про захист інформації в інформаційно-комунікаційних системах» від 05 липня 1994 р. №80/94-ВР¹⁴, що забезпечують створення та функціонування електронних майданчиків, можливість електронної ідентифікації громадян України для участі в електронних аукціонах, порядок створення та функціонування електронного забезпечення.

Також Закон України «Про оцінку земель» від 11 грудня 2003 р. №1378-IV¹⁵ та Постанова Кабінету Міністрів України «Про експертну грошову оцінку земельних ділянок» від 11 жовтня 2002 р. №1531¹⁶ передбачають порядок проведення оцінки земельних ділянок, права на які виступають об'єк-

⁹ Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3551-12> (дата звернення: 15.04.2020)

¹⁰ Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19> (дата звернення: 15.04.2020)

¹¹ Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2269-19> (дата звернення: 15.04.2020)

¹² Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15> (дата звернення: 15.04.2020)

¹³ Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19> (дата звернення: 15.04.2020)

¹⁴ Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80/94-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 15.04.2020)

¹⁵ Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1378-15> (дата звернення: 15.04.2020)

¹⁶ Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1531-2002-%D0%BF> (дата звернення: 15.04.2020)

тами переходу. Експертна грошова оцінка передбачає визначення ринкової вартості земельної ділянки, за яку вона може бути відчужена. Вказана Постанова визначає розташовані на земельній ділянці будинки, будівлі, споруди, багаторічні насадження, рослинність як *«земельні поліпшення»* та вказує на методику проведення оцінки земельної ділянки без урахування земельних поліпшень. Результати проведення експертної грошової оцінки земельної ділянки оформлюються звітом, який включає місце розташування земельної ділянки; опис та аналіз зібраних та використаних вихідних даних; аналіз найефективнішого використання земельної ділянки; розрахунок вартості земельної ділянки за обраними підходами та висновок про її вартість.

Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 01 липня 2004 р. № 1952-IV¹⁷ та Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затверджений Наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296\2¹⁸, регулюють відносини легітимізації результатів земельного аукціону та внесення відомостей про власника земельної ділянки до Державного реєстру прав. З огляду на те, що державна реєстрація права власності на земельну ділянку є кінцевим етапом переходу права власності, важливим є дослідження особливостей вказаного етапу саме в процедурах переходу на конкурентних засадах. Так, главою 10 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України передбачено право нотаріусів здійснювати посвідчувальні написи у випадках підтвердження придбання майна в процесі прилюдних торгів. Незважаючи на те, що земельна ділянка не є майном, вважаємо, що слід керуватися саме цією нормою, адже цей Порядок не містить окремої вказівки щодо реєстрації права власності на земельну ділянку, придбану з прилюдних торгів. Надалі вважаємо, що норми процедури переходу права власності громадянам на земельні ділянки на конкурентних засадах мають знайти своє закріплення у майбутньому Кодексі законів про землю чи іншому кодифікованому земельному нормативно-правовому акті, зокрема ЗК України.

Наказом Мінагрополітики та продовольства «Про затвердження форм документів, необхідних для про-

ведення земельних торгів» від 25 вересня 2012 року №580¹⁹ визначено форми документів, необхідних для проведення земельного аукціону, серед яких: заява про участь у земельних торгах для фізичних осіб; довідка про отримання документів виконавцем земельних торгів; книга реєстрації учасників земельних торгів; вхідний квиток учасника земельних торгів; інформаційна картка на лот; картка учасника земельних торгів.

Висновки

Таким чином, на підставі викладеного можна сформулювати такі висновки:

1. Перехід права власності на земельну ділянку громадянам України на конкурентних засадах є особливою правовою формою, яка включає процедуру конкуренції (змагальності) за об'єкт переходу – права на земельну ділянку. Відкритість та змагальність є ключовими в таких торгах за це право, як аукціон. Ідеєю земельного аукціону є реалізація принципу забезпечення рівності права власності на земельні ділянки громадянам України, передбаченого статтею 5 ЗК України. Враховуючи такі чинники, як: обмеженість земельних ділянок, що можуть переходити у власність громадянам; конкурентність відносин у ринкових умовах; завершення адміністративної реформи, коли земельні аукціони стануть одним із способів наповнення місцевих бюджетів, очікується, що перехід права власності на земельні ділянки громадянам України із земель державної та комунальної власності матиме публічне та конкурентне застосування.

2. З урахуванням аналізу чинного законодавства можна виділити такі особливості процедури правових форм переходу права власності на земельні ділянки громадянам: а) проведення земельного аукціону на підставі норм глави 21 ЗК України; б) проведення земельних аукціонів у процесі приватизації державного та комунального майна згідно з ЗУ «Про приватизацію державного та комунального майна»; в) проведення земельних торгів арештованого та заставного майна на підставі ЗУ «Про виконавче провадження» та ЗУ «Про іпотеку». Земельні аукціони відбуваються у двох формах: електронний земельний аукціон та земельний аукціон за фізичної присутності учасників.

¹⁷ Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1952-15> (дата звернення: 15.04.2020).

¹⁸ Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12> (дата звернення: 15.04.2020).

¹⁹ Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1656-12> (дата звернення: 15.04.2020).

NOTES

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)
Issued quarterly
Passed for printing: 25.05.2020