

ISSN (Print) 2708-339X

Legal Bulletin

“KROK” UNIVERSITY

ВНЗ «Університет економіки і права «КРОК»

**UNIVERSITY OF ECONOMICS AND
HUMAN SCIENCES IN WARSAW**

Варшавська економічно-гуманітарна академія

Issue 1

Выпуск 1

Київ/Київ 2020

L49

The collection of scientific works "Legal Bulletin" is the legal successor of the "Legal Bulletin of the "KROK" University edition and the joint scientific publication of the "KROK" University (Ukraine) and the University of Economics and Human Sciences (Poland) (Certificate of the Ministry of Justice of Ukraine of printed mass media KB №24369-14209PR 26.03.2020).

International databases and catalogs indexing publications:

- Google Scholar;
- National Library of Ukraine after V.I.Vernadsky

“Legal Bulletin”: Collection of Scientific Works. “KROK” University and University of Economics and Human Sciences in Warsaw. Iss.1. Kyiv. 2020. pp.120.

The first issue of the Bulletin contains articles by scientists from University of Economics and Human Sciences in Warsaw and «KROK» University, as well as other higher educational institutions and research institutions of Poland and Ukraine. It is designed for scientific and pedagogical workers of higher educational establishments, aspirants, masters, practitioners in the fields of theory and history of state and law, constitutional, administrative, civil, civil procedural, criminal, criminal-procedural, economical, financial, international law, as well as in other problem aspects concerning theoretical and applied researches of the application of law.

*Recommended for printing by Scientific Council of “KROK” University
(protocol №2 29 October 2020)*

*Certificate of State Registration of printed mass media in Ukraine:
KB №24369-14209PR 26.03.2020*

L49

Збірник наукових праць «Legal Bulletin» є правонаступником видання «Правничий вісник Університету «КРОК» та спільним науковим виданням ВНЗ «Університет економіки і права «КРОК» (Україна) та Варшавської економічно-гуманітарної академії (Польща) (свідоцтво Міністерства юстиції України про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ №24369-14209ПР від 26.03.2020).

Міжнародні бази та каталоги, що індексують видання:

- Google Scholar;
- Національна бібліотека України імені В. І. Вернадського.

«Legal Bulletin» : зб. наук. праць. Вищий навчальний заклад «Університет економіки та права «КРОК» та Варшавська економічно-гуманітарна академія. – Вип. 1. – К., 2020. – 120 с.

Перший випуск збірника містить статті науковців Університету економіки та права «КРОК» та Варшавської економічно-гуманітарної академії, а також інших закладів вищої освіти і науково-дослідних установ України. Розраховано на науково-педагогічних працівників закладів вищої освіти, аспірантів, магістрів, фахівців-практиків у галузях теорії та історії держави і права, конституційного, адміністративного, цивільного, цивільно-процесуального, кримінального, кримінально-процесуального, господарського, фінансового, міжнародного права, а також з інших питань, пов'язаних з фундаментальними і прикладними науковими дослідженнями з проблем застосування права.

*Рекомендовано до друку Вченою радою Університету економіки та права «КРОК»
(протокол № 2 від 29.10.2020 року)*

*Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації:
Серія КВ №24369-14209ПР від 26.03.2020*

Головний редактор:

Француз А.Й. (Україна) доктор юридичних наук, професор, Герой України,
Заслужений юрист України,
лауреат премії імені Ярослава Мудрого

Заступники головного редактора:

Стадніченко С. Л. (Польща) доктор габілітований, професор

Каллас Мар'ян (Польща) доктор габілітований, професор

Відповідальний секретар:

Доляновська І.М. (Україна) кандидат юридичних наук, доцент

Члени редколегії:

Юридичні науки

Копиленко О.Л. (Україна)

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії наук України, академік Національної академії правових наук України

Дідич Т.О. (Україна)

доктор юридичних наук, професор

Геперідзе Д.С. (Грузія)

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Академії Юридичних Наук Грузії

Ткач Д.І. (Україна)

доктор політичних наук, професор,
Надзвичайний і Повноважний Посол України

Шевченко А.Є. (Україна)

доктор юридичних наук, професор,
Заслужений юрист України

Собчак Я. (Польща)

Доктор габілітованих наук, професор

Гардапхадзе Т.Г. (Тбілісі, Грузія)

доктор юридичних наук, професор

Олійник О.Б. (Україна)

доктор філологічних наук,
доктор юридичних наук, професор

Губська О.А. (Україна)

доктор юридичних наук, доцент

Француз-Яковець Т.А. (Україна)

доктор юридичних наук, доцент

Скоморовський В.Б. . (Україна)

доктор юридичних наук, доцент

Гвоздь В.І. . (Україна)

доктор військових наук

Корольова В.В. . (Україна)

кандидат юридичних наук, доцент

Баликіна-Галанець Л.І. . (Україна)

кандидат юридичних наук, доцент

Григорчук М.В. . (Україна)

кандидат юридичних наук

Editors-in-Chief:

D.Jur., Professor, Hero of Ukraine, Honored Lawyer of Ukraine, Laureate of the Yaroslav the Wise Award

Anatolii Frantsuz (KROK University, Kyiv, Ukraine)

Deputy Editors:

Prof.. zw., doktor habilitowany Stadniczenko **Stanislaw Leszek** (Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie, Poland)

Prof.. zw., doktor habilitowany **Kallas Marian** (Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie, Poland)

Executive Editor:

Ph.D. in Law, Docent **Inna Dolianovska** (KROK University, Kyiv, Ukraine)

Members of Editorial Board:

Legal Sciences:

D.Jur., Professor, Corresponding Member of the National Academy of Sciences of Ukraine, Member of National Academy of Legal Sciences of Ukraine **Oleksandr Kopylenko** (Legislation Institute of the Verkhovna Rada of Ukraine, Kyiv, Ukraine)

D.Jur., Professor **Taras Didich** (Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine)

D.Jur., Professor, Corresponding Member of the Legal Science Academy of Georgia **Davit Geperidze** (New University, Tbilisi, Georgia)

D.Polit.Sc., Professor, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of Ukraine **Dmytro Tkach** (KROK University, Kyiv, Ukraine)

D.Jur., Professor, Honored Lawyer of Ukraine **Anatolii Shevchenko** (National University of the State Fiscal Service of Ukraine, Irpin, Ukraine)

Prof., doktor habilitowany **Jacek Sobczak** (Warsaw, Poland, Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie)

D.Jur., Professor **Tamar Gardapkhadze** (New University, Tbilisi, Georgia)

D.Jur., D.Philol.Sc., Professor **Olha Oliinyk** (KROK University, Kyiv, Ukraine)

D.Jur., Docent **Olena Gubs'ka** (KROK University, Kyiv, Ukraine)

D.Jur., Docent **Tetyana Frantsuz-Yacovets** (National University "Odessa Law Academy", Ivano-Frankivs'k, Ukraine)

D.Jur., Docent **Vitalii Skomorovskiy** (KROK University, Kyiv, Ukraine)

Doctor of Military Sciences **Viktor Gvozd'** (Kyiv, Ukraine)

Ph.D. in Law, Docent **Viktoriia Korolova** (KROK University, Kyiv, Ukraine)

Ph.D. in Law **Liudmyla Balykina-Halanets** (KROK University, Kyiv, Ukraine)

Ph.D. in Law **Myroslav Hryhorchuk** (KROK University, Kyiv, Ukraine)

CONTENT**CHAPTER 1.** Theory and history of state and law; history of political and legal sciences; constitutional law; municipal law; philosophy of law

<i>Frantsuz A., Trigub I.</i> Improvement of the institute of private detectives in Ukraine	9
<i>Krasovsky K.</i> Idea of natural rights in stanislav dnistrianskii's scholar and practical contribution to the developments of ukrainian constitutionalism	14
<i>Dolianovska I., Pokhodzhai O.</i> Modern prospects of mediation development in the process of lawyers carrying out professional activities in Ukraine	20
<i>Sedashova O., Zaverukha I.</i> Problem aspects of mediation application in the activity of an attorney	28
<i>Sedashova O., Yevtiukhov E.</i> Tendencies of development of mediation in ukraine: scientific research results and practical implementation	36
<i>Zahrebelna N., Bodnia O.V.</i> The rule of law as a fundamental principle of the modern rule of law	43

CHAPTER 2. Civil law and civil procedure law; family law; international private law; international law; commercial law; commercial procedure law

<i>Shishka R.</i> Individualization of the person in the conditions of information society	49
<i>Hryhorchuk M.</i> International and european experience in the use of mediation as one of the tools for resolving corporate disputes	58
<i>Koroleva V., Yashchenko Y.</i> Features of regulation of organ transplantation: legal aspect	66
<i>Olijnyk O., Ptushkina K.</i> Forms and methods of protection of the rights of business entities	72
<i>Skomorovski V., Radomska T.</i> Legal incompatibility of definitions of the concept of foreign economic activity taking into account modern methods of doing business	77
<i>Olijnyk O., Kryvoviaz E.</i> Legal nature of inheritance relations	84

CHAPTER 3. Labour law; social security law; administrative law and administrative procedure law; financial law; information law; land law

<i>Koroleva V.V., Khrystiuk I.V.</i> Some aspects of human rights protection in the face of armed conflict	91
<i>Yaremko G., Makovetska N.</i> Peculiarities of coercion as a socially dangerous act	100
<i>Mishchuk M., Belikova S.</i> Theoretical and legal analysis of international standards for the treatment and containment of consumed	106
<i>Hizhevskyy V., Konovalov O.</i> Legalization of private detective activity in Ukraine: problematic issues	115

ЗМІСТ

РОЗДІЛ 1. Теорія та історія держави і права, історія політичних та правових учень; конституційне та муніципальне право, філософія права

<i>Француз А.Й., Тригуб І.С.</i> Удосконалення інституту приватних детективів в Україні	9
<i>Красовський К.Ю.</i> Ідея природних прав у науковому та практичному внеску Станіслава Дністрянського у розвиток українського конституціоналізму	14
<i>Доляновська І.М., Походжай О.О.</i> Сучасні перспективи розвитку медіації у процесі здійснення адвокатами професійної діяльності в Україні	20
<i>Сєдашова О.А., Заверуха І.Л.</i> Проблемні питання застосування медіації в діяльності адвоката	28
<i>Сєдашова О.А., Євтехов Є.А.</i> Тенденції розвитку медіації в Україні: наукові розробки та практична реалізація	36
<i>Загребельна Н.А., Бодня О.В.</i> Верховенство права як фундаментальний принцип сучасної правової держави	43

РОЗДІЛ 2. Цивільне право і процес; сімейне право; міжнародне приватне та міжнародне право; господарське та господарське процесуальне право

<i>Шишка Р.Б.</i> Індивідуалізація людини в умовах інформаційного суспільства	49
<i>Григорчук М.В.</i> Міжнародний і європейський досвід із застосування медіації як одного із інструментів вирішення корпоративних спорів	58
<i>Корольова В.В., Яценко Ю.М.</i> Особливості регулювання трансплантації органів: правовий аспект	66
<i>Олійник О.Б., Птушкіна К.В.</i> Форми та способи захисту прав суб'єктів господарювання	72
<i>Скоморовський В.Б., Радомська Т.В.</i> Правова неузгодженість дефініцій щодо визначення поняття зовнішньоекономічної діяльності з урахуванням сучасних методів ведення бізнесу	77
<i>Олійник О.Б., Кривов'яз Є.С.</i> Правова природа спадкових правовідносин	84

РОЗДІЛ 3. Трудове право і право соціального забезпечення; адміністративне право і адміністративний процес; фінансове, інформаційне, земельне право

<i>Корольова В.В., Христюк І.В.</i> Порівняльний аналіз Державної виконавчої служби та інституту приватних виконавців в Україні	91
---	----

РОЗДІЛ 3. Кримінальне право і кримінальний процес; кримінально-виконавче право і кримінологія; криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність

<i>Яремко Г.З., Маковецька Н.Є.</i> Особливості примусу як суспільно-небезпечного діяння	100
<i>Міщук М.С., Белікова С.О.</i> Теоретико-правовий аналіз міжнародних стандартів поведіння й тримання засуджених	101
<i>Гіжєвський В. К., Коновалов О.А.</i> Легалізація приватної детективної діяльності: проблемні питання	115

РОЗДІЛ 1.

Теорія та історія держави і права, історія політичних та правових учень; конституційне та муніципальне право, філософія права

УДК 340.134

УДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРИВАТНИХ ДЕТЕКТИВІВ В УКРАЇНІ

Француз А.Й.

*Герой України, Заслужений юрист України, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри державно-правових дисциплін, ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна, тел.: (050) -33-944 -02, e-mail: AnatoliyFJ@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0003-2861-1252*

Тригуб І.С.

*здобувач вищої освіти ступеня магістр, ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна, тел.: (095) – 33-397-57, e-mail: inna.trigub.98.it@gmail.com
ORCID: 0000-0003-2711-8845*

IMPROVEMENT OF THE INSTITUTE OF PRIVATE DETECTIVES IN UKRAINE

Frantsuz A.

*Hero of Ukraine, Honored Lawyer of Ukraine Doctor of Laws Sciences, Professor, Professor of Department of State Legal Disciplines, “KROK” University, st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine
тел.: (050) -33-944 -02, e-mail: AnatoliyFJ@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0003-2861-1252*

Trigub I.

*Master student “KROK” University, st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine
tel.: (095) – 33-397-57, e-mail: inna.trigub.98.it@gmail.com
ORCID: 0000-0003-2711-8845*

Анотація. Діяльність приватних детективів в Україні не врегульована, а у світі існують різні тенденції щодо правового регулювання приватної детективної діяльності. Вітчизняний законодавець ніколи не нівелював питання щодо прийняття спеціального закону України про детективну діяльність, проте до цього часу актуального та такого, що відповідає чинному законодавству та вимогам сьогодення закону не прийнято. Серед вчених та практиків йде активне обговорення прийнятності проекту Закону України «Про приватну детективну (розушукову) діяльність» та переосмислюються його норми, які суперечать чинному конституційному та вітчизняному законодавству загалом. Приватна детективна діяльність не обмежується цілями, які законодавчо визначені для оперативної-розушукової діяльності та розслідування і на відміну них – не має настільки вираженої антикримінальної спрямованості. Діяльність приватних детективів офіційно була задекларована в нормах Руської Правди, хоча існують позиції вчених щодо того, що приватна детективна діяльність виникла ще на зорі зародження державності, проте офіційних даних на цей рахунок не має. Діяльність приватних детективів в Україні не врегульована, а у світі існують різні тенденції щодо правового регулювання приватної детективної діяльності. Так, в одних країнах відсутні вимоги щодо обов'язковості офіційного реєстрування приватних детективів, як суб'єктів здійснення приватної детективної діяльності; в інших висувуються різні вимоги щодо кандидатів на приватних детективів. Тобто однозначності у правовому регулюванні приватної детективної діяльності немає, що викликає багато наукових дискусій. В Україні

окремих спеціалізованих нормативно-правових актах, який би врегулював особливості здійснення приватної детективної діяльності відсутній, проте спроби на законодавчому рівні визнати таку діяльність офіційною були неодноразовими. Так, законодавцями було подано на розгляд близько 10 проектів про приватну детективну діяльність, але тільки один з них отримав підтримку більшості парламентарів і був прийнятий, але згодом «заветований» Президентом України.

Ключові слова: приватна детективна діяльність, приватний детектив, правовий статус детектива, законодавче врегулювання інституту приватної детективної діяльності.

Формул: 0, рис.: 0, табл. 0, бібл.: 10.

Annotation. The activities of private detectives in Ukraine are not regulated, and there are various trends in the world regarding the legal regulation of private detective activities. The domestic legislator has never leveled the issue of adopting a special law of Ukraine on detective work, but so far relevant and consistent with current legislation and the requirements of today's law has not been adopted. Among scientists and practitioners there is an active discussion of the acceptability of the draft Law of Ukraine "On Private Detective (Investigative) Activities" and rethinks its rules, which contradict the current constitutional and domestic legislation in general. Private detective activity is not surrounded by goals, which are legislatively intended for operational-rooting activity and investigation, and on the basis of them - not just the same anti-criminal directness. The activity of private detectives is officially declared in the norms of the Russian Truth, I want to know the positions of those who are not so private as the detective activity of the victor is on the dawn of the inception of statehood, protests of the recent days. The activity of private detectives in Ukraine is not regulated, but there is a clear trend towards the legal regulation of private detective activity. So, in some parts of the world there is a general rule of thumb about the visibility of the official reorganization of private detectives, as a subset of the process of private detective activity; in the list of candidates there are candidates for private detectives. To the unambiguity of the legal regulation of private detective activity, it is not a matter of many scientific discussions. In Ukraine, there is no separate specialized legal act that would regulate the peculiarities of private detective activity, but attempts at the legislative level to recognize such activity as official have been repeated. Thus, the legislators submitted for consideration about 10 projects on private detective work, but only one of them received the support of the majority of parliamentarians and was accepted, but later "promised" by the President of Ukraine.

Keywords: private detective activity, private detective, legal status of a detective, legislative regulation of the institution of private detective activity.

Formulas: 0, fig.: 0, tabl.: 0, bibl. 10.

Актуальність теми. У сформованих на сьогоднішній день умовах, сучасна вітчизняна наука вирішує нові завдання, що стосуються створення, побудови і розвитку ефективного правового регулювання суспільно-правових відносин. Вітчизняні спеціалісти неухильно і цілеспрямовано домагаються регулювання всіх питань життєдіяльності особистості, суспільства, держави виключно законними методами і засобами. Сформована сьогодні в нашій країні «кризова ситуація, викликана цілим рядом недоліків, об'єктивних і суб'єктивних причин, допущеними помилками при плануванні і реалізації реформ: соціально-політичної, правової та економічної систем України, «часткової атрофії правоохоронної функції держави» та стала причиною появи негативних відхилень в суспільній правосвідомості, привела до криміналізації суспільства.

У комплексі проблем, що виникають, важливе значення набуває, зокрема, дослідження процесів, пов'язаних з вивченням питань правового становища діяльності та захисту безпосередніх суб'єктів

приватної детективної і охоронної діяльності, а саме – приватних детективів; вивчення та дослідження процесуально-правових основ діяльності приватних детективних структур, як нової соціально-правової форми протидії та профілактики злочинності в нинішніх складних умовах, що розвиваються в Україні ринкових відносин.

Для успішної реалізації законодавства про приватну детективну діяльність необхідно створити потужне організаційно-методичне забезпечення, яке дозволить цілеспрямовано і методично проводити політику виконання даного законодавства, його розвитку та вдосконалення. Провідна роль в сучасних умовах відводиться контролю з боку держави за діяльністю приватних детективних і охоронних структур, як специфічних суб'єктів попередження злочинів, які здійснюють профілактику і захист законних прав та інтересів особистості від протиправних посягань.

Назріла проблема, яка полягає у вирішенні питань, пов'язаних зі створенням і реалізацією точного, юридично і економічно

вивіреного правостановлюючого механізму, що дозволяє професійно організувати і управляти діяльністю приватних детективних структур і здійснювати їх взаємодію з правоохоронними органами з попередження і профілактики злочинів.

Мета дослідження полягає у необхідності проведення комплексного дослідження процесально-правових основ здійснення приватної детективної діяльності.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідження даної теми було предметом наукового інтересу С.К. Даниленка, О.О. Пунди, М.Й. Маліка, І.М. Бойчика, Ю.В. Охоти, Н.П. Матюхіна, П.А. Підюкова, В.І. Літвінова, Н.С. Карпова, К.Ю. Нестерової, К.В. Свечнікова, А.Г. Шияна, А.М. Волика, Г.К. Кожевнікова, С.С. Юрко, М.І. Копитко, С.М. Прихідько, А.П. Засць, А.М. Волинська, К.Л. Бугайчук та ін. [6; 7; 8; 9; 10; 11]

Виклад основного матеріалу. Здійснення приватної детективної розшукової діяльності вже давно потребує відповідної легалізації в Україні. Протягом чотирьох останніх років до Верховної Ради України вже було подано два законопроекти «Про приватну детективну (розшукову) діяльність» № 1093 від 13.12.2012 та № 3726 від 28.12.2015. У пояснювальних записках до цих документів було зазначено, що у більшості країн світу приватна детективна (розшукова) діяльність визнана на державному рівні, врегульована законами та оптимально використовується для збільшення можливості громадян і юридичних осіб щодо захисту своїх законних прав та інтересів. Зокрема, Сполучені Штати Америки, Великобританія, Франція, Німеччина, Канада, Індія, Ізраїль, Японія, Норвегія, Іспанія, Італія, Португалія, Мексика, Російська Федерація та багато інших країн світу являють собою ті регіони планети, де запровадження інститутів приватних детективів, приватних детективних підприємств (агентств) та їх об'єднань стало у свій час наслідком реагування влади на нагальні соціальні виклики, і тому на сьогодні існування та діяльність таких недержавних інституцій є у них явищем звичайним, усталеним і

достатньо унормованим національним законодавством [6].

На жаль, незважаючи на викладене, перший законопроект був знятий з розгляду, а другий Головне науково-експертне управління Верховної Ради України запропонувало повернути на доопрацювання. Простежується тенденція щодо того, що в них недостатньо був врахований досвід закордонної діяльності приватних детективів, а також застосовані такі правові конструкції, що неприйнятні для нашої країни.

С.С. Юрко зазначає, що діяльність приватних детективів за належної правової регламентації може узгоджуватися з недоторканістю особистого та сімейного життя і пропонує у разі легалізації детективної діяльності доповнити КК України та КУпАП нормами, які встановлювали б відповідальність за перевищення повноважень службовців приватних охоронних або детективних служб та використання технічних засобів отримання інформації, що порушують таємницю особистого життя, телефонних переговорів тощо [11, с. 151].

З приводу порушення права на таємницю листування в контексті права суб'єктів приватної детективної (розшукової) діяльності на збирання, фіксування та дослідження відомостей, необхідних для розгляду справ, зокрема, у кримінальному судочинстві, то Президент України висловив свою думку так: «Президент України заперечує доцільність наданого Законом суб'єктам приватної детективної (розшукової) діяльності права на збирання, фіксування та дослідження відомостей, необхідних для розгляду справ, зокрема, у кримінальному судочинстві, «на договірній основі зі сторонами судового процесу», а також права на пошук і збір даних, які можуть бути підставою для звернення замовника приватних детективних послуг до правоохоронних органів або до суду з метою захисту його законних прав та інтересів (пункти 1, 7 частини третьої статті 12 Закону)» [4]. Відтак, відсутність чіткої конкретизації відомостей, які дозволено приватним детективам збирати, фіксувати та досліджувати створює можливість збору

доказів для розгляду кримінальних справ, суперечить Кримінальному процесуальному кодексу України, адже це є винятковою компетенцією правоохоронних органів [9, с. 100].

Цілком обґрунтовано звертається увага на те, що доказова сила інформації, яка одержана приватними детективами, може бути знівельована вимогою закону на отримання письмової або усної згоди на збирання або зберігання такої інформації, оскільки доведення у суді факту, що особа надала усний дозвіл, є досить проблематичним і що таке формулювання може призвести до зловживань приватними детективами своїми повноваженнями. Попри відсутність подібних повноважень і нинішню неврегульованість статусу детективних агентств і приватних детективів детективні агентства на сьогодні абсолютно відкрито пропонують такого роду послуги, як послуги зі збирання та пошуку інформації про фізичних осіб та майно, проведення приватних розслідувань, куди входять: збір інформації про фізичних осіб (реєстрація, паспортні та податкові дані, доходи, транспорт, майно, виїзди за кордон і інше); збір біографічних та інших даних, що характеризують

Законодавче врегулювання приватної детективної діяльності на засадах суворого дотримання конституційних прав і свобод людини та громадянина сприятиме

Література

1. Конституція України: Закон України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. Відом. Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Про охоронну діяльність: Закон України від 22.03.2012 № 4616-VI. URL : <https://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4616-17> (дата звернення 19.08.2020)
3. Кримінальний процесуальний кодекс України: Кодекс України від 13.04.2012. - № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення 19.08.2020)
4. Пропозиції Президента до Закону «Про приватну детективну (розшукову) діяльність». Включено до порядку денного: 2543-VIII від 18.09.2018. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57580 (дата звернення 19.08.2020)
5. Проект Закону України «Про приватну детективну (розшукову діяльність)». URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57580 (дата звернення 19.08.2020)
6. Бугайчук К.Л. Інститут приватних детективів закордоном. *Право і безпека*. 2016. № 1(60). С. 7 - 13.
7. Заєць А.П. Приватна детективна діяльність в Україні і конституційні права людини. 2017. С. 58-64. URL: https://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/13121/Zaiets_Pryvatna_detektyvna_diialnist_v_Ukraini_i_konstytutsiini_prava_liudyny.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення 19.08.2020)
8. Каленяк В. Приватна охоронна діяльність: зарубіжний досвід та можливість його використання в Україні. URL: <https://www.infopressa.com/article-87.html> (дата звернення 19.08.2020)
9. Копитко М.І., Прихідько С.М. Проблеми та перспективи діяльності приватних детективних підприємств в Україні. *Правничий вісник Університету «КРОК»*. 2017. Випуск 47. С. 90-101. URL: https://library.krok.edu.ua/media/library/category/statti/vzuk-47-2017_90-101.pdf (дата звернення 19.08.2020)
10. Чорний О. Ю. Міжнародний досвід взаємодії держави та недержавних органів забезпечення безпеки суб'єктів господарювання та його застосування в Україні. *Вісник Харківського національного технічного*

розширенню послуг, що надаються громадянам з питань розшуку зниклого майна, виявлення фактів порушень прав інтелектуальної власності, насамперед незаконного використання товарних знаків, а також рівною мірою надання більш значної допомоги суб'єктам підприємницької діяльності у вивченні фінансового стану позичальників, визначення спроможності реального виконання фінансових зобов'язань, запобіганню ухиленню від сплати заборгованості, а тим самим сприятиме зміцненню засад верховенства права в нашій країні [7, с. 63].

Висновки. Слід зазначити, що з прийняттям Закону України «Про приватну детективну (розшукову) діяльність» існує об'єктивна ймовірність порушення низки норм нормативно-правових актів. Так, даний проект не враховує ані конституційних норм, ані норм спеціалізованих законів і тим самим порушує права суб'єктів права в тій чи іншій сфері.

Шляхи вдосконалення правового регулювання інституту приватної детективної діяльності в законодавстві України полягають у покроковому вирішенні низки проблемних аспектів досліджуваного проекту Закону та нівелюванні правових колізій, які в ньому наявні. Так, в межах п.п. 3.3 було визначено шляхи удосконалення правового регулювання здійснення приватної детективної діяльності.

університету сільського господарства імені Петра Василенка. 2012. Вип. 125: 15-річчю ННІ Бізнесу і менеджменту присвячується. URL: https://www.khntusg.com.ua/files/sbornik/vestnik_125/46.pdf (дата звернення 19.08.2020)

References

1. The Constitution of Ukraine: Law of Ukraine of June 28, 1996 № 254k / 96-ВР. Known. The Verkhovna Rada of Ukraine. 1996. № 30. Art. 141.
2. On security activities: Law of Ukraine of March 22, 2012 № 4616VI. available at: <https://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4616-17> (Accessed 19 August 2020)
3. Criminal Procedure Code of Ukraine: Code of Ukraine of 13.04.2012. - № 4651-VI. available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> Accessed 19 August 2020)
4. Proposals of the President to the Law "On Private Detective (Investigative) Activity". Included in the agenda: 2543-VIII from 09/18/2018. available at: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57580 Accessed 19 August 2020)
5. Draft Law of Ukraine "On Private Detective (Investigative Activity)", available at: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57580 Accessed 19 August 2020)
6. Bugaychuk, K.L. (2016), "Institute of Private Detectives Abroad". *Law and security*. Vol.1 (60). Pp. 7-13.
7. Zaec, A.P. (2017) "Private detective work in Ukraine and constitutional human rights". pp. 58–64. Available at: https://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/13121/Zaiets_Pryvatna_detektyvna_diialnist_v_Ukraini_i_konstytutsiini_prava_liudyny.pdf?sequence=1&isAllowed=y Accessed 19 August 2020)
8. Kalenyak, V. "Private security activities: foreign experience and the possibility of its use in Ukraine". Available at: <https://www.infopressa.com/article-87.html> Accessed 19 August 2020)
9. Kopytko, M.I. and Prikhodko, S.M. (2017) "Problems and prospects of private detective companies in Ukraine". *Pravnichij visnik Universitetu KROK*. Vol. 47. pp. 90–101. Available at: https://library.krok.edu.ua/media/library/category/statti/vzuk-47-2017_90-101.pdf Accessed 19 August 2020)
10. Chorny, O. Yu. (2015) "International experience of interaction between the state and non-state bodies of security of business entities and its application in Ukraine". *Bulletin of the Petro Vasylenko Kharkiv National Technical University of Agriculture*. Vol. 125: Dedicated to the 15th anniversary of the Institute of Business and Management. Available at: https://www.khntusg.com.ua/files/sbornik/vestnik_125/46.pdf Accessed 19 August 2020)

Стаття надійшла до редакції 22.08.2020 року

УДК 340.1, 342.7

ІДЕЯ ПРИРОДНИХ ПРАВ У НАУКОВОМУ ТА ПРАКТИЧНОМУ ВНЕСКУ СТАНІСЛАВА ДНІСТРЯНСЬКОГО У РОЗВИТОК УКРАЇНСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

Красовський К.Ю.

аспірант, ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна
тел.: (067) 401-27 99 , e-mail: kostyantyn17@gmail.com
ORCID: 0000-0001-8031-5376

IDEA OF NATURAL RIGHTS IN STANISLAV DNISTRIANSKII'S SCHOLAR AND PRACTICAL CONTRIBUTION TO THE DEVELOPMENTS OF UKRAINIAN CONSTITUTIONALISM

Krasovsky K.

postgraduate student, «KROK» University, Kyiv, st. Tabirna, 30-32, 03113, Ukraine,
tel.: (067) 401-27-99 , e-mail: kostyantyn17@gmail.com
ORCID: 0000-0001-8031-5376

Анотація. У статті розглянуто внесок українського правознавця, громадського діяча, видатного вченого, відомого викладача провідних університетів Станіслава Дністрянського (1870-1935 рр.) в розвиток українського конституціоналізму в контексті висвітлення ідей природних прав людини на початку ХХ століття. Проаналізовано погляди Станіслава Дністрянського на право та державу, його ставлення до природно-правової складової права й держави, ідей конституціоналізму, методологічних підходів до моделювання нормативно-правової системи майбутньої держави в конституційному тексті. Визначено ідею трьох основ будь-якої конституції. Висвітлено погляди вченого і чітке відмежування позитивного та природного права за критерієм примусу і його характеристики. Звернено увагу на виділення вченим з «розвиткової лінії новітніх ідей» свободи людини як однієї з провідних ідей для теорії права, а також зазначення ним справедливості як «основної внутрішньої прикмети права». Акцентовано увагу, що держава не створює змісту права, а лише юридично оформлює потреби соціального розвитку. Виділено ідеї дослідника щодо меж суддівського розсуду, роль та значення природних прав, звичай в сприйнятті й вирішенні суддею конкретної спірної ситуації. Критично проаналізовано ідеї вченого про природні засади права та їх виникнення. Зазначено хибність уявлень про те, що виключно окремі соціальні групи і соціальні утворення можуть бути джерелом права. Висвітлено погляди Станіслава Дністрянського на конституційні характеристики держави, її основні конституційно-правові інститути. Описано застосовані в тексті проекту Конституції ЗУНР елементи концепту природних прав. Проведено паралелі з сучасними текстом Конституції (1996) України. Сформовано напрямки використання як практичних, так і теоретичних напрацювань ученого в сучасному українському конституціоналізмі. Зроблено висновки не тільки про важливість наукових напрацювань Станіслава Дністрянського для втілення ідей природних прав у конституційному тексті, але для історичного розуміння українського наукового бачення природно-правового феномену початку ХХ століття.

Ключові слова: природні права, природне право, український конституціоналізм, природа права, Станіслав Дністрянський.

Формул: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл.: 9.

Annotation. The article describes the contribution of the Ukrainian jurist, public figure, eminent scholar, well-known lecturer of the leading universities Stanislav Dnistrianski (1870-1935) to the developments of Ukrainian constitutionalism in the context of the coverage of the ideas of natural human rights on the beginning XX century. Stanislav Dnistrianski's views on law and the state, his relation to the natural-law constituent of law and the state, the ideas of constitutionalism, methodological approaches for modeling the normative-legal system of the future state in the constitutional text are analyzed. The emphasis is put to the idea of the three foundations of any constitution. Illuminated views of the scholar and a clear distinction of positive and natural law by the criteria of coercion and its characteristics. Attention is drawn to highlighting the freedom of man as one of the leading ideas in the theory of law, as well as emphasizing justice as a "fundamental internal feature of law" in the academic "line of new ideas". It is emphasized that the state does not create the content of law, but only legally forms the needs of social development. The ideas of the researcher concerning the boundaries of the judge's discretion, the role and significance of natural rights,

customs in the perception and decision of a judge of a particular dispute are highlighted. The ideas of the scientist about the natural principles of law and their origin are critically analyzed. The misconception that only certain social groups and social entities can be a source of law is emphasized. The views of Stanislav Dnistrianski on the constitutional characteristics of the state, its main constitutional and legal institutions are covered. The elements of the concept of natural rights applied in the text of the draft Constitution of the ZUNR are described. Parallels are drawn with the current text of the Constitution (1996) of Ukraine. The directions of use of both practical and theoretical developments of the scientist in modern Ukrainian constitutionalism have been formed. The conclusions were drawn not only about the importance of Stanislav Dnistrianski's scholarly work for the implementation of the ideas of natural rights in the constitutional text, but also for the historical understanding of the Ukrainian academic vision of the early 20th century natural-legal phenomenon.

Keywords: *natural rights, Natural law, Ukrainian constitutionalism, nature of law, Stanislav Dnistrianski*

Formulas: 0, **fig.:** 0, **tabl.:** 0, **bibl.:** 9.

Постановка проблеми. Статтю присвячено внеску Станіслава Дністрянського у розвиток українського конституціоналізму на початку ХХ століття, а також вплив ідеї природних прав у цьому контексті. Визначено його погляди на державу і право, виділено природно-правові аспекти його досліджень та акцентовано думку щодо свободи людини як основної ідеї теорії права. Проведено відповідну історичну паралель між проектом Конституції ЗУНР та Конституцією сучасної України, зроблено висновки щодо подальшого розвитку концепту природних прав в українській науці права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Відомо, що питання природних прав практично не становлять окремих предмет досліджень. Його розглядають у загальному контексті теоретичних досліджень прав людини. Така ситуація спричинена «засновницьким міфом» поколінь прав людини, тому розгляд природних прав штучно звужується до історико-правових досліджень прав людини. Загальні та історичні погляди щодо питань вивчення прав людини достатньо розвинуто у роботах українських учених В. Авер'янова, В. Буткевича, М. Баймуратова, С. Головатого, А. Зайця, В. Забігайла, М. Козюбри, В. Копейчикова, В. Селіванова, В. Погорілка, П. Рабіновича, В. Тація, Ю. Тодики, М. Цвіка, В. Шаповала, С. Шевчука, Ю. Шемшученка та інших.

Не вирішені раніше питання (проблеми). Наукова і практична спадщина Станіслава Дністрянського потребує подальшого глибокого вивчення,

в тому числі в контексті розвитку українського конституціоналізму. Окрім цього, важливим є виділення в окремий об'єкт дослідження його поглядів на природні права людини та оцінка спроби застосування цього концепту в проекті Конституції ЗУНР, проводячи аналогії з розробками і напрацюваннями, які застосовувалися творцями Конституції (1996) незалежної України, та визначення можливих напрямів подальшого розвитку ідеї природних прав в українському конституціоналізмі.

Формулювання цілей статті.

Метою статті є аналіз наукових розробок та практичних напрацювань українського вченого-конституціоналіста початку ХХ століття С. Дністрянського для розуміння історичного розвитку концепту природних прав в українському конституціоналізмі.

Вклад основного матеріалу дослідження. Станіслав Северинович Дністрянський (1870-1935 рр.) – український правознавець, громадський діяч, випускник юридичного факультету Віденського університету, професор Львівського університету, ректор Українського вільного університету, автор змістовних наукових праць у царині теорії права, зокрема: «Природні засади права», «Генеза та основи права», «Погляди на теорію права та держави», «Зв'язок і сполука народів», «Загальна наука права і політики».

У контексті розгляду природно-правової проблематики та практичного внеску до українського конституціоналізму постать Станіслава Дністрянського є цікавою з багатьох причин, основними з яких є:

1) йому належить низка ґрунтовних праць з теорії права, де, серед іншого, вченим обстоюється власне бачення природно-правового вектору походження прав людини;

2) він є автором змістовних праць з конституційного права, а у практичній законотворчій площині він створив проекти Конституції Західноукраїнської Народної Республіки.

Право для Дністрянського - це універсальне явище і природне, і соціальне, й економічне, і політичне, яке існує як у державі, так і поза нею. Право поза державою відрізняється від права в державі лише тим, що державне право забезпечується державним примусом, а природне, соціальне та економічне право - суспільним примусом. Критерієм розмежування права й інших соціальних норм є наявність примусу, при цьому примус може бути як фізичним, так і психологічним чи моральним [1, с. 233]. Учений чітко відмежовує право позитивне (створене державою та забезпечене силою її ж примусу) і право природне (дослідник вважав, що воно забезпечується суспільним примусом). Ним було обрано саме примус та його характеристику в якості критерію для відмежування позитивного і природного права.

К. М. Олещук, досліджуючи творчість Станіслава Дністрянського, констатує, що, за думкою відомого вченого, право як соціальне явище розглядається залежно від свого походження – соціальної дійсності, що виявляє себе, свідчить про стан, зміни, взаємодію, процеси в соціальних об'єктах. Соціальна природа права проявляється у тому, що воно існує та діє тільки у суспільстві. Право, яке не реалізується, не є правом. Держава у цьому випадку не створює змісту права, а лише юридично оформляє потреби соціального розвитку і відносини, що склалися у суспільстві. Оскільки закони не можуть охопити всієї повноти соціальних відносин, закон лише закріплює те, що вже існує у суспільстві, або те, у чому виникла потреба, яка вимагає свого оформлення в законі [2, с. 248]. Акцентуючи на тому, що держава не

створює змісту права, а лише юридично оформляє потреби соціального розвитку, важливо зазначити, що класичні уявлення про природне право та природні права не залежать від веління держави. Остання, дійсно, лише має їх визнавати, сприяти їх реалізації й гарантувати їх.

Станіслав Дністрянський не лише припускав наявність природних прав, він констатував відсутність монопольного (домінуючого) положення позитивного права. Так, приміром, «він одним із перших виступив проти позитивістського трактування правознавства як відокремленої науки, наголошуючи, що правознавство охоплює не тільки знання про позитивне право, а й має з'ясовувати співвідношення права і суспільства, права й економіки, суть права в історії людства, народів та держав» [1, с. 233]. Здійснюючи огляд теорії права і держави видатних теоретиків права у статті «Погляд на теорії права та держави», С. Дністрянський, для підкреслення «розвиткової лінії новітніх ідей» виділяє ідею свободи людини як одну з провідних для теорії права. Він також виділяє справедливість, як «основну внутрішню прикмету права» [3].

Важливим видається те, що Станіслав Дністрянський чітко показував місце держави у регулюванні суспільних відносин. Остання може регулювати далеко не все. Відповідно до його позиції, сформульованої у «Загальній науці права і політики», прямою мовою: «Але, хоч як старалися деякі законотвори залишити всі правні приміси державі, то все ж таки навіть модерна правова держава не була в силі перейти до денного порядку над усталеними бігом віків та ново повстаючими правовими нормами суспільних зв'язків низчого ступня. Держава могла лиш одно зробити — вона могла виразно заявити, що може пустити в рух свій адміністративний апарат тільки в таких випадках, які є передбачені державними законами, але не могла знести інших правних норм других суспільних зв'язків, оскільки ті норми стояли поза рамками державного адміністративного апарату» [4, с. 391-392].

Цікавою є позиція дослідника і стосовно меж суддівського розсуду, ролі та значення природних прав, звичаїв у сприйнятті та вирішення суддею конкретної спірної ситуації. «Суддя має перш за все зберігати право, та не тільки право держави, котрої він є органом, але й право других суспільних зв'язків, що матимуть вплив на порішення дотичної правової справи. Тому він повинен приглянутися не тільки до законів держави, але й до правових норм інших суспільних зв'язків, на які прийдеться взяти увагу. Якщо для порішення якогось питання не буде відповідної норми в законах держави, він може й повинен послуговуватися правовими нормами іншого суспільного зв'язку, оскільки такі норми існують» [4, с. 406]. Такого роду бачення засвідчує сприйняття С. Дністрянським наявності інших важелів впливу на суспільні зв'язки, які не обмежуються законами держави.

Водночас, не всі позиції аналізованого українського теоретика права варто з позицій сьогодення визнати слушними. Приміром, С. Дністрянський робить висновок, що і природні засади права не можуть виникнути інакше, як природнім шляхом, а отже, вони не є витворами абстрактного розуміння, а лише конкретними нормами окремих соціальних груп та соціальних утворень. Таким чином, природною основою права може бути лише те, що створила конкретна соціальна група та яку соціально-етичну норму вона визнала [5, с.72]. Вказане може створити хибне уявлення про те, що виключно окремі соціальні групи та соціальні утворення можуть бути джерелом права. Однак, це не в повній мірі так. «С. Дністрянський не погоджувався з прихильниками позитивістської школи права, які визнавали право лише те, що створено державою у формі закону або підзаконних актів. С. Дністрянський дивився на право як на природне, соціальне та економічне явище і тому запропонував визнати серед основ права звичай, авторитет суспільного утворення то волю членів цього утворення» [5, с. 81]. Можемо зрозуміти, що погляди науковця

розвивалися, змінювалися з поглибленням знань самого дослідника про сутність права та його походження.

Творче надбання С. Дністрянського важко розглядати без урахування його внеску в розвиток практичного українського конституціоналізму. Як зазначає Т. О. Подковенко, вчений увійшов у історію українського правознавства як визначний конституціоналіст. С. Дністрянський визначив Конституцію як Основний Закон держави, на якому має будуватися нормативно-правова система, тому він запропонував логічну і чітку модель нормативно-правової системи майбутньої Української держави. С. Дністрянський висунув тезу, яка є актуальною для будь-якого хронологічного відрізка, що Конституція обов'язково мусить мати три основи - історичну, політичну та юридичну [6, с. 44].

Ученим, який був обраний до вищого представницького органу ЗУНР, було запропоновано два проекти Конституції ЗУНР. За конституційними характеристиками майбутня держава (Західноукраїнська Народна Республіка) бачилася академіком Дністрянським насамперед як держава правова, суверенна та демократична. У цій державі мали б визнаватися права і свободи людини, місцеве самоврядування як обов'язковий конституційно-правовий інститут, а сама державна влада мала будуватися за принципом її чіткого поділу на законодавчу, виконавчу й судову. При цьому, система «ваг і стримувань» у середині самої організації механізму державної влади як такої бачилася достатньо чіткою та, до певної міри, реалістичною [7].

Тимчасовий Основний Закон про державну самостійність українських земель колишньої Австро-Угорської монархії, ухвалений Українською Національною Радою на засіданні 13 листопада 1918 року (надалі Тимчасова Конституція ЗУНР) не містила розділу про права, оскільки виконувала перехідну функцію до моменту, коли «установчі збори Західно-Української Народної

Республіки» приймуть відповідний конституційний акт» [8]. У параграфі 3 статті 1 проекту Конституції ЗУНР С. Дністрянського визначалося, що «кожна людина має основні громадянські права, які гарантуються їй державою». Ця ж стаття містила окремий підрозділ «а) Свободи», який відповідно до параграфу 6, зокрема, встановлював, що «кожна людина вільна від природи». Це яскраво перегукується зі статтями 3, 21, 22 Конституції України, які визначають, що «життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека» людини є «найвищою соціальною цінністю», права й свободи є «невідчужуваними та непорушними», і встановлюють невичерпність переліку прав [9].

Таким чином, убачаємо методологічний зв'язок проекту Конституції ЗУНР С. Дністрянського не тільки з аналогічними документами провідних демократій світу: Франції, Англії, США, але й історичну пов'язаність із текстом Конституції України 1996 року. Можемо конститувати, що конституційний текст незалежної сучасної України базувався не тільки на запозиченні досвіду провідних демократичних країн, що мав реальне

наповнення у попередніх спробах українського правотворення, але і на досвіді творення конституційного тексту провідниками української незалежності початку ХХ століття.

Висновки. На жаль, ЗУНР, як і УНР, не змогли реалізуватися як повноцінні держави. Україна продовжила своє існування як частина інших державних проєктів, зокрема СРСР, Польщі, Чехословаччини, Румунії тощо. Але з погляду розвитку ідеї природних прав та розбудови українського конституціоналізму, творча спадщина Станіслава Дністрянського є важливою як приклад українського наукового бачення початку ХХ століття природно-правового феномену і, що важливо, як приклад конкретної правотворчої діяльності у сфері побудови Конституції як Основного Закону держави. Застосовані ним методологічні підходи дозволяють зробити висновки, що сучасна Конституція (1996) незалежної України має у своїй основі не тільки всесвітньо відомі конституційні напрацювання, в тому числі щодо її природно-правової складової, але і спирається на конкретний історичний досвід українських учених-правників.

Література:

1. Велика українська юридична енциклопедія / ред. С. Максимов. Харків: Право, 2017. Т. 2: Філософія права. 1128 с.
2. Олещук К. М. Станіслав Дністрянський – основоположник соціології права в українському суспільствознавстві. *Вісник Львівського університету. Серія соціологічна*. 2013. Вип 7. С. 245-252.
3. Дністрянський С. Погляд на теорії права та держави. *Записки наукового товариства імені Шевченка. Праці історично-філософської секції*. / ред. Крип'якевич І. Львів: Друкарня Наукового товариства імені Шевченка, 1925. Томи СXXXVIII-SXL. С. 247-309.
4. Антологія української юридичної думки / ред. Ю. Шемшученко. Київ: Видавничий дім "Юридична книга", 2002. Т. 1. 568 с.
5. Коваль А. Ф. Погляди Станіслава Дністрянського на право та державу (загальнотеоретичні аспекти). Дисер. ...канд. юрид. наук : 12.00.01 / Львівський національний ун-т ім. Івана Франка. Львів : 2004. 220 с.
6. Подковенко Т. О. Сутність права та держави у творчості С. Дністрянського. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2017. Вип. 1. Т. 1. С. 42-46.
7. Стецюк Н.В. Конституціоналізм в українській політичній та правовій думці (середина ХІХ ст.- кінець 80-х років ХХ ст.) : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.01 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ, 2003. 191 с.
8. Тимчасовий основний закон про державну самостійність українських земель бувшої Австро-Угорської монархії, ухвалений Українською Національною Радою на засіданню 13 падолиста 1918. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0009300-18> (дата звернення 30.07.2020)
9. Конституція України. (1996). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення 30.07.2020)

Reference:

1. Maksymov, S.I. (2017), *Velyka ukrains'ka iurydychna entsyklopediia* [The Big Ukrainian Legal Encyclopedia] Nats. akad. prav. nauk Ukrainy; In-t derzhavy i prava imeni V.M. Korets'koho NAN Ukrainy; Nats. iuryd. un-t imeni Yaroslava Mudroho, Kharkiv, Ukraine..
2. Oleshchuk, K. (2013), "Stanislav Dnistrianski – the sociology of law founder in Ukrainian social science", *Visnyk Lvivskoho universytetu*, Seriiia sotsiolohichna, vol. (7), pp. 245-252.
3. Dnistrianski, S. (1925), "The View on the Theory of Law and State", *Zapysky naukovooho tovarystva imeni Shevchenka*. Pratsi istorychno-filosofichnoi sektsii., CXXXVIII-CXL, pp. 247-309.
4. Shemshuchenko, Yu., (2002), *Antolohiia ukrainskoi yurydychnoi dumky* [the Anthology of Ukrainian Legal Thoughts], P. 1., Vydavnychi dim "Iurydychna knyha", Kyiv, Ukraine.
5. Koval, A. (2004), "Stanislav Dnistrianski's Views on Law and State (general theoretical aspects)", PhD Thesis, Theory of State and Law, The History of Law and Political Views, L`viv, Ukraine.
6. Podkovenko, T. (2017), "Essence of Law and State in S.Dnistrianski's scholar achievements", *Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnoho universytetu*, vol.1(1), pp. 42-46.
7. Stetsiuk, N. (2003), "Constitutionalism in Ukrainian political and legal thoughts (middle XIX – end of 80s of XX century)", PhD Thesis, Theory of State and Law, The History of Law and Political Views, Tarasa Shevchenka National University, Kyiv, Ukraine.
8. Tymchasova Konstytutsia ZUNR (lystopad 1918 p.). Tymchasovyi osnovnyi zakon pro derzhavnu samostiinist Ukrainskykh zemel buvshoi Avstro-Uhorskoii monarkhii, ukhvalenyi Ukrainskoiu Natsionalnoiu Radoiu na zasidanniu 13 padolysta 1918. [Temporary Fundamental Law on State Independence of Ukrainian Lands of former Austrian-Hungarian Monarchy, approved by Ukrainian Council on the meeting on November 13, 1918], available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0009300-18> (Accessed 30 July 2020)
9. Konstytutsiia Ukrainy. [Constitution of Ukraine] (1996), available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (Accessed 30 July 2020).

Стаття надійшла до редакції 03.08.2020 року

СУЧАСНІ ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ МЕДІАЦІЇ У ПРОЦЕСІ ЗДІЙСНЕННЯ АДВОКАТАМИ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Долянoвська І.М.

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри державно-правових дисциплін,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна
тел.: (093) -75-831 -04, e-mail.: DolianovskaIM@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0002-1606-7096

Походжай О.О.

здобувач вищої освіти ступеня магістр, ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК»,
БІЗНЕС-ШКОЛА «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна
тел.: +38 063 254 20 90, e-mail.: olgapokhodzhai@gmail.com
ORCID: 0000-0002-2706-4165

MODERN PROSPECTS OF MEDIATION DEVELOPMENT IN THE PROCESS OF LAWYERS CARRYING OUT PROFESSIONAL ACTIVITIES IN UKRAINE

Dolianovska I.

Ph.D. in Law, Associate Professor of Department of the state legal disciplines,
“KROK” University, st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine
tel.: (093) -75-831 -04, e-mail.: DolianovskaIM@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0002-1606-7096

Pokhodzhai O.

Master student, “KROK” University, KROK BUSINESS SCHOOL
st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine, tel.: +38 063 254 20 90, e-mail.: olgapokhodzhai@gmail.com
ORCID: 0000-0002-2706-4165

Анотація. Альтернативне врегулювання спорів (АВС) - це група процесів, за допомогою яких вирішуються суперечки і конфлікти без звернення до формальної системи судочинства. До них відносяться: переговори, арбітраж та медіація. Медіація — альтернативний метод вирішення суперечок із залученням нейтральної третьої особи — медіатора. Медіація успішно використовується у багатьох країнах Європи й зарекомендувала себе як ефективний метод урегулювання суперечок. Проте кожна країна пройшла свій автентичний шлях до впровадження і популяризації медіації. Попри те, що медіація в Україні існує вже понад двадцять років, ми залишаємося на початку шляху розвитку та впровадження цього альтернативного методу вирішення спорів. Медіація досі не стала загальноприйнятим методом урегулювання конфліктів у нашому суспільстві, більше того, деякі учасники конфліктів не знають про існування такого методу або ж мають помилкове бачення щодо того, де й коли можна застосовувати медіацію. Як і багато країн, в яких медіація вже є обов'язковою процедурою перед зверненням до суду, Україна зіткнулася з чималою кількістю проблем у процесі впровадження цього альтернативного методу врегулювання конфліктів. Дослідження цих проблем та перешикоду, що стоять на шляху імплементації медіації в Україні, сприятимуть її швидкому впровадженню. Всебічне й глибоке вивчення всіх позитивних і негативних факторів, які супроводжували впровадження альтернативних методів вирішення суперечок в інших країнах, дозволить уникнути помилок, посилити позитивні боки та вплинути на негативні фактори. Однією з умов успішного розвитку медіації є широка співпраця з усіма зацікавленими сторонами — так званими стейкхолдерами. Стаття присвячена дослідженню впливу адвокатів і спільноти правників на розвиток та впровадження медіації в Україні. Розглянуто, яку роль відіграють адвокати в розвитку й функціонуванні медіації в інших країнах. Висвітлено роль адвокатів у процесі медіації. Обґрунтовано необхідність подальших досліджень у цій сфері.

Ключові слова: розвиток медіації, роль адвокатів, вплив адвокатів на розвиток медіації, стейкхолдери, альтернативне вирішення суперечок.

Формул: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл.: 11.

Abstract. *Alternative dispute resolution (ADR) is a group of processes through which disputes and conflicts are resolved without recourse to the formal judicial system. These include: negotiation, arbitration and mediation. Mediation is an alternative method of resolving disputes with the involvement of a neutral third party - a mediator. Mediation has been used successfully in many European countries and has proven to be an effective method of settling disputes. However, each country has taken its own authentic path to the introduction and promotion of mediation. Despite the fact that mediation has existed in Ukraine for more than twenty years, we remain at the beginning of the path of development and implementation of this alternative method of dispute resolution. Mediation has not yet become a common method of resolving conflicts in our society, moreover, some participants in conflicts are unaware of the existence of such a method or have a misconception about where and when mediation can be used. Like many countries where mediation is already a mandatory pre-trial procedure, Ukraine has faced a number of challenges in implementing this alternative method of conflict resolution. Research on these issues and obstacles to the implementation of mediation in Ukraine will facilitate its rapid implementation. A comprehensive and in-depth study of all the positive and negative factors that have accompanied the introduction of alternative dispute resolution methods in other countries will allow to avoid mistakes, strengthen the positive aspects and influence the negative factors. One of the conditions for the successful development of mediation is extensive cooperation with all stakeholders. The article is devoted to the study of the influence of lawyers and the legal community on the development and implementation of mediation in Ukraine. The role of lawyers in the development and functioning of mediation in other countries is considered. The role of lawyers in the mediation process is highlighted. The need for further research in this area is substantiated.*

Key words: *development of mediation, role of lawyers, influence of lawyers on development of mediation, stakeholders, alternative dispute resolution.*

Formulas: 0, fig.: 0, tabl.: 0, bibl.: 11.

Постановка проблеми (або вступ).

Альтернативне вирішення суперечок стає більш поширеним у світі й займає міцну позицію поруч з судовим процесом. Усе більше країн упроваджують медіацію (посередництво) як обов'язкову досудову процедуру. В інших країнах звернення до альтернативного вирішення суперечок залишається добровільним та все ж користується попитом завдяки своїм перевагам. Питання, чи рухатися Україні в напрямку добровільності процесу, чи обов'язкової досудової медіації, викликає безліч дискусій у спільноті медіаторів і не тільки. Та проблема популяризації медіації залишається відкритою незалежно від того, який шлях розвитку буде обрано. Тому важливо дослідити фактори, що впливають на розвиток медіації як загалом, так і кожен зокрема. Вважаємо за доцільне розглянути ширше вплив стейкхолдерів (зацікавлених сторін), а саме адвокатів, на розвиток медіації в Україні та визначити фактори, які допомогли б вплинути на швидке й успішне впровадження альтернативних методів вирішення суперечок.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дане наукове дослідження є фактично одним із перших комплексних досліджень впливу адвокатів та спільноти правників на розвиток медіації в Україні. Окремі питання даного наукового

дослідження становили певний інтерес для вітчизняних науковців. Так, окремі науковці, такі як Кисельова Т., Ясиновський І. Г., Бабат О. І., Гайдук А. В. й інші здійснювали комплексне дослідження проблем упровадження медіації в Україні. Інші, наприклад, Єфіменко М. Ю., Яновська О., Біцай А., досліджували роль та особливості участі адвокатів у процесі медіації. Проте ними не було повною мірою розкрито питання ролі адвокатів у розвитку медіації в Україні.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми. Комплексно питання ролі адвокатів як стейкхолдерів у розвитку медіації в Україні не було достатньо вивчено. Частково цю тему висвітлено у зазначених вище дослідженнях, але вони описують роль усіх зацікавлених сторін.

Формулювання основних цілей статті (постановка завдання). Головна мета даного наукового дослідження – розкрити тему розвитку медіації в Україні, дослідити, яку роль відіграли правники у процесі становлення медіації у країнах, де вона є дієвим механізмом вирішення конфліктів, проаналізувати ставлення адвокатів до медіації в Україні та можливості впливу на ситуацію, що склалася.

Виклад основного матеріалу наукового дослідження (або результат

дослідження). В усьому світі інститут посередництва є найбільш цивілізованим і перспективним методом урегулювання конфліктів. Про те, що медіація є поширеним методом вирішення спорів у країнах Європи та світу, свідчить імплементація медіації в судову систему й визначення медіації обов'язковою процедурою перед зверненням до суду. Підтвердженням того, що медіація впевнено займає своє місце серед альтернативних методів вирішення суперечок є підписання 7 серпня 2019 року в Сінгапурі Конвенції ООН "Про міжнародні угоди за результатами медіації" (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation) [1]. Як слушно зазначають з цього приводу дослідники, у різних країнах медіація приживається по-різному. В багатьох країнах комерційні спори не можуть потрапити до суду, доки не пройдуть через медіатора. В інших країнах медіація — виключно добровільна справа, а в деяких — це процес, який ще не почався [2, с.161].

В Україні медіація ще не набула широкого застосування, проте питання становлення та імплементації інституту медіації не втрачає своєї актуальності, і підписання Україною Сінгапурської конвенції є тому доказом. Попри те, що медіація в Україні існує понад 20 років, ми все ще знаходимося на початку шляху. Досліджуючи проблеми впровадження медіації, низка авторів, серед яких Ясиновський І. Г., що слушно звернув увагу на повільні темпи цього процесу та виділив причини, які безпосередньо впливають на розвиток медіації в Україні. Серед них такі:

1. низька правова культура населення [3, с. 260-261]; без правової культури неможливе здійснення правової реформи, забезпечення нормальної життєдіяльності суспільства, особистості [4, с. 306];

2. низький рівень довіри до даної послуги; неготовність широких верств населення сприймати медіацію як альтернативу державному судочинству викликана насамперед відсутністю

об'єктивної інформації про можливості та переваги медіації;

3. недостатня поінформованість суспільства загалом і громадян зокрема про медіацію, її переваги як альтернативи судовому розгляду [3, с. 260-261];

4. позиції сторін, які не бажають іти на компроміс; поширення практики застосування медіації в Україні ускладнюється наявністю в нашій культурі правової установки на вирішення проблем з позиції сили чи влади та уникнення особистої відповідальності за те, що відбувається, тенденції шукати винного ззовні; з іншого боку, медіація має досить сприятливий ґрунт унаслідок такої особливості української самосвідомості, як велика значущість взаємовідносин між людьми [5, с. 32];

5. Специфіка національного правосуддя. Практика показує, що в українському суспільстві сформувалась усталена думка про те, що не самі учасники конфлікту, а хтось інший (держава) має вирішувати спірні стосунки і що саме обов'язковість судового рішення є єдиним дієвим способом вирішення суперечки.

6. низький рівень співпраці з міжнародними організаціями; міжнародна співпраця дуже важлива для обміну досвідом, а також для забезпечення можливості порівняти розвиток інституту медіації в різних країнах;

7. відсутність належної фінансової підтримки; надзвичайно важливо для країни на ранній стадії розвитку медіації надавати достатні державні кошти для схем державного посередництва; без належного фінансування посередництво боротиметься за доведення своєї ефективності та сприйняття громадськістю і матиме лише поодинокі успіхи;

8. громадські засади розвитку медіації;

9. складність вибору медіатора як високопрофесійної особи;

10. відсутність спеціалізованого законодавства [3].

Окрім цього, Кисельовою Т. було проведено наукове дослідження про перешкоди розвитку та здійснено аналіз

поточної ситуації розвитку медіації в Україні. У ході дослідження автор виокремила головних стейкхолдерів, які зацікавлені в розвитку медіації та мають значний вплив на її впровадження й популяризацію, серед них: професійна спільнота медіаторів, депутати Верховної Ради України, суди, спільнота правників, державні установи, бізнес [6]. Усі ці стейкхолдери мають неоднозначне ставлення до становлення інституту медіації в Україні, але саме від них залежить, чи буде медіація звичним засобом вирішення суперечок у нашому суспільстві.

Вважаємо за доцільне проаналізувати участь спільноти правників, а саме адвокатів, у процесі розвитку медіації в Україні, оскільки, як нами вже було наголошено, цей аспект недостатньо досліджено та згадано частково у деяких публікаціях. Тут важливо звернути увагу саме на розмежування між роллю адвокатів, як представників сторін у процесі медіації, та роллю адвокатів, як стейкхолдерів, які можуть вплинути на процес популяризації медіації.

Роль адвокатів у процесі медіації досліджувалася українськими науковцями і, на думку Єфіменко М. Ю., зводиться до двох напрямків роботи. По-перше, адвокат може бути представником сторони, у зв'язку з чим у законопроекті слід передбачити норму, що сторони конфлікту мають право на допомогу адвоката.

По-друге, адвокат може виступати медіатором у разі отримання відповідної кваліфікації та документів, що дають дозвіл на зайняття діяльністю медіатора [7].

Свого часу А. М. Понасюк виділив низку ознак, які властиві адвокату-медіатору як учаснику врегулювання юридичних суперечок:

1) предметна сфера діяльності адвоката, пов'язана з глибоким всебічним аналізом протиріч і відносин у конфліктах різних предметних категорій;

2) адвокат виступає як незалежний, незаангажований та неупереджений посередник, який допомагає сторонам дійти консенсусу в приватноправових

суперечках; 3) особлива процедура (медіація), в рамках якої може здійснюватися адвокатська діяльність і безпосереднє місце адвоката в ній [8, ст.148].

Отже, з викладеного вище можемо дійти висновку, що участь адвоката у процесі медіації розкрита належним чином у дослідженнях згаданих авторів. Тому, розвиваючи далі дане питання, необхідно розкрити тему участі адвокатів, як основних стейкхолдерів, у процесі популяризації медіації. Досліджуючи шлях розвитку та становлення медіації у країнах, де цей метод є широко застосовуваним перед зверненням до суду, можна з'ясувати, які позиції щодо медіації займає адвокатська спільнота.

В Англії та Уельсі діє модель, де медіація пов'язана з судом, проте ситуативне перенаправлення адвокатами на медіацію є найпоширенішою формою перенаправлень сторін суперечки. Крім санкцій, що стосуються судових витрат за необґрунтовану відмову від медіації, найважливішим засобом заохочення звертатися за цим є позитивний досвід медіації серед юристів і сторін суперечок. Неспроможність адвоката (юриста) консультувати клієнта з приводу доцільності та застосування медіації може призвести до подання позову проти адвоката [9].

В Італії існує модель пов'язаної з судом медіації, проте адвокати мають юридичний обов'язок інформувати та консультувати клієнтів про медіацію і повинні засвідчувати перед судом, що вони виконали цей обов'язок. Клієнт також повинен підписати цей документ. Закон дозволяє кожній місцевій асоціації адвокатів створити організацію з медіації у приміщенні суду першої інстанції. Процедура реєстрації такої організації з медіації спрощена. У приміщенні суду можуть розглядатися лише ті справи, які обов'язково передаються на медіацію за законом або за наказом судді [9].

У Фінляндії, згідно з Кодексом поведінки Асоціації адвокатів, адвокат повинен зважати на те, чи можна вирішити суперечку за допомогою будь-якої

процедури альтернативного вирішення суперечки, що зумовлено обов'язком адвоката сприяти найкращому вирішенню. Відповідно до Закону про медіацію початок медіації при суді вимагає згоди всіх сторін. Проте рішення про початок медіації приймають суди (якщо справа підлягає медіації) [9].

Досвід описаних вище європейських країн свідчить, що адвокати мають значні важелі впливу і можуть позитивно впливати на впровадження медіації.

Як слушно зауважили Лекко Б. та Чуйко Г., існує і негативний досвід впливу адвокатів, який стосується впровадження медіації у процес судового розгляду, і розглянути його можна через два підходи. Перший підхід, у якому суддя лише пропонував сторонам звернутися до послуг медіатора, зазнав невдачі скрізь, де були спроби його реалізувати. Причина була проста — опір адвокатів [2, ст.157].

Спроба впровадити прямо протилежний досвід підходу до медіації також не принесла значущих результатів. Фактично судді не призначали до слухання справи, якщо сторони не спробують спочатку сісти за стіл переговорів. Але адвокати та сторони підходили до медіаційної процедури як лише до ще однієї формальної перешкоди, яку необхідно пройти [2, ст.157].

Виходячи з досвіду країн ЄС з найкращими практиками та найбільш ефективними моделями медіації, участь адвокатів та їх роль у розвитку медіації може бути як позитивною, так і негативною.

В Україні вплив адвокатів, які є значущими стейкхолдерами для розвитку медіації, досліджувала Кисельова Т. Згідно з її дослідженнями ставлення українських юристів до медіації залишається невизначеним. З одного боку, Асоціація адвокатів України та Національна асоціація адвокатів України публічно висловлювали свою підтримку медіації та організували низку спільних заходів з метою популяризувати медіацію серед юристів. З іншого - дослідження показало, що юристи дійсно відчувають загрозу своїй професії з боку медіаторів і

намагаються конкурувати з медіаторами, які не є юристами, шляхом набуття навичок з медіації та інтеграції медіації в юридичну практику. Нещодавно низка юридичних компаній почали пропонувати медіацію як одну з послуг. Однак, це дослідження не змогло ідентифікувати будь-яку статистику щодо таких послуг, тому медіація в цій сфері скоріше за все залишається маркетинговим механізмом для залучення клієнтів юридичних послуг [6].

Згідно з дослідженнями, які здійснив Алеш Залар, практикуючі юристи (адвокати) мають розбіжні погляди на медіацію, як це було у кожній країні світу на ранніх стадіях розвитку медіації. Багато хто з них все ще переймається через те, що медіація позбавить їх роботи (вони звинувачують АВС у зменшенні власних доходів, яке тривожить їх), тоді як інші вважають, що, як адвокати, вони по суті є медіаторами. Хоча медіація могла б працювати без чіткої законодавчої бази, яка б упроваджувала її, правова культура та традиція в Україні вимагає законодавства про медіацію. Таким чином, адвокати вважають відсутність Закону про медіацію ключовою причиною уповільнення розвитку процесу медіації. Зокрема, необхідно регулювати взаємодію між судовим процесом і медіацією [9].

Отже, можемо стверджувати, що ставлення адвокатів до медіації в Україні є нейтральним з нахилом до позитивного. Серед позитивних факторів є проведення на постійній основі Вищою школою адвокатури Національної асоціації адвокатів України семінарів та тренінгів з медіації для адвокатів, що сприяє все більшому залученню й інформуванню правників про альтернативне вирішення суперечок. Та в даний час адвокати недостатньо залучені до процесу посередництва і не заохочують клієнтів використовувати медіацію для вирішення суперечок. З усіх зацікавлених сторін, які беруть участь у медіації, саме правники мають найнижчий рівень зацікавленості у вирішенні суперечок методом посередництва, а це може негативно вплинути на впровадження медіації, адже в

багатьох випадках адвокат є першоджерелом інформації про медіацію для клієнта.

На думку Бабат О. І., незважаючи на те, що превалюючим напрямком адвокатської діяльності є власне досудове врегулювання спорів, примирливий напрямок ще недостатньо розвинений в адвокатському середовищі. Багато в чому це пов'язано з відсутністю спеціальної літератури, присвяченій розгляду місця медіації в адвокатській діяльності й розробці практичних рекомендацій щодо участі адвоката в медіації. Спеціалізоване законодавство з цих питань також відсутнє [10, с. 50-51].

Тож для успішного впровадження медіації в Україні необхідно заручитися підтримкою всіх стейкхолдерів з визначенням їх впливу на цей процес. Що стосується адвокатів та асоціацій адвокатів, то їх роль може бути різною і буде залежати від того, який шлях упровадження медіації обере країна. Проте в будь-якому випадку роль адвокатів у процесі впровадження медіації є значною і може полягати в такому:

1. Адвокати можуть бути свого роду амбасадорами медіації, які інформують клієнтів про можливість вирішення суперечки за допомогою альтернативного методу. Відповідна норма може бути внесена до закону, який регулює діяльність адвокатів. Внесення подібної норми до законодавства позитивно сприятиме популяризації медіації.

2. Адвокати можуть рекомендувати і направляти сторони на медіацію. Для того щоб адвокати почали застосовувати таку практику, їм необхідно чітко розуміти свою роль у цьому процесі, яку користь це принесе клієнту та адвокату особисто. Також адвокату потрібно мати навички визначення медіабельності суперечки й знання, як заохотити клієнта до вирішення спору шляхом медіації. Асоціація адвокатів могла б розробити положення про адвокатський супровід у процесі медіації, таким чином, офіційно закріпити таку послугу та визначити рекомендований гонорар за її надання.

Хоча практика направлення на медіацію в багатьох країнах є прерогативою судів, але саме в цьому випадку адвокати сприймали медіацію як формальну процедуру.

3. Адвокат може виступати як медіатор. Медіація відкриває для адвокатів нову, специфічну і широку сферу професійної практики. У зв'язку з можливим ухваленням Закону про медіацію гостро постає питання про професійні кадри медіаторів. Адвокати, будучи фахівцями в галузі права, є однією з найбільш відповідних професійних груп для виконання ролі медіатора при врегулюванні спорів у сфері права [10, с. 50-51].

Практика багатьох європейських країн свідчить, що застосування сьогодні адвокатами медіативних технік та навичок медіатора – поширене явище. Пояснюється це тим, що врегулювання спору за допомогою медіації має низку переваг як для клієнтів, так і безпосередньо для самого адвоката, що дає йому змогу підвищити свою конкурентоспроможність на сучасному ринку праці [11, с. 411].

Адвокатська послуга, на відміну від медіації, є поширеним в Україні явищем і користується довірою суспільства, тож отримання адвокатом статусу медіатора дає певний кредит довіри до процедури медіації та може зіграти важливу роль у разі запровадження медіації як обов'язкової досудової процедури.

На сьогодні вже багато зроблено для розвитку і впровадження медіації в Україні, й значною мірою це заслуга адвокатів та спільноти правників, які беруть участь у розробленні законопроектів, ініціюють круглі столи з обговорення проблем упровадження медіації, здійснюють багато інформативних заходів для поширення інформації про посередництво у спільноті. Та для того щоб адвокатська спільнота звикла сприяти посередництву, слід виконати ще багато роботи, наприклад, започаткувати викладання альтернативного вирішення суперечок на юридичних факультетах, внести зміни до Закону про адвокатуру з метою підтримки медіації, дослідити ключові фактори опору

адвокатів у сприянні медіації й робота з ними.

Висновки та перспективи подальшого дослідження.

• Необхідним і перспективним убачається подальше дослідження ролі адвокатів та адвокатської спільноти у розвитку медіації в Україні. Оскільки впровадження медіації в Україні знаходиться на початку свого шляху, то поле для дослідження проблем і бар'єрів розвитку та імплементації медіації залишається досить широким. Для того щоб медіація стала звичним явищем, яке передує зверненню з позовом до суду, слід дослідити ще безліч факторів, які мають вплив і можуть прискорити її розвиток. Глибоке дослідження впливу стейкхолдерів на впровадження

альтернативних методів вирішення спорів не проводилося. Підсумовуючи результати нашого наукового дослідження, можемо зазначити таке:

• Дослідження розвитку медіації у процесі здійснення адвокатами професійної діяльності в інших країнах. Небезпідставним та корисним буде звернення до досвіду становлення медіації в різних країнах.

• Предметом досліджень може стати роль інших стейкхолдерів, наприклад, суддів та державних службовців.

• Здійснення опитування серед адвокатів для з'ясування рівня підтримки медіації в спільноті та ставлення до впровадження обов'язкової досудової медіації в певній категорії справ.

Література:

1. Конвенція ООН "Про міжнародні угоди за результатами медіації" URL:<https://www.singaporeconvention.org/convention/the-convention-text/>. (дата звернення 24.08.2020)
2. Лєко Б., Чуйко Г. Медіація: підручник. Чернівці. 2011. 464 с.
3. Ясиновський І. Г. Проблеми впровадження та проведення медіації в Україні. *Актуальні проблеми політики*. 2015. Вип.55. С.260-267.
4. Кравчук М. В. Теорія держави і права (опорні конспекти): навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. Вид. 3-є, змін. й доп. / М. В. Кравчук. Київ: Алерта, 2014. 608 с.
5. Подковенко Т. О. Медіація як один з альтернативних способів розв'язання конфліктів. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2009. Вип. 45. С. 31-38.
6. Кисельова Т. Інтеграція медіації в судову систему України. Програмний документ. У рамках проекту Ради Європи "Підтримка впровадженню судової реформи в Україні". Київ, 2017. URL:<https://rm.coe.int/kyselova-t-mediation-integration-ukr-new-31-07-2017/168075c1e7> (дата звернення 24.08.2020)
7. Єфименко М. Ю. Роль адвоката в процесі медіації. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2015. №13. Т. 2. С. 25-27.
8. Понасюк А. М. Участие адвоката в урегулировании юридических споров посредством медиации: дис.канд. юр. наук: спец.12.00.11 - Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности. Российская академия адвокатуры и нотариата (институт). Москва, 2011. 269 с.
9. Алеш Залар. Комплексний аналіз поточного контексту, бар'єрів та можливостей для розвитку медіації з рекомендаціями щодо розвитку та впровадження медіації в Україні. Програма реформування сектору юстиції "Нове Правосуддя". USAID.2019. URL:<https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2019/11/New-Justice-Comprehensive-Analyses-on-Mediation-for-Ukraine-Ales-Zalar-UKR.pdf> (дата звернення 25.08.2020)
10. Бабат О. І. Медіація в Україні. *Матеріали Міжнародної Конференції «Держава, регіони, підприємництво: інформаційні, суспільно-правові, соціально-економічні аспекти розвитку»*. 2019. С. 48-51.
11. Медіація у професійній діяльності юриста : підручник / Т. Білик та ін.; за ред. Н. Крестовської, Л. Романадзе. Одеса, 2019. 456 с.

Reference

1. The United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, available at: <https://www.singaporeconvention.org/convention/the-convention-text/> (Accessed 24 July 2020).
2. Leko, B. and Chujko, H. (2011) *Mediatsiia* [Mediation], Knyha – XXI, Chernivtsi, Ukraine.
4. Yasynovskiy, I.H. (2015), "Problems of implementation and conduct of mediation in Ukraine", *Aktual'ni problemy polityky*, vol.55, pp.260-267.
5. Kravchuk, M.V. (2014), *Teoriia derzhavy i prava* [Theory of state and law], 3rd ed, Alerta, Ukraine.
6. Podkovenko, T.O. (2009) "Mediation as an alternative way of resolving conflicts", *Derzhava i pravo. Yurydychni i politychni nauky*, vol. 45, pp. 31-38.
7. Council of Europe (2017), "Integration of mediation into the judicial system of Ukraine", Support to the implementation of the judicial reform in Ukraine, available at: <https://rm.coe.int/kyselova-t-mediation-integration-ukr-new-31-07-2017/168075c1e7> (Accessed 24 July 2020).

8. Yefymenko, M.Yu. (2015), "The role of the lawyer in the mediation process", *Naukovyj visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu*, vol. 13, pp.25-27.
9. Ponasiuk, A.M. (2011), "Participation of a lawyer in the settlement of legal disputes through mediation". Abstract of Ph.D. dissertation, International law, Russian Academy of Advocacy and Notaries (Institute), Moscow, Russia.
10. USAID, "Comprehensive analysis of the current context, barriers and opportunities for development mediation with recommendations regarding development and introduction of mediation in Ukraine", available at: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2019/11/New-Justice_Comprehensive_Analyses_on_Mediation_for_Ukraine_Ales_Zalar_UKR.pdf (Accessed 25 July 2020).
11. Babat, O.I. (2019) "Mediation in Ukraine", *Materialy Mizhnarodnoi Konferentsii Derzhava, rehiony, pidpriemnytstvo: informatsijni, suspil'no-pravovi, sotsial'no-ekonomichni aspekty rozvytku* [Proceedings of the International Conference State, Regions, Entrepreneurship: Information, Socio-Legal, Socio-Economic Aspects of Development], Mizhnarodna konferentsiia [International Conference], KROK University of Economics and Law, pp.48-51.
12. Bilyk, T. Havryliuk, R. Horodys'kyj, I. Danylko, N. Kysel'ova, T. Kovalko, N. Kostia, D. Krestovs'ka, N. Mykytyn, Yu. Mozhajkina, O. Narovs'ka, K. Orzikh, Yu.Romanadze, L. Saienko, M. Serhieieva, A. Khieda, S. Tsvina, T. Shapovalova, O. and Shvetsova, L. (2019), *Mediatsiia u profesijnij diial'nosti iurysta* [Mediation in the professional activity of a lawyer], Ekolohiia, Odessa, Ukraine.

Стаття надійшла до редакції 05.08.2020 року

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ МЕДІАЦІЇ В ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА

Сєдашова О.А.

кандидат педагогічних наук, доцент БІЗНЕС-ШКОЛИ «КРОК»,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК»,
м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна, тел.: (050) 923-40 29, e-mail.: SedashovaOA@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0001-6562-2749

Заверуха І.Л.

Голова адвокатського об'єднання "LawCoPartners", адвокат, здобувач вищої освіти ступеня «магістр»,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», БІЗНЕС-ШКОЛА «КРОК»,
м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна тел.: (067) 2978344, e-mail: zaverukha@lawco.partners
ORCID: 0000-0002-8915-334X

PROBLEM ASPECTS OF MEDIATION APPLICATION IN THE ACTIVITY OF AN ATTORNEY

Sedashova O.

PhD, Associate Professor of KROK Business School "KROK" University,
st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine, tel.: (050) 923-40 29, e-mail.: SedashovaOA@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0001-6562-2749

Zaverukha I.

Head of LA «LAWCO PARTNERS», an attorney, Master student,
University "University of Economics and Law" KROK " KROK BUSINESS SCHOOL
Kyiv, Tabirna Street, 30-32 03113, Ukraine tel. : (067) 2978344, e-mail: zaverukha@lawco.partners
ORCID: 0000-0002-8915-334X

Анотація. Правовий статус адвоката в його безпосередній професійній діяльності, в тому числі у взаємовідносинах із клієнтом, має надзвичайно важливе значення в такому виді правової допомоги, як представництво та консультування. Не меншого значення набуває розуміння адвокатом свого правового статусу в медіації. Стаття присвячена аналізу правового статусу адвоката-медіатора за законодавством України станом на грудень 2020 року. Висвітлено основні принципи адвокатської діяльності й медіації. Розглянуто форми контролю за діяльністю адвоката-медіатора. Досліджено форми обмежень/перешкод адвоката-медіатора. Обґрунтовано необхідність подальших досліджень у цій сфері. Оскільки в українському законодавстві адвокатська діяльність визначена як незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту, в статті автором досліджено види адвокатської діяльності й співвідношення їх із медіацією, перевірено, чи схожі ці види суспільної діяльності, чи є вони суперечливими, можливо, взаємовиключними, хто може їх здійснювати та з якими особливостями, чи виникає конфлікт інтересів при здійсненні медіації адвокатом, чи існують обмеження у правовому регулюванні адвокатської діяльності щодо можливості здійснювати функції медіатора тощо. Враховуючи активний процес імплементації медіації в суспільні відносини в Україні, що триває кілька років, а також особливості здійснення адвокатської діяльності й наявність тривалих дискусій у різноманітних суспільних, у тому числі професійних, колах щодо вказаних питань, у статті наведено пропозиції вирішення проблемних аспектів здійснення адвокатської діяльності з поєднанням у своїй практиці адвокатами функцій медіаторів, зокрема надання послуги медіації. У даній статті надано відповідь на питання: чи є медіація правовою послугою, чи відноситься до об'єкту адвокатської таємниці інформація, отримана адвокатом у процесі надання послуги медіації, чи компенсуються витрати на медіацію за аналогією з компенсацією витрат на безоплатну правову (правничу) допомогу, чи повинен адвокат-медіатор при наданні послуг медіації виконувати функцію суб'єкта первинного фінансового моніторингу.

Ключові слова: медіація, адвокат, адвокат-медіатор, адвокатська діяльність, право, справедливість, врегулювання спорів, примирення, демократія.

Формул: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл.: 11.

Annotation. *The legal status of a lawyer in his direct professional activity, including in the relationship with the client, is extremely important, including such type of legal assistance as representation and counseling. Understanding of his legal status in mediation is no less important for a lawyer. The article is devoted to the analysis of the legal status of a lawyer-mediator under the legislation of Ukraine as of December 2020. The basic principles of advocacy and mediation are highlighted. Forms of control over the activities of a lawyer-mediator are considered. Forms of restrictions / obstacles of a lawyer-mediator are studied. The need for further research in this area is substantiated. Since Ukrainian law defines advocacy as an independent professional activity of a lawyer in providing protection, representation and other legal assistance to a client, the author examines the types of advocacy and possibility of their implementation in mediation, checks if these types of public activities are similar or contradictory, possibly mutually exclusive, who can perform them and with what features, whether there is a conflict of interest in the implementation of mediation by a lawyer, whether there are restrictions in the legal regulation of advocacy on the ability to perform the functions of mediator, etc. Considering several years of the mediation active implementation ongoing in public relations in Ukraine, as well as the peculiarities of advocacy and the presence of ongoing discussions in various public, including professional, circles on these issues, the article provides proposals to address issues of advocacy with a combination in their practice, lawyers function as mediators, including the provision of mediation services. This article answers the question of whether mediation is a legal service, whether information obtained by a lawyer in the process of providing mediation services is the object of legal secrecy, whether the costs of mediation are reimbursed by analogy with the reimbursement of free legal assistance, or the mediator lawyer must perform the function of the subject of primary financial monitoring when providing mediation services.*

Keywords: *Mediation, lawyer, mediator lawyer, advocacy, law, justice, dispute resolution, reconciliation, democracy.*

Formulas: 0, pic.: 0, tables: 0, lib.:11.

Постановка проблеми. Активний процес повноцінного запровадження медіації на законодавчому рівні в Україні, залучення до цього процесу фахівців із різних професійних кіл (юридичних, управлінських, медичних, освітніх) до формування "ядра" виконавців незвичного та маловідомого для пересічного українця способу вирішення/врегулювання спору/конфлікту - медіації потребують вивчення й аналізу особливостей здійснення ролі медіатора представниками перелічених професій з огляду на наявне правове регулювання їх професійної діяльності.

Оскільки значною частиною професійної діяльності адвоката є саме участь у правових конфліктах різних сфер суспільних відносин, досвід та професійні навички адвоката можуть бути корисними і в розвитку нового соціального інституту. Включаючись до такого процесу, варто чітко розуміти, з яким багажем, окрім власного бажання допомогти сторонам спору/конфлікту, адвокат-медіатор приєднується до процедури медіації. Чи є якісь додаткові переваги у сторін у зв'язку з участю саме адвоката-медіатора? Які можуть бути ризики від такої участі для сторін, для самого адвоката-медіатора, чи для його партнерів, адвокатури загалом, клієнтів адвоката тощо?

Дані питання становлять значний інтерес для розвитку суспільних відносин шляхом запровадження цивілізованих, прогресивних та ефективних інструментів вирішення спорів, альтернативних зверненню до суду.

Важливим аспектом особливості правового регулювання адвокатської діяльності є той факт, що з 28 квітня 2020 року шляхом внесення змін до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», адвокатів й інших юристів віднесли до категорії суб'єктів первинного фінансового моніторингу [5]. Внаслідок цього адвокати та юристи зобов'язані виконувати низку дій щодо перевірки своїх клієнтів і звітувати державі про свої підозри в контексті завдань вказаного Закону. При цьому існують виключення, які дозволяють не виконувати такі дії, а саме:

- 1) здійснення захисту клієнта;
- 2) представництва інтересів клієнта у судових органах;
- 3) представництва інтересів клієнта у справах досудового врегулювання спорів;
- 4) надання консультацій щодо захисту та представництва клієнта.

Як видно, в переліку виключень немає медіації, а відсутність профільного закону, який би міг це врегулювати, ставить під загрозу дотримання принципу конфіденційності медіації, якщо її проводить адвокат, або якщо медіація відноситься до видів юридичних (правових) послуг.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дане наукове дослідження є одним із перших комплексних досліджень щодо суміщення адвокатської діяльності та медіації. Частково деяким питанням даної теми приділено увагу авторським колективом підручника «Медіація у професійній діяльності юриста» [8, с. 415-416]. Також особливості участі адвоката у процедурі медіації досліджувалися О. Яновською [9, с. 21-24]. Свої думки з дотичних питань висловлено у статті В. Поліщук [10], а також О. Горецьким [11].

Проте в основному цими авторами акцент дослідження робився або на суті самої процедури медіації та її перевагах як способі вирішення спорів, або на окремих питаннях правового регулювання такої процедури з погляду наявності юридичного права адвокатів бути надавачем соціальної послуги медіації.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми. Чи є медіація як послуга в Україні юридичною (правовою) послугою; чи можуть таку послугу надавати адвокати і не адвокати; чи можуть не адвокати-медіатори отримати компенсацію від держави за надання послуги медіації за аналогією з адвокатами-медіаторами; чи мають сторони медіації, що проводить адвокат-медіатор, статус клієнта в його адвокатській діяльності; чи відноситься інформація, яка стала відомою адвокату в процесі медіації, до адвокатської таємниці й чи повинен адвокат-медіатор звітувати щодо інформації про сторін медіації на виконання своєї ролі суб'єкта первинного фінансового моніторингу у випадку, якщо отримана ним інформація відноситься до такої, яку адвокат має повідомити згідно з законом?

Формулювання основних цілей статті (постановка завдання). Метою є

дослідження проблемних питань при наданні послуги медіації суб'єктами адвокатської діяльності.

Виклад основного матеріалу наукового дослідження (або результат дослідження). Відповідно до ст. 131-2 Конституції України для надання професійної правничої допомоги діє адвокатура. Принципи діяльності, організація роботи та засади здійснення адвокатської діяльності визначається окремим законом [1].

Серед переліку видів адвокатської діяльності в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» відсутнє згадування медіації в будь-якому значенні, а отже, на нашу думку, не зовсім правильно назвати медіацію правовою послугою, яку може надавати виключно адвокат.

Захист - вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів особи. *Представництво* - вид адвокатської діяльності, який полягає в забезпеченні реалізації прав і обов'язків клієнта в цивільному, господарському, адміністративному та конституційному судочинстві, в інших державних органах, перед фізичними й юридичними особами. *Інші види правової допомоги* - види адвокатської діяльності з надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, правового супроводу діяльності клієнта, складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру, спрямованих на забезпечення реалізації прав, свобод і законних інтересів клієнта, недопущення їх порушень, а також на сприяння їх відновленню в разі порушення [2].

Проте Державний стандарт соціальної послуги посередництва (медіації) частково розкриває досліджувані поняття.

Наприклад, *надавач соціальної послуги посередництва (медіації)* - посередник (фахівець із соціальної роботи, соціальний працівник, психолог), медіатор, які безпосередньо реалізують заходи, що становлять зміст соціальної послуги. *Суб'єкт, що надає соціальну послугу*

посередництва (медіації) - підприємство, установа, заклад, організація (різних форм власності та господарювання), фізична особа, фізична особа - підприємець, які відповідають критеріям діяльності суб'єктів, що надають соціальні послуги. *Посередництво (медіація)* - метод розв'язання конфліктів/спорів, за допомогою якого дві або більше сторін конфлікту/спору намагаються в межах структурованого процесу за участю посередника/медіатора досягти згоди для його розв'язання. *Сторони посередництва (медіації)* - сторони конфлікту/спору, які уклали договір про надання соціальної послуги на I етапі або угоду про здійснення медіації на II етапі [3].

На нашу думку, важливі акценти щодо питань правового регулювання медіації в Україні передбачено в п. 4 ч. 1. ст. 1 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» [4], в якому дається визначення правових послуг, у тому числі й медіацію.

Науковці Л. Романадзе та Н. Ковалко вважають, що медіація є видом правових послуг, які є наданням правової допомоги, і тому її можна віднести до видів адвокатської діяльності [8, с. 415-416]. Проте, на нашу думку, з таким висновком не можна погодитися, зважаючи на таке.

У ст. 1 Закону України «Про безоплатну правову допомогу», крім іншого, вказується, *що надання особі допомоги в доступі до вторинної правової допомоги та медіації є правовими послугами.*

Таким чином, Закон України «Про безоплатну правову допомогу» вказує однозначно на те, що виключно *допомога в доступі до медіації* є правовою послугою, а не власне медіація. Проте яким ознакам має відповідати така послуга, щоб її можна було віднести саме до цієї категорії, Закон не вказує, а отже, це може породжувати вільне трактування і різне правове застосування.

При цьому Закон України «Про безоплатну правову допомогу» на питання, чи сама медіація, а не допомога в доступі до неї, є правовою послугою, відповіді не

дає. Однозначної відповіді на це питання інше законодавство також не містить.

Оскільки фактично є відсутніми правове регулювання послуги медіації у формі закону, засади її здійснення та принципи організації надання такої послуги, очевидним є висновок про те, що право бути медіатором є фактично доступним кожній особі, в тому числі адвокатам. Будь-хто, незалежно від своєї іншої професійної освіти, може надавати відповідну послугу з дотриманням її міжнародно визнаних принципів і правил. Але чи рівними у діяльності медіаторів будуть представники інших професій порівняно з медіаторами-адвокатами?

Постановою Кабінету Міністрів України від 3 червня 2020 р. № 445 було внесено зміни до Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 4 березня 2013 р. № 130 (далі – Постанова Кабінету Міністрів України № 445), якими, зокрема, Кабінет Міністрів України вирішив спрямувати кошти державного бюджету на оплату послуг і відшкодування витрат медіаторів з числа адвокатів, внесених у Реєстр адвокатів, що надають безоплатну вторинну правову допомогу [6].

Оскільки до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, не адвокати потрапити не можуть, то очевидною є певна нерівність в оплаті послуг та відшкодуванні витрат медіаторів, які не є адвокатами, з медіаторами, що є такими, а отже, вбачається нерівність таких учасників медіації, які обрали собі медіаторами осіб не з числа відповідних адвокатів, яким доведеться самотійно нести тягар відповідних витрат, у той час, коли сторонам, які залучили медіаторів саме з числа адвокатів, внесених у Реєстр адвокатів, що надають безоплатну вторинну правову допомогу, такі витрати компенсує держава і робить їх послуги доступнішими.

Обираючи медіатора з числа адвокатів, будучи клієнтами такого медіатора, чи можуть сторони спору розраховувати на додаткові гарантії збереження конфіденційності наданої адвокату-медіатору інформації, посилаючись на адвокатську таємницю?

Відповідно до п. 7. ч. 1. ст. Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» клієнтом є особа, в інтересах якої здійснюється адвокатська діяльність. Разом з тим, відповідно до ст. 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома адвокату про клієнта, а також питання, з яких клієнт звертався до адвоката, й інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності [2].

Враховуючи те, що, на нашу думку, медіація не є видом адвокатської діяльності, а сторони медіації - не є клієнтами адвоката в його адвокатській діяльності, оскільки адвокат не укладає зі сторонами медіації угоду щодо їх захисту, представництва чи інших видів правової допомоги, а отже, вся інформація, яку адвокат-медіатор дізнався від сторін медіації, на нашу думку, не може вважатися адвокатською таємницею та мати відповідні гарантії адвокатської діяльності.

На нашу думку, на таку інформацію не поширюються гарантії адвокатської діяльності, а тому адвокат-медіатор не має жодних правових підстав відмовитися давати свідчення за зверненням слідчих органів чи суду щодо відомих йому обставин про сторони медіації, якщо у відомій йому інформації є важливі для правильного вирішення справи обставини, посилаючись на самі лише міжнародно визнані принципи медіації.

Чинне кримінально-правове законодавство містить зобов'язання кожному, хто має відомості про вчинення злочину, повідомити про такі обставини. У протилежному випадку бездіяльність може бути оцінена як форма співучасті, за що передбачена кримінальна відповідальність.

Разом з тим, на адвокатуру в Україні покладається не лише функція надання правничої допомоги.

Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» на адвокатуру покладено не притаманну, на нашу думку, функцію – суб'єкта первинного фінансового моніторингу.

Науковець В. Гвоздій звертає увагу на особливий статус адвокатів як спеціальних суб'єктів первинного фінансового моніторингу [7].

Відповідно до ч. 1 ст. 8 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» адвокатам встановлено перелік випадків, коли потрібно виконувати функцію суб'єкта первинного фінансового моніторингу, а саме – коли адвокати задіяні у фінансовій операції для свого клієнта щодо: 1) купівлі-продажу нерухомості; 2) управління активами клієнта; 3) управління банківським рахунком або рахунком у цінних паперах; 4) залучення коштів для утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності та управління ними; 5) утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності (включаючи аудит) чи управління ними, а також купівлі-продажу юридичних осіб (корпоративних прав) [5].

Враховуючи викладений вище висновок про те, що, на нашу думку, сторони медіації не є клієнтами адвоката-медіатора в його адвокатській діяльності, оскільки медіація не є видом адвокатської діяльності, можна дійти висновку, що адвокат-медіатор не зобов'язаний виконувати функції суб'єкта первинного фінансового моніторингу в процесі медіації виключно по тій причині, що він, окрім того, що є медіатором, поєднує це зі статусом адвоката.

Однак ст. 5 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації

(відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» до суб'єктів первинного фінансового моніторингу відносить не лише адвокатів, а й інших осіб, які надають юридичні послуги. Якщо вважати, що медіація є юридичною (правовою) послугою, а станом на зараз юридичною послугою достовірно вважається лише допомога в доступі до медіації згідно з Законом України «Про безоплатну правову допомогу», то будь-яка особа, яка надає послугу медіації, стає суб'єктом первинного фінансового моніторингу з відповідними правами й обов'язками, в тому числі тими, що перелічені в ст. 8 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення».

Варто зазначити, що в Законі України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» передбачено відповідальність за неподання, несвоєчасне подання, порушення порядку подання або подання недостовірної інформації. Тобто у разі неподання або несвоєчасного подання інформації про те, що суб'єкт первинного фінансового моніторингу, не виконав передбачені цим Законом дії або виконав їх з порушенням встановленої процедури і без дотримання строків, до нього можуть бути застосовані штрафні санкції.

Відсутність належного правового регулювання статусу медіатора та гарантій захисту інформації, яку медіатор отримав від сторін медіації, на нашу думку, ставить під загрозу успішність упровадження в Україні інституту медіації.

Висновки та перспективи подальшого дослідження. Поточний стан правового регулювання адвокатської діяльності містить прогалини і суперечності, викладені в цій статті, у

зв'язку з цим можна вести мову про такі висновки.

- Відсутність у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» вказівки на те, що медіація не є видом правової допомоги та в деяких випадках дає підстави їх ототожнювати з різними правовими наслідками, як негативними, так і позитивними (на перший погляд). На нашу думку, цю проблему можна вирішити, наприклад, шляхом внесенням змін до вказаного Закону, в якому прямо зазначити, що медіація не є правовою послугою, при цьому, адвокатам не заборонено займатися такою діяльністю і на таку діяльність не поширюються ні гарантії, ні обмеження адвокатської діяльності.

- Існуючим нормативно-правовим регулюванням адвокатської діяльності передбачена грошова компенсація адвокатам, які внесені до реєстру адвокатів, що надають безоплатну вторинну правову допомогу за надання послуги медіації на рівні з передбаченими у профільному Законі видами адвокатської діяльності (правові послуги). При цьому в Законі України «Про безоплатну правову допомогу» вказано, що правовою послугою є не сама медіація, а надання допомоги в доступі до медіації. Оскільки медіатори-не адвокати не можуть отримати подібну компенсацію та не можуть бути внесеними в будь-який реєстр адвокатів через відсутність аналогічного права в іншому галузевому нормативно-правовому регулюванні, то очевидними є ознаки дискримінаційного (нерівного) підходу, що є неприпустимим, зважаючи на принцип рівності можливостей у доступі до професії та інше. На нашу думку, вирішити цю проблему можна шляхом внесення змін до Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, що надають безоплатну вторинну правову допомогу, з якого видалити медіацію з переліку послуг, за які адвокату, внесеному до реєстру адвокатів, що надають безоплатну вторинну правову

допомогу, передбачено грошову компенсацію.

- Відсутність Закону про медіацію в Україні, на нашу думку, створює можливості для довільного правозастосування та ставить під сумнів можливість успішного запровадження і розвитку медіації в Україні. виправити це міг би профільний Закон, який мав би нормативно закріпити правовий статус медіатора та порядок доступу до даної професії; питання оплати послуг з медіації, компенсацію таких витрат сторонам медіації державою за аналогією з грошовою компенсацією за послуги адвоката, внесеного до реєстру адвокатів, що надають безоплатну вторинну правову допомогу; питання контролю за рівнем кваліфікації медіаторів і їх відповідальності за дотримання загально-визнаних принципів та процедури медіації; а також закріпити гарантії діяльності медіаторів, таких як охорону таємниці отриманої інформації у процесі медіації, за аналогією з адвокатською чи лікарською таємницею.

- Віднесення медіації до видів послуг, за які передбачено компенсацію адвокатам, внесеним до реєстру адвокатів, що надають безоплатну вторинну правову

допомогу, на нашу думку, ототожнює медіацію з іншими видами правових послуг, внаслідок чого, із суб'єктивної позиції певних контролюючих державних органів, на всіх без виключення медіаторів можуть розповсюджуватися положення Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», що, у свою чергу, суперечить основоположному принципу медіації щодо конфіденційності. виправити цю проблему можливо шляхом усунення неоднозначного трактування поняття медіації, що повністю досягається пропозиціями, які викладені до попередніх пунктів, а також може бути додатково розширене доповненням медіації до переліку виключень видів діяльності з переліку підзвітних та підконтрольних державі.

Внесення описаних змін, на нашу думку, суттєво збільшить можливості застосування медіації в максимально широкому колі суспільних відносин із найкращим соціальним ефектом, а викладені в цій статті позиції можуть бути використані в подальших дослідженнях.

Література:

1. Конституція України. [Електронний ресурс]. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 22.08.2020).
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI. - [Електронний ресурс]. - URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення: 22.08.2020).
3. Державний стандарт соціальної послуги посередництва (медіації), затверджений наказом Міністерства соціальної політики України від 17.08.2016 № 892. - [Електронний ресурс]. - URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1243-16#n13> (дата звернення: 22.08.2020).
4. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 02 червня 2011 р. № 3460-VI. - [Електронний ресурс]. - URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text> (дата звернення: 22.08.2020).
5. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України від 14.08.2014 р. № 1702-VII. - [Електронний ресурс]. - URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text> (дата звернення: 22.08.2020).
6. Порядок використання коштів, передбачених у державному бюджеті для оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 4.03.2013 р. № 130. - [Електронний ресурс]. - URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/130-2013-%D0%BF#n9> (дата звернення: 22.08.2020).
7. Гвоздів В. Фінансовий моніторинг в адвокатській діяльності. *Національна асоціація адвокатів України*. - [Електронний ресурс]. - URL: <https://unba.org.ua/publications/3342-finansovij-monitoring-v-advokats-kij-diyalnosti.html> (дата звернення: 22.08.2020).
8. Медіація у професійній діяльності юриста : підручник / авт. кол.: Т. Білик, Р. Гаврилук, І. Городиський [та ін.]; за ред. Н. Крестовської, Л. Романадзе. - Одеса : Екологія, 2019. 456 с.
9. Яновська О. Особливості участі адвоката у процедурі медіації. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 1 (99)/2014. С. 21-24.

10. Поліщук В. Що адвокату потрібно знати про медіацію? *Національна асоціація адвокатів України*. URL: <https://www.hsa.org.ua/blog/shho-advokatu-potribno-znaty-pro-mediatsiyu/> (дата звернення: 22.08.2020).
11. Горещкий О. Адвокат-медіатор: коли виникає конфлікт інтересів? *Юридична газета*. № 9 (715). - [Електронний ресурс]. - URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/advokatmediator-koli-vinikae-konflikt-interesiv.html> (дата звернення: 22.08.2020).

References

1. The Verkhovna Rada of Ukraine (1996), The Constitution of Ukraine, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (Accessed 22 August 2020).
2. The Verkhovna Rada of Ukraine (2013), The Law of Ukraine "On the Bar and Legal Practice", available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (Accessed 22 August 2020).
3. Ministry of Social Policy of Ukraine (2016), "Order Ministry of Social Policy of Ukraine "On approval of state standards of social services of mediation", available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1243-16#n13> (Accessed 22 August 2020).
4. The Verkhovna Rada of Ukraine (2011), The Law of Ukraine "On Free Civil Legal Aid", available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text> (Accessed 22 August 2020).
5. The Verkhovna Rada of Ukraine (2019), The Law of Ukraine "On prevention and counteraction to legalization (laundering) of proceeds from crime, financing of terrorism and financing of proliferation of weapons of mass destruction", available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20?lang=en#Text> (Accessed 22 August 2020).
6. Cabinet of Ministers of Ukraine (2013), "Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On Approval of the Procedure for Using Funds Provided in the State Budget for Payment of Services and Reimbursement of Expenses of Lawyers Providing Free Secondary Legal Aid", available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/130-2013-%D0%BF#n9> (Accessed 22 August 2020).
7. Hvozdiy, V. (2018), "Financial monitoring in advocacy", *The official site of The Ukrainian National Bar Association* available at: <https://unba.org.ua/publications/3342-finansovij-monitoring-v-advokats-kij-diyal-nosti.html> (Accessed 22 August 2020).
8. Bilyk, T.V. Havryliuk, R.O. Horodys'kyj, I.M. [ta in.] ; za red. Krestovs'koi, N. Romanadze, L. (2019), *Mediatsiia u profesijnijdiial'nostiiurysta: pidruchnyk* [Mediation in professional activities Lawyer: Tutorial], Ekolohiia, Odesa, Ukraine.
9. Yanovs'ka, O. (2014), "The advocate participation peculiarities in the mediation", *VisnykKyivs'kohonatsional'nohouniversytetuimeniTarasaShevchenka. Yurydychninauky*. vol. 1 (99). pp. 21-24.
10. Polischuk, V. (2020), "What a lawyer needs to know about mediation?", *Vyschashkolaadvokatury NAAU Kursy z pidvyschenniakvalifikatsiiadvokativ* [High School Advocacy NAAU Advanced training courses for lawyers], available at: <https://www.hsa.org.ua/blog/shho-advokatu-potribno-znaty-pro-mediatsiyu/> (Accessed 22 August 2020).
11. Horets'kyj, O. (2020), "Lawyer-mediator: when a conflict of interest arises", *Yurydychnahazeta* [Legal Newspaper]. vol. 9 (715), available at: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/advokatmediator-koli-vinikae-konflikt-interesiv.html> (Accessed 22 August 2020).

Стаття надійшла до редакції 25.08.2020 року

УДК 347.91 (005.511)

ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ: НАУКОВІ РОЗРОБКИ ТА ПРАКТИЧНА РЕАЛІЗАЦІЯ

Сєдашова О.А.

кандидат педагогічних наук, доцент БІЗНЕС-ШКОЛИ «КРОК»,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна
тел.: (050) 923-40 29, e-mail.: SedashovaOA@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0001-6562-2749

Євтехов Є.А.

здобувач вищої освіти ступеня «магістр»,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», БІЗНЕС-ШКОЛА «КРОК»
м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна, тел.: (067) 766-50-05, e-mail: yevtiekhovea@krok.edu.ua
ORCID: [0000-0002-4775-9079](https://orcid.org/0000-0002-4775-9079)

TENDENCIES OF DEVELOPMENT OF MEDIATION IN UKRAINE: SCIENTIFIC RESEARCH RESULTS AND PRACTICAL IMPLEMENTATION

Sedashova O.

PhD, Associate Professor of KROK Business School "KROK" University, st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv,
Ukraine
tel.: (050) 923-40 29, e-mail.: SedashovaOA@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0001-6562-2749

Yevtiekhov E.

Masterstudent, "KROK" University KROK BUSINESS SCHOOL
st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine, tel.: (067) 766-50-05, e-mail: yevtiekhovea@krok.edu.ua
ORCID: [0000-0002-4775-9079](https://orcid.org/0000-0002-4775-9079)

Анотація. Стаття присвячена дослідженню теоретико-правових поглядів на тенденції розвитку медіації в Україні. Здійснено огляд та аналіз руху і змін особливих видів вирішення спорів за участі третьої сторони, яка сприяє конфліктуючим сторонам у налаштуванні комунікації з метою самостійного досягнення ними оптимального рішення. Зазначений рух у філософському значенні можна називати розвитком, якщо він пов'язаний із переходом від однієї сутності до іншої, від старого до нового, за обов'язкової наявності нових характеристик або кількісних показників у наступного стану порівняно з попереднім. Проаналізовано наукові статті, в яких досліджувався стан розвитку медіації в Україні як у попередніх століттях на різних етапах становлення Української держави, так і в рамках сучасної історії України. Щодо історичної складової, досліджувалося питання прийнятності та властивості медіації в історичній традиції України з метою виявлення можливих історико-культурних, соціальних, ментальних перешкід для впровадження ефективної системи медіації в Україні. Досліджувалися зокрема згадки про медіацію чи процедури, що за сутністю відповідали цілям, завданням і принципам медіації. Особливу увагу сконцентровано на працях вітчизняних дослідників, які створювалися в межах останнього десятиліття. Проаналізовано стан законопроектної роботи на червень 2020 року, зокрема щодо проходження проєктів законів, які мали б урегулювати медіацію в Україні, в межах сесій VI – IX скликань Верховної Ради України. Здійснено огляд окремих причин та факторів, що обумовили існуючий стан законодавчого регулювання медіації і quasi-медіаційних процедур, у тому числі досліджено вплив міжнародних організацій, міждержавного співробітництва на заходи, спрямовані на становлення медіації в Україні в її сучасному розумінні, зокрема через підготовку фахівців судової гілки влади. Проаналізовано існуючий стан нормативно-правового регулювання quasi-медіаційних процедур, судової медіації. Підсумовано теоретичні висновки щодо ефективної системи медіації в Україні, її порівняння з теперішньою системою медіації. Запропоновано конкретні заходи, втілення яких допоможе трансформувати існуючу систему медіації на більш ефективну для України.

Ключові слова: медіація, управління врегулюванням конфлікту, управління спорами, проєкт закону, врегулювання спору за участю судді, досудова медіація, система медіації, модель медіації, quasi-медіаційні

процедури, судова медіація, цивільний процес, господарський процес, адміністративне судочинство, міжнародні організації, сучасна історія, конфлікт.

Формул: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл.: 14.

Annotation. The article is dedicated to research of theoretic and legal views to tendencies of development of mediation in Ukraine. It contains the result of overall review and analysis of flow and changes of specific dispute resolution forms with the third party participation, which facilitates the conflicting parties in tuning of communication in order them to reach independently the best solution. Mentioned flow in the in the philosophical meaning can be defined as development, if it is related to transition from one essence to another, from old to new, with the obligatory presence of new features or quantitative indicators in the new state in comparison to previous. The analysis was done to scientific articles, which contained the research of development condition of mediation in Ukraine either at the previous stages of foundation of Ukrainian State, or in the frame of modern Ukrainian history. In relation to historical content it was researched the issue of acceptability and features of mediation within the Ukrainian historical tradition in order to reveal possible historical, cultural, social and mental obstacles impeding implementation of effective mediation model in Ukraine. The research was done in particular to references about mediation and procedures, which with their essence had similar to targets, tasks and principles of mediation. Special attention was dedicated to writing of national researchers, which were created during the last decade. The analysis was done to legislative work as of June 2020, in particular in relation to passage of Law Projects, which could regulate the mediation in Ukraine during sessions of VI – IX convocations of Parliament of Ukraine. The overall review was done to individual reasons and factors, which conditioned existing state of legislative regulation of mediation and quasi-mediation procedures, including the influence of international organizations, interstate cooperation to events directed to establishment mediation in Ukraine in its modern understanding, in particular by means of training of professionals rooting from judicial branch of state power. The analysis was done to modern condition of regulations of quasi-mediation procedures, judicial mediation. The summary was given in relation to theoretical conclusions for effective mediation model in Ukraine, its comparison to existing mediation model. It was offered particular steps, which if implemented shall help to transform existing mediation model in Ukraine to effective to Ukraine mediation model.

Key words: mediation, settling conflict management, dispute management, draft law, dispute resolution with the participation of judge, pre-court mediation, mediation system, mediation model, quasi-mediation procedures, court mediation, civil procedure, commercial procedure, administrative procedure, international organizations, modern history, conflict.

Formulas: 0, fig.: 0, tabl.: 0, bibl.: 14.

Постановка проблеми. Питання розвитку медіації в Україні знайшло своє відображення як у наукових працях, так і в законопроектній роботі за 2010 – 2020 роки. У деяких джерелах початок законопроектної роботи датується 2007 роком [5, с. 191]. Це свідчить про існування суспільного запиту на запровадження в Україні сучасних та ефективних механізмів медіації з одного боку, а з іншого боку, вказує на мінливість концепції медіації й тривалі дискусії з цього приводу, обумовлені як власне прикладними проблемами, так і питаннями з політичної площини. Остаточне врегулювання цього питання надало би додаткові інструменти для ефективного управління вирішенням спорів, у тому числі у сфері бізнесу. Дієвість та ефективність механізму медіації підтверджується досвідом таких країн, як: Польща, США, Франція, Німеччина, Австрія, Великобританія, Бельгія.

Науковій розробці проблеми тенденцій розвитку медіації в Україні присвятили свої дослідження І.Г. Ясиновський, Ю.Ю. Рябченко, В.В. Яковлев, Е. Катаєва, С.Ф. Задорожна, Н.В. Боженко, О.В. Белінська та інші вітчизняні дослідники. Зазначені науковці розглядали як згадки про медіацію чи процедури, які за сутністю відповідали цілям, завданням та принципам медіації, так й існуючий стан законодавчого регулювання медіації та quasi-медіаційних процедур.

Невирішені раніше частини загальної проблеми. Однак, проблема розробки і впровадження ефективної системи медіації в Україні та її порівняння з існуючою системою медіації досліджені недостатньо.

Цілі статті – здійснити теоретичний аналіз сучасного стану тенденцій розвитку медіації в Україні, підсумувати теоретичні висновки щодо найбільш сприятливої системи медіації в Україні.

Виклад основного матеріалу.

Тенденції розвитку медіації в Україні знайшли своє відображення як в наукових працях, так і в результатах законопроектної роботи.

І.Г. Ясиновський зазначає про давні історичні корені медіації на території України, які беруть свій початок із Запорізької Січі, де вирішення важливих питань, у тому числі військових, відбувалося у формі кола, що тривало доти, доки питання не буде вирішено. Згадує він і про процедури «полюбовного примирення», які існували на території Руського воєводства у XV – XVI століттях для вирішення конфліктів між шляхтичами за участі преарбітра. З огляду на зазначене, І.Г. Ясиновський робить висновок, що інститут медіації для України є прийнятним і давно застосовуваним, що підтверджується історичними фактами [1, с. 32]. На думку І.Г. Ясиновського, станом на 2014 рік медіація в Україні тільки набирає обертів і поки що не набула законодавчого закріплення [1, с. 33].

Ю.Ю. Рябченко зазначає, що, не оспороюючи значення розвитку різних способів альтернативного вирішення спорів у рамках вітчизняної правової системи, варто вказати на медіацію як на спосіб, який, з одного боку, є одним із найбільш використовуваних, а з іншого – його нормативне врегулювання не відповідає потребам часу, що відбито у неодноразових спробах прийняття Закону, спрямованого на врегулювання застосування цього способу (станом на 2017 рік, починаючи з 2010 року було подано 9 проектів Закону України «Про медіацію») [2, с. 133]. Ю.Ю. Рябченко дійшов висновку, що аналіз положень одного з історичних, з позиції сьогодення, проектів Закону України «Про медіацію» свідчить про застосування флуктуаційної моделі медіації у цивільному судочинстві [2, с. 133]. Також він визначив те, що врегулювання питань форми укладення медіаційної угоди має здійснюватися з використанням переважно диспозитивного, а не імперативного методу регулювання [2, с. 134].

В.В. Яковлев зазначає, що в Україні практика застосування способів альтернативного вирішення спорів на 2017 рік не є поширеною, а їх система знаходиться на етапі свого формування. Деякі з них уже досить тривалий час регламентовані вітчизняним законодавством та визнані практикою (примирні процедури, трудовий арбітраж, міжнародний комерційний арбітраж, третейське судочинство). При цьому медіація є способом альтернативного вирішення спорів, який не отримав законодавчого закріплення [3, с. 95]. Згідно з дослідженням автора вперше термін «медіація» з'явився у законодавчому полі України у тексті Закону України «Про безоплатну правову допомогу» в контексті обов'язку суб'єктів надання безоплатної первинної правової допомоги сприяти всім особам, які перебувають під юрисдикцією України, у забезпеченні доступу до медіації [3, с. 96]. В.В. Яковлев вказує на те, що медіація прямо не заборонена законодавством і, як примирна процедура, може здійснюватися на підставі положень існуючих процесуальних кодексів. Однак, саме прийняття Закону України «Про медіацію», на думку спільноти медіаторів, мало б стати потужним стимулом для формування загальнонаціонального ринку відповідних послуг. При цьому В.В. Яковлев дійшов висновку, що лише сам факт наявності такого закону не слід розцінювати як гарантію швидкого та ефективного розвитку медіації в Україні [3, с. 103].

Е. Катаєва зазначає, що станом на 2013 рік існує потреба в законодавчому врегулюванні медіації, наголошує на відсутності у процесуальних кодексах відповідних механізмів, констатує, що, на думку спільноти юристів і медіаторів, відсутнє широке визнання медіації, а так само, відсутня активна державна підтримка розвитку медіації [4, с. 156-157]. Автор вказує, що інтерес до медіації з боку юристів, психологів, конфліктологів має хвилеподібну траєкторію – піки моди змінюються розчаруванням і навпаки [4, с. 158]. Е. Катаєва згадує про проект

«Суддівська освіта – для економічного зростання» за сприяння Канадської агенції з міжнародного розвитку (CIDA), учасником якого, серед інших, став Одеський окружний адміністративний суд, де в 2013 у рамках «тижня медіації» були проведені заняття з підготовки суддів, за участю яких здійснюється процедура досудового врегулювання спорів [4, с. 158], а також згадує про роботу ініціативної групи в Одеському окружному адміністративному суді з розробки правил щодо роботи суддів, за допомогою яких здійснюється процедура досудового врегулювання спорів [4, с. 160].

Однак, Е. Катаєва вказує, що медіація в Україні, як дієвий інститут врегулювання спорів, станом на 2013 рік не розвинулася. Поодинокі випадки успішного завершення переговорів сторін спору в форматі медіації мають місце, але це скоріше виняток, ніж правило. Інтерес до застосування на практиці медіації спостерігається у 3 професійних групах: психологів-психотерапевтів, юристів, підприємців-управлінців [4, с. 161].

С.Ф. Задорожна вказує на те, що в Україні одним із основних способів вирішення спорів є судовий, альтернативні способи врегулювання не набули значної популярності, насамперед через дешевизну судового розгляду в Україні [5, с. 189]. Автор зазначає, що серед чинників, які перешкоджають поширенню примирної процедури на теренах України, є необізнаність сторін спору про існування можливості вирішення спору без участі суду, відсутність упевненості в їх дієвості та ефективності, а вирішальне значення має відсутність адекватного законодавчого регулювання як процедури медіації, так і її результатів [5, с. 190-191]. Щодо особливостей першого в історії України проекту Закону України «Про медіацію», С.Ф. Задорожна зазначає, що законодавець станом на 2007 рік не планував запровадження примирної процедури в її класичному вигляді (як альтернативу державному судовому розгляду), а пропонував лише можливість додаткового способу вирішення спорів, які передані на вирішення державному суду [5, с. 191].

Н.В. Боженко згадує, що в Україні медіація з'явилася через 3 роки після розпаду Радянського Союзу. 1994 року, з метою сприяння розвитку стабільного українського суспільства шляхом запровадження відновних практик і підходів, у Києві був створений перший Український Центр Порозуміння, як представництво міжнародної організації SearchforCommonGround («Пошук порозуміння»), і вже у 1995-1997 роках перші навчені медіатори стали брати участь у вирішенні міжособистісних конфліктів за допомогою процедури медіації [6, с. 96]. З 2003 року в українських судах медіатори беруть участь у процесах експериментально [6, с. 96]. Автор також зазначає, що станом на 2017 рік думки суддів щодо процедури неоднозначні. Одні розраховують на розвантаження судів за допомогою медіації, а інші вбачають ризики у зловживанні учасників судового процесу, які за допомогою медіації будуть отримувати інформацію про те, на що готова погодитися інша сторона [6, с. 97].

О.В. Белінська зазначає, що станом на 2011 рік, провівши порівняльне дослідження передового досвіду деяких країн світу в царині медіації, Рада Європи підготувала рекомендації щодо таких кроків, які доцільно було б здійснити Україні, та запропонувала свої висновки щодо відповідної нормативно-правової бази [7, с. 162]. Автор згадує про те, що у 2003 році благодійна організація «Український центр порозуміння» у співпраці з Верховним Судом України розпочала програму впровадження медіації у кримінальних справах у м. Києві [7, с. 163]. Наводить дані щодо результатів програми Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи», де чотирьома пілотними судами – Білоцерківським міськрайонним судом Київської області, Вінницьким окружним адміністративним судом, Донецьким апеляційним адміністративним судом, Івано-Франківським міським судом – за період з 5 липня 2010 року по 15 листопада 2010 року 83 справи були передані на медіацію, у 50 справах медіація відбулася,

у 36 справах медіація закінчилася успішно, та у 33 справах укладена медіаційна угода [7, с. 171].

О. Адамантис, станом на 2011 рік, зазначає, що опитування, проведене «ЮРИСТ & ЗАКОН» серед юристів, виявило, що близько 60% з них має непевне уявлення про медіацію, близько 30% вивчали цей спосіб урегулювання спорів, однак не використовують його у своїй практиці, й лише 10% респондентів відповіли, що успішно практикують медіацію у своїй діяльності [8].

Таким чином, можна дійти висновку, що недостатньо дослідженими є питання, якою саме має бути ефективна система медіації для України та яких конкретних заходів доцільно було б ужити, для того щоб трансформувати існуючу в Україні систему медіації в ефективну. Аналогічно недостатньо досліджено питання щодо існуючої в Україні системи медіації з урахуванням чинних редакцій процесуальних кодексів.

Що ж до сучасного стану регулювання медіації в Україні, у чинних редакціях Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) [9], Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) [10] та Кодексу адміністративного судочинства України (далі КАС України) [11], міститься єдине положення (в переліку осіб, які не можуть бути допитані як свідки), що характеризує статус медіації як позасудову процедуру регулювання спору. Подібні положення містяться і в ст. 1 Проекту Закону України «Про медіацію» № 3504 від 19.05.2020 [12] (далі – Проект 3504) та у ст. 1 Проекту Закону України «Про медіацію» 3504-1 від 04.06.2020 [13] (далі – Проект 3504-1).

При цьому, всі три кодекси місять главу 4 під назвою «Врегулювання спору за участю судді» [9; 10; 11]. Вказана глава містить норми, які стосуються добровільної для сторін судової процедури, що може мати місце до початку розгляду справи по суті. З огляду на критерії класифікації за учасником процесу або спеціальним суб'єктом, який здійснює медіацію, а також стадії

конфлікту, на якій сторони звертаються до медіатора, враховуючи зміст відповідного розділу процесуальних кодексів, урегулювання спору за участю судді є нічим іншим, ніж судовою медіацією, що може завершуватися як добровільним укладенням сторонами мирової угоди, так і виходом сторін із процесу медіації за власним рішенням і за рішенням судді, якщо останній вбачає затягування процесу вирішення спору або спливи визначений строк медіації.

Таким чином, можна зробити висновок, що в Україні вже запроваджено певну систему медіації (хоча формально цей процес і не називається медіацією), основними характеристиками якої є: суддя в ролі медіатора, як правило одноосібно, в рамках судового спору, але до початку розгляду справи по суті, за добровільним рішенням сторін виступає в якості організатора вирішення конфлікту, при цьому суддя не є професійним медіатором (тобто не отримує спеціальної формальної кваліфікації), але має повноваження щодо завершення процедури медіації і переходу до судового розгляду справи по суті. Деякі спеціалісти називають таку модель медіації «quasi-медіацією». Зокрема, на цю користь наведені аргументи у статті «Врегулювання спору за участі судді та медіація: що спільного в цих інститутах» О.Блажівської, судді Господарського суду Києва, доктора юридичних наук, доцента на посаді професора кафедри інтелектуальної власності юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, спеціально для «Судово-юридичної газети» [14]. У будь-якому випадку така нещодавно запроваджена судова система медіації є фактично продовженням традиційної вітчизняної судової практики, де на початкових судових засіданнях (особливо в першій інстанції загальних судів) суддя нерідко рекомендує сторонам домовитися і вийти на певний формат мирової угоди (відкладаючи при цьому розгляд справи по суті на одне-два засідання). Більше того, без фіксування процесу судді іноді здійснювали і певні умовно-медіаційні «сесії» зі сторонами,

мотивуючи їх до досягнення консенсусу та укладення мирової угоди. Таким чином, запровадження врегулювання спору за участю судді на рівні закону фактично є законодавчим закріпленням вітчизняних судових медіаційних практик.

Висновки. На сучасному етапі можна констатувати задовільний стан теоретичної розробки проблеми тенденцій розвитку медіації в Україні. Так, предметом дослідження були: історичний аспект розвитку інституту медіації та сучасні тенденції його розвитку, вдосконалення процесуального статусу сторін у контексті розвитку медіації в Україні, перспективи законодавчого регулювання медіації в Україні й інші суміжні теми. Протягом VI – IX скликань Верховної Ради України в стані проходження перебували шістнадцять проєктів Законів України, які мали б урегулювати процедуру медіації в Україні, жоден з яких станом на дату написання статті не було прийнято. Останні два з них – 3504 та 3504-1 лише надані для ознайомлення, тобто законотворчий процес у сфері регулювання медіації запущено спочатку. При цьому, наразі чинні Цивільний процесуальний кодекс України, Господарський процесуальний кодекс України, Кодекс адміністративного судочинства України регулюють судову «quasi-медіацію» у формі врегулювання спору за участю судді. З огляду на зазначене, найбільш сприятливою системою медіації в Україні буде система медіації, що включатиме як власне досудову медіацію, так і судову «quasi-медіацію» у формі врегулювання спору за участю судді.

За таких обставин, для трансформації існуючої в Україні системи медіації в

ефективну доцільно було б ужити таких заходів, а саме:

1. Прийняти базовий закон, який регулюватиме досудову медіацію як окрему процедуру.

2. Запровадити перехідний період, протягом якого провести практичну апробацію прийнятого законодавства.

3. Зібрати та опрацювати статистичні дані щодо ефективності досудової медіації за перехідний період.

4. Зібрати та опрацювати статистичні дані щодо взаємодії та співвідношення досудової медіації та врегулювання спору за участю судді.

5. За результатами аналізу зібраних статистичних даних невідкладно внести зміни до базового закону, який регулює досудову медіацію, а також до процесуальних кодексів, згідно із реальними потребами учасників, зокрема в частині обов'язковості медіаційного застереження, обов'язковості досудового врегулювання, можливості виконання угоди, досягнутої за результатами медіації, способів і методів медіації під час урегулювання спору за участю судді та відповідної спеціальної підготовки суддів.

Такий експериментальний шлях запровадження дворівневої системи медіації відповідатиме і передовим практикам управління, де одне із центральних місць відводиться перетворенню всієї діяльності у ланцюжок експериментів, незважаючи на суворе дотримання вже ustalених стандартів. Така двоскладова система медіації відповідатиме і передовим світовим практикам, де держава має запровадити різноманітні механізми для ефективного поновлення порушених прав особи.

Література

1. Ясиновський І.Г. Історичний аспект розвитку інституту медіації та сучасні тенденції його розвитку. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція.* 2014. № 10-2. Т. 1. С. 31-33.
2. Рябченко Ю.Ю. Вдосконалення процесуального статусу сторін у контексті розвитку медіації в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: ПРАВО.* 2017. Вип. 43. Т. 1. С. 132 – 134.
3. Яковлев В.В. Медіація в Україні: перспективи законодавчого урегулювання. С. 94–104. URL: <https://zenodo.org/record/400390#.XvdjapCP5fE> (дата звернення 21.07.2020)
4. Катаєва Е. Національні особливості медіації в Україні. Досвід та перспективи. *Слово національної школи суддів України.* 2013. № 3 (4). С. 156 – 161.

5. Задорожна С.Ф. Перспективи запровадження примирної процедури (медіації) в Україні. *Міжнародне приватне право: розвиток, порівняльний аспект, гармонізація*. 2010. С. 189–192. URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/SBORNIKI_2010/PPP_8_2009/Zadorojna.pdf (дата звернення 21.07.2020)
6. Боженко Н.В. Медіація як один із засобів врегулювання адміністративних спорів: теоретико-історичний аспект. *Право.ua*. 2017. № 1. С. 95-98. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/pravo_2017_1_19 (дата звернення 21.07.2020)
7. Белінська О. В. Медіація – альтернативне вирішення спорів. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 1 (5). С. 158 – 173.
8. Адамантис О. Медіація в Україні: «за» и «против». *Юрист & Закон*. 2011. № 42. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/EA002546.html (дата звернення 21.07.2020)
9. Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2004. № 40-41, 42. ст.492. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/print> (дата звернення 21.07.2020)
10. Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1992. № 6. ст.56. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/print> (дата звернення 21.07.2020)
11. Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2005. № 35-36, № 37. ст.446. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/print> (дата звернення 21.07.2020)
13. Проект Закону України «Про медіацію» № 3504 від 19.05.2020. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=68877&pf35401=527488> (дата звернення 21.07.2020)
14. Проект Закону України «Про медіацію» 3504-1 від 04.06.2020. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=69023&pf35401=528665> (дата звернення 21.07.2020)
15. Блажівська О. Врегулювання спору за участі судді та медіація: що спільного в цих інститутах. *Судово-юридична газета*. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/136174-vregulyvannya-sporu-za-uchasti-suddi-ta-mediatsiya-scho-spilnogo-v-tsikh-institutakh> (дата звернення 21.07.2020)

References

1. Yasinovskiy, I.H. (2014), “The historical aspect of the institute of mediation and current trends of development”, *Naukovy visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu*, Ser.: Yurysprudenciya, vol. 10-2, part 1, pp. 31-33.
2. Ryabchenko, Yu.Yu. (2017), “The parties procedural status improvement in the context to the mediation development in Ukraine”, *Naukovy Visnyk Uzhhorod skhonalnoho universytetu*, Seriya PRAVO, Vypusk 43, vol. 1, pp. 132 – 134.
3. Yakovlyev, V.V. (2016), “Mediation in Ukraine: prospect of legislative regulation”, *Pravo*, [Online], vol. 25, available at: <https://zenodo.org/record/400390#.XvdjapCP5fE> (Accessed 21 July 2020).
4. Katayeva, E. (2013), “National characteristics of mediation in Ukraine: experience and prospects”, *SlovnacionalnuyshkolysuddivUkrayiny*, vol. 3 (4), pp. 156 – 161.
5. Zadorozhna, S.F. (2009), “Prospect of implementation of conciliatory procedure (mediation) in Ukraine”, *Mizhnarodnepryvatnepravo: rozvytok, porivnyalnyj aspekt, harmonizaciya*, [Online], available at: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/SBORNIKI_2010/PPP_8_2009/Zadorojna.pdf (Accessed 21 July 2020).
6. Bozhenko, N.V. (2017), “Mediation as one of the means of settling of administrative disputes: theoretical and historical aspect”, *Pravo.ua*, [Online], vol. 1, available at: http://nbuv.gov.ua/UJRN/pravo_2017_1_19 (Accessed 21 July 2020).
7. Belinska, O.V. (2011), “Mediation – alternative settlement of controversy”, *Visnyk Vyshhoj rady yustyciyi*, vol. 1 (5), pp. 158 – 173.
8. Adamantis, O. (2011), “Mediation in Ukraine: pro and contra”, *Yuryst & Zakon*, [Online], vol. 42, available at: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/EA002546.html (Accessed 21 July 2020).
9. The Verkhovna Rada of Ukraine (2004), Civil Procedural Code of Ukraine, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/print> (Accessed 21 July 2020).
10. The Verkhovna Rada of Ukraine (1991), Commercial Procedural Code of Ukraine, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/print> (Accessed 21 July 2020).
11. The Verkhovna Rada of Ukraine (2005), Code of Administrative Legal Proceedings of Ukraine, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/print> (Accessed 21 July 2020).
12. The Verkhovna Rada of Ukraine (2020), Project of Law “On Mediation” #3504 dated of May 19, 2020, available at: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=68877&pf35401=527488> (Accessed 21 July 2020).
13. The Verkhovna Rada of Ukraine (2020), Project of Law “On Mediation” #3504-1 dated of June 04, 2020, available at: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=69023&pf35401=528665> (Accessed 21 July 2020).
14. Blazhivska, O. (2019), “Settling of dispute with the participation of judge and mediation: similarities of institutes”, *Sudovo-yurydychna gazeta*, [Online], available at: <https://sud.ua/ru/news/publication/136174-vregulyvannya-sporu-za-uchasti-suddi-ta-mediatsiya-scho-spilnogo-v-tsikh-institutakh> (Accessed 21 July 2020).

Стаття надійшла до редакції 01.08.2020 року

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК ФУНДАМЕНТАЛЬНИЙ ПРИНЦИП СУЧАСНОЇ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ

Загребельна Н.А.

Кандидат юридичних наук, ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК»,
м.Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна тел.: (097) 401-45-35, e-mail:NataliaZa@krok.edu.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3390-7149>

Бодня О.В.

здобувач вищої освіти освітнього ступеня «магістр», Інститут післядипломної освіти
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
м.Київ, вул. Васильківська, 36, 03120, Україна, тел.: (093) 251-20-10, e-mail:o_bodnya@i.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6409-3283>

THE RULE OF LAW AS A FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF THE MODERN RULE OF LAW

Zahrebelna N.

Ph.D. in Law, «KROK» University, St.Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine,
tel.: (097) 401-45-35, e-mail:NataliaZa@krok.edu.ua
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3390-7149>

Bodnia O.V.

Master's Degree, Institute of Continuing Education
Taras Shevchenko National University of Kyivst. Vasylykivska, 36, 03120, Kyiv, Ukraine,
tel.: (093) 251-20-10, e-mail:o_bodnya@i.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6409-3283>

Анотація. У науковій статті розкрито зміст верховенства права як фундаментального принципу сучасної держави. Проаналізовано наукові підходи щодо його тлумачення. Визначено місце принципу верховенства права серед принципів правової держави, зокрема його зв'язок з принципом реальності прав і свобод громадян. У дослідженні наголошується, що Україна знаходиться в процесі комплексного реформування та оновлення національної правової системи з метою наближення національного законодавства до європейських принципів і стандартів права. Незворотність європейського курсу та реалізації стратегічного курсу України на набуття повноправного членства в Європейському Союзі закріплено в Конституції України як один з основних пріоритетів державної політики. Приділено увагу проблемам поглиблення співпраці з країнами-членами Європейського Союзу та міжнародними організаціями, що залежить від гармонізації законодавства України з правом Європейського Союзу. Нормативне наближення є необхідною передумовою для переходу до наступної етапу інтеграції. Визначено перспективи гармонізації законодавства України з європейським правом. Важливість та значимість обраної теми підтверджено тим, що протягом останніх років євроінтеграційний курс України активно нарощує темп та є незворотнім, окрім того вітчизняними теоретиками права здійснено декілька спеціальних дисертаційних досліджень, які присвячені наближенню національного законодавства до права Європейського Союзу (роботи О. Бедової, О. Проневича, К. Трихліб). Проте, з урахуванням того, що в законодавство вносяться постійні зміни щодо наближення та особливостей гармонізації з європейським правом, ця тема потребує подальшого дослідження. Гармонізація законодавства України з правом ЄС вимагає реформування національної правової системи. Одним із важливих чинників зазначеного реформування є визнання та гарантування принципу верховенства права, яке є можливим за сучасних умов суспільно-державного розвитку тільки в межах правової держави. Необхідно переосмислити багато наших традиційних уявлень для встановлення в країні верховенства права. Переосмислення необхідне для створення та формування європейських цінностей, законів, верховенство яких у суспільстві можна було б установити завдяки їх орієнтації на ідеї права як вияв справедливості.

Ключові слова: верховенство права, правова держава, інтеграція правових систем, захист прав людини.

Формул: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл.: 8.

Annotation. The scientific article reveals the content of the rule of law as a fundamental principle of the modern state. Scientific approaches to its interpretation are analyzed. The place of the principle of the rule of law among the

principles of the rule of law is determined, in particular its connection with the principle of the reality of the rights and freedoms of citizens. The study emphasizes that Ukraine is in the process of comprehensive reform and renewal of the national legal system in order to approximate national legislation to European principles and standards of law. The irreversibility of the European course and the implementation of Ukraine's strategic course for full membership in the European Union is enshrined in the Constitution of Ukraine as one of the main priorities of public policy. Attention is paid to the problems of deepening cooperation with the member states of the European Union and international organizations, which depends on the harmonization of Ukrainian legislation with the law of the European Union. Regulatory approximation is a necessary prerequisite for the transition to the next stages of integration. Prospects for harmonization of Ukrainian legislation with European law have been identified. The importance and significance of the chosen topic is confirmed by the fact that in recent years the European integration course of Ukraine is actively increasing and is irreversible, in addition, domestic law theorists have conducted several special dissertation studies on approximation of national legislation to European Union law (O. Bedova, O. Pronevich, K. Trichlib). However, given the fact that the legislation is constantly changing the approximation and specifics of harmonization with European law, this topic needs further study. Harmonization of Ukrainian legislation with EU law requires reform of the national legal system. One of the important factors of this reform is the recognition and guarantee of the principle of the rule of law, which is possible in modern conditions of social and state development only within the rule of law. Many of our traditional ideas need to be rethought to establish the rule of law in the country. Rethinking is necessary for the creation and formation of European values, laws, the supremacy of which in society could be established through their focus on the idea of law as a manifestation of justice.

Keywords: rule of law, rule of law, integration of legal systems, protection of human rights.

Formulas: 0, fi g.: 0, tabl.: 0, bibl.: 8.

Постановка проблеми. Для сучасної незалежної, а особливо правової держави, якою по праву можна вважати Україну, невід'ємною частиною процесу розвитку та найбільш значимим правовим принципом є принцип верховенства права. Він має своє відображення в основному Законі – Конституції України. Стаття 8 Конституції визначає той факт, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права [1].

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Базовим підґрунтям для написання статті стали праці вітчизняних науковців з теорії держави та права, зокрема: В.Б. Авер'янова, М.І. Козюбри, С.П. Погребняка, О.Ф. Скакун та ін.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми. Незважаючи на значну кількість наукових здобутків вчених, проблема вираження верховенства права в українській правовій традиції поки що значної уваги науковців не викликала, тому можемо стверджувати, що у вітчизняному праві відсутнє комплексне теоретичне дослідження верховенства права, що обумовлює актуальність тематики даної статті.

Формулювання цілей статті. Мета статті полягає в тому, щоб на основі комплексного аналізу теоретичних положень, чинного законодавства України

визначити сутність і особливості верховенства права.

Вклад основного матеріалу дослідження. Багато хто з науковців правової сфери вважають верховенство права найвищим міжнародним принципом. Верховенство права – є вищим принципом міжнародного права, показником демократизму, законності, захисту миру. Наприклад, О.Ф. Скакун наголошує на тому, що принцип верховенства права належить до загальних принципів права і може слугувати оптимальним регулятором, інструментом інтеграції.

Інтеграція правових систем передбачає додержання ціннісних складових принципу верховенства права: обмеження державної влади правом, правами і свободами людини; дотримання принципу рівності громадян перед законом; реальність принципу основоположних прав і свобод людини; наявність ефективного і передбачуваного правосуддя; додержання законності і правопорядку в суспільстві [2, с.16].

Після приєднання України до Статуту Ради Європи наша влада взяла на себе обов'язки учасника цього міжнародного інституту. Одним з головних цих обов'язків є повноцінне визнання та дотримання прав та основоположних свобод людини не лише державними чи місцевими органами влади

на всіх рівнях, а й взагалі усіма особами, що підпадають під українську юрисдикцію. Проте реалії української дійсності говорять нам про неправильне сприйняття та тлумачення цього правила. Якщо детально розглянути в розрізі принцип верховенства права, то ми побачимо не лише написання «красивим текстом» закону чи постанови уряду, а й саме елементи практичного застосування та прогнозування. Це означає, що в теорію треба додавати практичний зміст, тобто в дійсності на 100% реалізовувати написані в законодавчих актах статті та положення. Саме така схема є єдиною можливою для успіху в державних реформах української влади.

Верховенство права – це основний та основоположний принцип, що включає в себе низку інших юридичних принципів: принцип народовладдя, принцип плюралістичної демократії, принцип поділу влади, принцип законності тощо. Це ті принципи, на яких будується державна влада, щоб виконати своє головне завдання – забезпечити захист прав людини. Аналізуючи складові принципу верховенства права, можна дійти висновку, що цей принцип передбачає визнання найвищою цінністю людину, її захисту від свавілля владних інституцій та їх посадових осіб, рівність перед законом і судом, відповідальність держави перед особою, забезпечення реальності прав і свобод людини. Загальний принцип верховенства права означає наступне: якщо закон суперечить праву, він не повинен діяти. Повинне гарантуватись право. Навіть якщо якесь конкретне право людини не відображене у Конституції країни, воно повинне гарантуватись. Право визнається вищою цінністю суспільства, яку приймають, підтримують і на яку орієнтуються окремі люди, соціальні групи, їхні організації, включаючи державу.

У тісному взаємозв'язку «право-держава» первинним повинне бути саме право. Право є тією основою, з якої формуються як правові інститути, так і законодавчі нормативні акти. Якщо це так, то це і є справжній принцип верховенства

права. Держава повинна залежати від права, тобто вона обмежується правом. Це виражається у запобіганні свавілля, визнанні та дотриманні закріплених у Конституції та законах прав людини. Не слід забувати і про формування ієрархічної структури державних інститутів з чітким розподілом прав та обов'язків, які будуть ці закони виконувати. Закон не створює право, а лише допомагає реалізувати його [3].

Одним з головних елементів загальної системи верховенства права та існування правової держави є забезпечення принципу реальності (тобто дійсного дотримання) прав та свобод людини і громадянина. Конституція України роз'яснює те, що для нашої держави найбільшою соціальною цінністю та головним обов'язком є людське життя та здоров'я, а також її честь та гідність. Не слід правовій державі забувати також про безпеку та особисту недоторканість громадян. Як зазначалося вище, права, свободи та законні інтереси людини мають бути захищеними не лише в теорії «на паперах», а й практиці через систему гарантій з боку держави та її органів. Тобто повинен бути розроблений правовий механізм захисту цих прав.

Таким чином напрошується головний висновок. Реальність прав та свобод людини – це їх формулювання у вигляді законів й інших нормативно-правових актів, забезпечення системи їх виконання (у вигляді судового чи адміністративного впливу) з боку відповідних державних органів та наявність компенсації порушених прав та свобод.

Шляхом інкорпорації конвенційної спадщини Ради Європи в національне право досягається загальна мета запровадження верховенства права як європейського стандарту на національному рівні. Загальна декларація прав людини, міжнародні пакти з цього питання затверджують абсолютну цінність людської особистості. Європейські Конвенції та Практика Європейського Суду з прав людини доводять існування нерозривного зв'язку між принципом верховенства права і принципом

реальності прав і свобод людини, а також необхідність приймати як аксіому таку ідею: без реальності прав людини не існує верховенства права, а без верховенства права неможливо досягти реальності прав і свобод людини.

Для правильного розуміння понять «верховенство права» та «правова держава» слід звернутися до сучасних правознавців. Є декілька, інколи кардинально різних підходів до співвідношення цих понять. Наприклад, С.П. Головатий та О.Ф. Скакун в своїх працях визначають верховенство права більш широким поняттям ніж правова держава. Вони описують його терміном правовладдя [4].

П.М. Рабінович, А.М. Колодій є противниками цієї ідеї. Вони навпаки звужують «роль» принципу верховенства права, прирівнюючи його до одного з елементів (принципів) «правової держави» [5].

М. І. Козюбра, взагалі ототожнює ці поняття, не виокремлює одне над іншим. Як приклад він наводить європейську практику; англійський варіант rule of law (верховенство або правління права) прирівнюється до німецького rechtsstaat (правова держава) [6, с.113].

Запропоновані думки вітчизняних правознавців сучасності декого можуть ввести в оману, наштотхнувши на думку про конфронтацію понять принципу верховенства права та правової держави. Але це зовсім не так. Таке тлумачення показує не конфронтацію понять, а саме їх зв'язок та взаємозалежність. Ключовою зв'язуючою ланкою для них є принцип реальності прав і свобод людини та громадянина, бо він є частиною цих двох понять та беззаперечною умовою для існування. Саме цей принцип показує наявні реальні гарантії дотримання прав у вигляді правових інститутів та механізмів їх взаємодії між собою. Без правової держави неможливо втілити в життя принцип верховенства права, а без дотримання в боку усіх належних інститутів прав та свобод людини і громадянина, а отже й принципу верховенства права, жодну з країн не

можемо, навіть на папері, вважати правовою державою.

В наш час в Україні подекуди все частіше вибухають резонансом події та справи, які ще раз доводять наявність суттєвої проріхи в організації правової держави та дотримання принципу верховенства права. Можна навіть сказати, що наша країна не надає належної уваги дотриманню численних законів, що нерідко протирічать один одному. В деяких випадках норми відповідних законів зухвало нехтуються, а порушники не виявляють певного шанобливого ставлення до законів. Це і є перешкодою в розвитку правової держави, яку ми самі собі створюємо через свій менталітет. Як зазначалося раніше, беззаперечно дотримання всіх прав та свобод людини та громадянина (не лише на місцевому рівні, а й на загальноєвропейському) є умовою розбудови правової держави. Лише за виконання цих умов ми можемо стати повноправними членами Європейського Союзу та вважати себе достойними назви «сучасна правова держава».

Нашій країні сьогодні потрібно не лише писати закони, а й синхронізувати їх з відповідними нормами європейського правового поля. Для цього потрібно повністю реформувати вітчизняну систему права. Сучасна система не забезпечує виконання принципу верховенства права, що можливо лише в умовах дії правової держави. Реформування передбачає розробку національних правових стандартів, що відповідають загальноприйнятим європейським нормам. Цей процес повинен бути двостороннім. З боку Європи потрібна як правова так і диспетчерська допомога, адже при імплементації запозичених правових норм треба робити поправку на особливості розвитку країн, що прагнуть євроінтеграції. Якщо вищезазнані речі будуть виконані, то в загальному результаті отримаємо єдину, уніфіковану систему міжнародного права, виконуючи яку країни Європи будуть мати повноцінну систему норм та інститутів для забезпечення виконання принципу

верховенства права, а отже, стануть правовими державами.

Варто звернути увагу, що в країнах, що не визнають принципу верховенства норм міжнародного права щодо норм національного права, імплементація виступає єдиним способом забезпечення у внутрішньому праві виконання державою її міжнародно-правових зобов'язань.

Якщо звернутися до вітчизняної юридичної теорії, пояснення поняття «імплементація» зводиться до думки Гавердовського. Він вважає, що імплементація норм міжнародного права – це цілеспрямована організаційно-правова діяльність держави, що здійснюється індивідуально, колективно чи в рамках міжнародних організацій з метою своєчасної, повної і всебічної реалізації прийнятих нею зобов'язань відповідно до міжнародного права [7, с.62].

Основними способами імплементації міжнародно-правових норм є трансформація, що полягає в повній переробці тексту міжнародно-правового акта чи окремих його статей зі збереженням суті змісту відповідної норми міжнародного права і з прийняттям на цій основі норм внутрішнього права; рецепція, тобто текстуальне повторення нормотворчим органом держави змісту міжнародно-правової норми у статті нормативно-правового акта; відсилання – вказівка у внутрішньодержавному

нормативно-правовому акті на норми міжнародного права, що регулюють відносини. Зазначені способи імплементації використовуються як в державах, що взяли на себе зобов'язання перед Союзом відповідно до двосторонніх або багатосторонніх міжнародних договорів, так і у державах-членах ЄС. У вітчизняних наукових дослідженнях для характеристики процесу приведення національного законодавства країни у відповідність до правопорядку ЄС найчастіше застосовуються спеціальні терміни «адаптація», «апроксимація» та «гармонізація» [8, с.25].

Висновки. Гармонізація законодавства України з правом ЄС вимагає реформування національної правової системи. Одним із важливих чинників зазначеного реформування є визнання та гарантування принципу верховенства права, яке є можливим за сучасних умов суспільно-державного розвитку тільки в межах правової держави.

Необхідно переосмислити багато наших традиційних уявлень для встановлення в країні верховенства права. Переосмислення необхідне для створення та формування європейських цінностей, законів, верховенство яких у суспільстві можна було б установити завдяки їх орієнтації на ідеї права як вияв справедливості.

Література:

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України, 1996. № 30. С.141.
2. Костенко А. М. Інтеграція України до Європейського Союзу: суперечності та шляхи їх розв'язання : автореф. дис. ... к. політ. н. Суми, 2010. 19 с.
3. Костюченко Я. М. Основні елементи та особливості Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом (у порівняльному аспекті) Журнал європейського і порівняльного права. Вип. 4, 2016.
4. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник. 4-ге вид., доп. і перероб. Київ: Правова єдність: Алерта, 2014. 524 с.
5. Баштанник В. В. Трансформація державного управління в контексті європейських інтеграційних процесів : монографія. Дніпропетровськ : ДРІДУ НАДУ, 2010. 390 с.
6. Козюбра М.І. та ін. Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2015. 392 с.
7. Гавердовський А.С. Імплементація норм міжнародного права. Київ : Вища школа, 1980. С. 62.
8. Шпакович О. Особливості способів імплементації міжнародно-правових норм. Віче. 2010. № 17. С. 23 - 25.

Referense:

1. Constitution of Ukraine of June 28, 1996. (1996). Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, pp.141.
2. Kostenko, A.M. (2010), "Integration of Ukraine into the European Union: contradictions and ways of their solution", Abstract of Ph.D. dissertation, Political institutions and processes, Sumy State University, Sumy, Ukraine.
3. Kostyuchenko, Ya.M. (2016). "Main elements and features of the Association Agreement between Ukraine and the European Union (in comparative aspect)". Zhurnal Yevropeiskoho I Porivnialnoho Prava, vol. 4.

4. Skakun, O.F. (2014), Teoriia prava i derzhavy [Theory of law and the state], Pravova Yednist: Alerta, Kyiv, Ukraine.
5. Bashtannyk, V.V. (2010), Transformatsiia derzhavnogo upravlinnia v konteksti yevropeiskykh intehratsiinykh protsesiv: monohrafiia [Transformation of public administration in the context of European integration processes: monograph], DRIDU NADU, Dnipropetrovsk, Ukraine.
6. Koziubra, M.I. (2015), Zahalna teoriia prava: Pidruchnyk [General theory of law: Textbook], Vaite, Kyiv, Ukraine.
7. Haverdovskyi, A.C. (1980), Ymplementatsyia norm mezhdunarodnoho prava [Implementation of international law], Vyshcha shkola, Kyiv, Ukraine.
8. Shpakovych, O. (2010), "Peculiarities of methods of implementation of international legal norms". Viche, vol. 17, pp. 23-25.

Стаття надійшла до редакції 01.08.2020 року

РОЗДІЛ 2.

Цивільне право і процес; сімейне право; міжнародне приватне та міжнародне право; господарське та господарське процесуальне право

УДК 347.03.16

ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЯ ЛЮДИНИ В УМОВАХ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА

Шишка Р.Б.

*доктор юридичних наук, професор, професор кафедри державно-правових дисциплін,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна
тел.: (067) -14-814 -11 , e-mail.: roman1353@ukr.net
ORCID:0000-0002-0532-1909*

INDIVIDUALIZATION OF THE PERSON IN THE CONDITIONS OF INFORMATION SOCIETY

Shishka R.

*Doctor of Laws Sciences, Professor, Professor of Department of State Legal Disciplines,
“KROK”University, st.Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine
tel.: (067) -14-814 -11 , e-mail.: roman1353@ukr.net
ORCID: 0000-0002-0532-1909*

Анотація. У статті йдеться про індивідуалізацію фізичних осіб на більш розширеній основі. Автор виходить з того, що в умовах інформаційного суспільства поступово звужується можливість анонімної участі у цивільних правовідносинах. Він презентує розроблену ним систему засобів індивідуалізації людини та сформований концепт їх відображення в оновленому Цивільному кодексі України. Автор такі засоби індивідуалізації поділив на біометричні, вікові, побутові, психолого-характеризуючі, територіальні, формальні, соціальні, особисті, професійні, медичні, юридичні, публічні, комунікаційні, майнові, корпоративні, фахові, ділові, релігійні й інші. Наразі вони завдяки ІТ-праву інтегруються, та при рекодифікації цивільного законодавства є потреба змінити підхід до них і забезпечити право на отримання інформації про людину взагалі та можливого учасника правовідносин зокрема. Вказано, що індивідуалізуючі ознаки можуть бути постійні або змінювані (місце проживання), а також прямі та опосередковані. За походженням вони є легальними і передбачені актами чинного законодавства та приватними – обрані самими особами або присвоєні іншими приватними особами. Введена конструкція інтегрованих засобів індивідуалізації на основі чіпів, які міститимуть усі чи більшість засобів індивідуалізації людини, що необхідні їй для здійснення належних прав і виконання юридичних обов'язків. Це слугує повноті набуття інформації про людину та безпеці вступу з нею у правовідносини. Сформовано цілісний концепт персоналізації учасників правовідносин як міжгалузевий, що придатний для використання у приватному й публічному праві та слугуватиме безпеці участі в них і підвищенню відповідальності осіб при здійсненні своїх суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. Запропоновані пропозиції і висновки можуть бути використані для вдосконалення індивідуалізації фізичних осіб як учасників цивільних та інших правовідносин. Запропоновано в оновленому ЦК України виділити спеціальний параграф, що присвячений індивідуалізації й охопив би норми дефініції, розкриття змісту окремих засобів індивідуалізації, випадки та порядок їх використання, захист у разі порушення прав на такі засоби.

Ключові слова: цивільні відносини, людина, фізична особа, індивідуалізація, концепт персоналізації.

Формул: 0, **рис.:** 0, **табл.:** 0, **бібл.:** 10.

Annotation. The article deals with the individualization of individuals on a more extensive basis. The author proceeds from the fact that in the information society the possibility of anonymous participation in civil legal relations is gradually narrowing. He presents the system of means of individualization of the person developed by him and the formed concept of their reflection in the updated Civil code of Ukraine. The author divided such means of individualization into biometric, age, household, psychological-property, corporate, professional, business, religious, and others. At present, they are integrated thanks to IT law, and when recoding civil law, there is a need to change the approach to them and ensure the right to receive information about a person in general and a possible participant in legal relations in particular. It is indicated that individualizing features can be permanent or variable (place of residence), as well as direct and indirect. By origin, they are legal and provided by applicable law and private - elected by the individuals themselves, or assigned to other individuals. The design of integrated means of individualization based on chips has been introduced, which will contain all or most of the means of individualization of a person, which he needs to exercise proper rights and perform legal duties. This serves to complete the acquisition of information about the person and the security of entering into a legal relationship with him. A holistic concept of personalization of participants in legal relations as an intersectoral, suitable for use in private and public law and will serve to ensure the safety of participation in them and increase the responsibility of individuals in the exercise of their subjective rights and legal obligations. The proposed proposals and conclusions can be used to improve the individualization of individuals as participants in civil and other legal relations. It is proposed in the Central Committee of Ukraine to allocate a special paragraph on individualization and would cover the rules of definition, disclosure of the content of certain means of individualization, cases and procedures for their use, protection in case of violation of rights to such means.

Key words: civil relations, person, individual, individualization, personalization concept .

Формул.: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл.: 10.

Постановка проблеми. Сучасна наука цивільного права з рекодифікацією цивільного законодавства отримала черговий потужний стимул для вдосконалення цивільно-правового регулювання відносин, у тому числі, за участі людини. Йдеться про: закріплення становища людини як основного суб'єкта права; повернення ЦК України статусу основного акта цивільного законодавства, яке зі зростанням питомої ваги спеціального законодавства почало втрачатися та забезпечило б його на тривалу перспективу з орієнтацією на посилення безпеки учасників цивільних правовідносин. З урахуванням спрямування ЦК України і надання певного пріоритету цивільним відносинам за участі людини та забезпечення її прав й охоронюваних законом інтересів, безпеки інших учасників від зловмисних та невиважених їх вчинків постало завдання подальшої персоналізації їх учасників. У приватних правовідносинах це видається можливим на підставі індивідуалізації їх учасників. Як бачимо, вона незаслужено обійдена увагою як у законодавстві, так і в доктрині цивільного права.

Проблема такої індивідуалізації на тлі забезпечення безпеки суспільства загалом та його окремих учасників зумовила потребу встановлення її місця в системі забезпечення здійснення прав

людини, стану її врегульованості, з'ясування слабких напрямів, уточнення змісту відповідних понять, систематизацію існуючих поглядів учених різних галузей сучасної науки. Сучасне суспільство вживає все більше заходів щодо збереження людства й екосистем, контролю за юридично значущими вчинками. Це є виправданим з огляду на незрозумілі дії окремих людей (підпали сухоостою, порушення обмежень під час карантину, свавільне викидання сміття тощо). Навіть якщо тим визнаються певні обмеження прав людини, то такі заходи є виправданими. Тож в індивідуалізації учасників правовідносин, зокрема фізичних осіб, убачаються певні функції.

Аналіз останніх досліджень проблематики. У доктрині встановилися певні напрями розгляду проблеми індивідуалізації: філософський, психофізіологічний, соціально-психологічний, психолого-педагогічний та правовий, де переважає описовість. Так Б. Ананьєв вважає, що індивідуальність є "інтеграцією всіх якостей людини як індивіда, особистості та суб'єкта діяльності" [1, с. 329] ... «та є важливим фактором високої життєздатності та довголіття» [1, с. 111].

Проблем індивідуалізації в цивільному праві торкалися: О.Л. Біляченко, Н.В. Волкова,

А.О. Кодинець, Т.М. Малиновська, В.П. Мороз, Р.Б. Шишка, О.М. Явор, І.Є. Якубівський та інші. У них більше уваги приділено засобам індивідуалізації як об'єктам права промислової власності й, як видається, мало уваги – загальним засадам індивідуалізації та їх забезпеченню. Ті роботи, які присвячені цій проблематиці, зазвичай є спрощеними і не враховують сучасних складових індивідуалізації та їх інформаційності. Автор тривалий час намагається вдосконалити інститут індивідуалізації у приватному праві [8, с. 165-189; 9, с. 166-190] відповідно до нових технологій в умовах інформаційного суспільства і потреби вираженості при вступі у правовідносини на концепті безпеки.

Зважаючи на диспозитивізм цивільного права та засади свободи участі в цивільних правовідносинах, це впливає на бачення людиною свого місця в них, форми, способи засоби здійснення прав, визначення мети такої участі та оцінки наслідків, вибору видів правовідносин, а в разі порушення прав й охоронюваних інтересів – вирішення доцільності їх подальшого захисту. Крім того, властивості людини та певні індивідуальні ознаки є передумовами участі в окремих правовідносинах.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми. На тлі інформаційного суспільства та стрімкого впровадження нових інформаційних технологій у практику виникла проблема забезпечення безпеки учасників приватних правовідносин і парадигми охорони їх суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів, у тому числі, через посилення вимог до індивідуалізації їх учасників. Досі не розроблено систему засобів індивідуалізації, а зусилля автора [5; 6; 7] в цьому напрямі залишилися без уваги і не просунуті далі. Здебільшого обмежуються загальними констатуючими чи навіть спрощеними засобами такої індивідуалізації. Не розроблено систему засобів та вимоги щодо неї в персоніфікованих правовідносинах в ІТ-правовідносинах і взагалі в сучасному інформаційному суспільстві та цифрових

технологіях. Немає протидії мікрюванню окремих індивідуальних ознак людини, а свобода їх зміни слугує порушенням і зловживанням правом.

Формулювання мети дослідження.

Автор намагається довести до наукового співтовариства та зайнятих у рекодифікації цивільного законодавства України членів робочої групи бачення частини загальної проблеми персоніфікації в сучасних умовах, зокрема з урахуванням стрімкого розвитку ІТ-права. Розроблена система засобів індивідуалізації, як узагальнена, пропонується для реалізації в актах цивільного законодавства, в науку, викладання й застосування на практиці. Мета статті – узагальнити різні підходи до сутності поняття «індивідуалізація» фізичної особи та її засоби.

Виклад основного матеріалу дослідження. У сучасній науці поняття «індивідуальність» й «індивідуалізація» пов'язують з поняттями «людина», «організм», «індивід», «суб'єкт», «фізична особа», «особистість» тощо. Гносеологічно «індивідуалізація» визначена через її корінь – індивід (з лат. *individum* перекладається як неподільний).

Вищезазначені поняття розглядають у взаємозв'язку та взаємозумовленості. Квінтесенція наукових праць з цієї проблематики зводиться до того, що людині як певному організмові притаманна специфіка власного людського організму і психіки, яка проявляється при здійсненні нею її суб'єктивних прав, охоронюваних законом інтересів та виконанні обов'язків. В ідеалі це повинно відповідати нормам права, загальноприйнятим еталонам етики, моралі, звичаям. Проте, при тому можуть бути відхилення, що детерміновані знаннями, вміннями, компетенцією й іншими властивостями учасників правовідносин. Здебільшого це впливає на очікуваний результат участі у цих правовідносинах.

Наразі індивідуалізації учасників цивільних правовідносин надається більшого значення, особливо коли вона є умовою участі у них та здійснення суб'єктивних прав. Це пояснюється:

загальною вимогою щодо публічної реєстрації й обліку людей; прийнятими системами реєстрації, встановлення рівня освіти та професійної підготовки, системою надання окремих прав (водіння транспорту, зайняття видами діяльності, посвідчення кваліфікації); з появою сучасних технологій і негативних наслідків несанкціонованого вторгнення в них значно зростає суспільна небезпека (глобальний вектор); потребою розпізнання учасників окремих правовідносин; особливостями здійснення окремих прав та виконання публічних і приватних обов'язків; місцем людини в системі природи та негативного впливу на неї тощо. Крім того, при анонімності участі у правовідносинах досить важко захистити права потерпілого від навмисних чи необережних порушень його суб'єктивних прав й охоронюваних законом інтересів (прагматичне завдання). Тому вимога персоніфікації фізичної особи у цивільних правовідносинах є досить актуальною.

Особа бере участь у цивільних відносинах від свого імені. Таке рішення повинно бути виважене з економічного, соціального та правових аспектів. Принаймні повинна бути інформація про іншого учасника, особливо безпеку вступу в такі правовідносини. Навіть у тих випадках, коли особа здійснює свої права через інших осіб (представників), їх наслідки (суб'єктивні права і юридичні обов'язки) настають для певної конкретної особи. У ст. 28 ЦК вказано, що фізична особа набуває прав та обов'язків і здійснює їх під своїм ім'ям. При зміні індивідуальних ознак виникає проблема ідентифікації особи у тривалих приватних відносинах, виконання пов'язаних з тим обов'язків та здійснення прав.

В одних випадках вимагається встановлення всіх індивідуальних ознак особи, в інших це не вимагається. З введенням електронних (віртуальних) і новітніх комунікаційних й операційних технологій, електронних гаманців, електронних документів, поширенням реєстраційних процедур усе більшого розповсюдження набуває необхідність

ідентифікації особи при здійсненні своїх цивільних прав. Це також забезпечує безпеку інших членів суспільства та самого суспільства від шкідливих дій. Ідеться про відстеження юридично значущих правових зв'язків особи і її дій.

Варто вирізняти засоби індивідуалізації людини прямі (вказують на конкретного учасника) та опосередковані (через індивідуалізацію предметів: автомобілів, гаджетів тощо). Останнє має значення при відеоспостереженнях, дистанційній охороні тощо.

Від слідування їм залежить здійснення окремих прав, зокрема на пересування, відпочинок, вчинення правочинів у віртуальному просторі. Так, згідно з планом дій із досягнення безвізового режиму з ЄС, Україна повинна ввести біометричні паспорти для своїх громадян і прозвітувати про вжиті заходи. Тим шляхом ідуть й інші країни світу, вони переводять засоби індивідуалізації на електронну основу та обробку, широко використовують у різних сферах діяльності. Наразі через безготівкові розрахунки, індивідуальні номери гаджетів можна відстежити правовідносини за її участі, місцезнаходження тощо.

Індивідуалізація фізичної особи з моменту її народження формалізується у свідоцтві про народження, потім паспорті й інших документах, що видані на її ім'я. Наприклад, відповідно до «Технічного опису та зразка бланка паспорта громадянина України для виїзду за кордон» у паспорт вносяться дані про громадянина України у машинозчитуваній, візуальній формі, зокрема оцифроване зображення обличчя, його підпис, громадянство, дата народження, персональний номер, місце народження, стать й інші дані.

Хоча ім'я є основним, але воно не повністю відображає ідентифікаційні ознаки фізичної особи. Відповідно до ст. 2 ЗУ «Про банки та банківську діяльність» [2] ідентифікацією особистості є встановлення на підставі документів, які посвідчують особистість володільця, і фіксація в письмовій формі прізвища та

імені, дати народження й адреси особи, яка здійснює правочин, а також назви, номера та дати видачі поданого документа, назви закладу, який його видав. Проте, ідентифікаційних ознак набагато більше, і вони є звичаєвими (прізвисько родини), набутими, присвоєними за заслуги чи діяння тощо. У фізичної особи може бути псевдонім, прізвисько, інші індивідуальні ознаки. Одні з них є обов'язковими, опосередкованими чи умовою вступу в правовідносини.

Наразі можна виділити індивідуальні ознаки фізичної особи, зокрема:

- біометричні (природні): вік, стать, обличчя, папілярні лінії на пальцях (відбитки пальців), структура сітчатки ока, генокод. Вони враховуються при здійсненні права на пересування, особливо у країни ЄС, при здійсненні права на вибір роду занять. Так, фізіометричні дані людини (об'єм, зріст, повнота) позначається на виборі професії чи заняття (модельний бізнес), стандартизації розміру одягу (з 2008 р. встановлено єдиний для всіх підхід у європейських країнах для зазначення розміру одягу), виборі можливого виду занять (спорт, балет);

- вікові. Так, Всесвітньою організацією охорони здоров'я виділено: юні – до 18 років; молоді – від 18 до 44 років; середній вік – 45-59 років; літні – 60-74 роки; старечі – 75-90 років; довгожителі – більше 90 років;

- побутові: зменшена назва, прізвисько, статус у сім'ї (батько, матуся тощо), що спрощує спілкування та час на нього;

- психолого-характеризуючі: характер, темперамент, почерк, підпис, наявність особливих здібностей психомоторної діяльності;

- територіальні: місце постійного чи переважного проживання, місця перебування;

- формальні, що відображені у виданих на ім'я фізичної особи офіційних документах, зокрема: у паспорті чи іншому документі, який посвідчує особу;

- соціальні: честь, репутація;

- особисті: гідність, самооцінка, досвід певної юридично значущої

діяльності, визначність у колі фахівців, імідж, тату та пірсинг;

- професійні: вигадані імена (сценічне [ТАЯ, Ані Лорак, Руслана], псевдонім, фанове [Шева], ді джейне, культове, шоуменське, креативне, тощо). Їх використовують гадалки, білі та чорні маги;

- медичні, зокрема: психічне захворювання, інше захворювання, яке є перепорою для проживання в одній кімнаті з іншими членами сім'ї, потреби у сторонньому догляді, визнання особою з особливими потребами та таким, що потребує утримання.

Наразі у Законі України «Про єдиний державний демографічний реєстр» [3] ідеться про біометричні дані. Згідно з ним кожен громадянин зобов'язаний мати виготовлений у формі картки паспорт, де є безконтактний електронний носій інформації. Дані про громадянина, який включений у єдиний державний демографічний реєстр, зокрема: ім'я; дата народження чи смерті; місце народження; стать; дата внесення інформації про людину в реєстр; відомості про батьків (усиновлювачів), опікунів, піклувальників та інших представників, а також відомості про громадянство, його відсутність і підстави для отримання громадянства; реквізити документів, які видані особі; оцифрований зразок підпису й зображення обличчя людини.

Єдиний державний демографічний реєстр включатиме додаткову змінну інформацію: про місце реєстрації, сімейний стан, відмову від прийняття реєстраційного номера облікової картки платника податків, видані приватизаційні папери, додаткові (факультативні) біометричні дані, параметри; інформацію з відомчих інформаційних систем.

Особливо йдеться про осіб з особливими потребами, для яких законодавством передбачені спеціальні права:

- юридичні: ім'я, сімейний стан, обмеження в дієздатності, статус державного посадовця, підприємця (ФОП – фізична особа-підприємець);

- публічні: громадянство чи підданство, ідентифікаційний код платника податку, кредитна історія, перебування в реєстрі боржників чи інших реєстрах, судимість, статус «рецидивіст» тощо;

- комунікаційні: доменне ім'я, електронний підпис, електронна адреса, поштоваскринька, мобільний чи інший телефон, адреса інших гаджетів;

- майнові: номер рахунку в комерційному банку, номер платіжної та іншої картки, володілець акцій чи інших цінних паперів, місце знаходження нерухомого майна, відомості про його обтяження чи арешт тощо;

- корпоративні: певне прізвище в компанії (Сірий, дід), професійному (бать, головний тощо) чи кримінальному (поганяло) середовищі;

- фахові: освітянські (економіст, юрист, учений, бакалавр, спеціаліст, магістр тощо), знання іноземних мов, ранг державного службовця. Вони впливають на рівень капіталізації фізичної особи – чим вищий рівень професійності та знань іноземних мов, тим більше можливостей віднайти їм застосування і здійснити оцінку особистості. Це відображається у резюме;

- ділові, зокрема: здатність просування у службі, креативність, наприклад, у творчості, бізнесі (ділова репутація, клас, чин, визнання, спеціальні звання, лауреатство);

- релігійні, що зумовлює можливість здійснення певних прав: укладення шлюбів, стилів одязі, вживання спиртних напоїв, прогнозування реакції на певні правочини чи їх пропозиції;

- інші. Зокрема: як підприємець, фізична особа може мати індивідуальні ознаки, які вирізняють його на ринку; наразі постала потреба в електронних комплексних чи інтегрованих засобах індивідуалізації на кшталт штрихкодування, що міститимуть вказані та інші засоби індивідуалізації.

Індивідуалізуючі ознаки можуть бути постійні або змінювані (місце проживання). Слід виходити з презумпції їх постійності й, у принципі, довічної

приналежності особі, що сприяє зміцненню правопорядку, впевненості в надійності особи у ділових та інших відносинах. Так чи так, вони є інформаційним підґрунтям для вступу в правовідносини взагалі чи з іншим їх учасником зокрема.

Одні з них мають правове значення для виникнення здійснення й припинення суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, інші – ні. Індивідуалізація фізичної особи може окреслювати коло її прав та обов'язків, місце й органи їх здійснення. Так, спадщина відкривається за місцем проживання померлого, а якщо воно невідоме – за місцем знаходження його нерухомого майна або його основної частини, а за відсутності нерухомого майна – місцезнаходження основної частини рухомого майна (ст. 1221 ЦК) [4]. Інші є умовою здійснення цих прав: не можуть отримати дозвіл на придбання мисливської зброї особи, які мають судимість за навмисні злочини, негативно характеризуються у побуті чи за місцем свого проживання.

Індивідуалізації притаманні певні ознаки:

- набуваються людиною і відрізняють її з-поміж інших людей. Одні з них присвоюються в установленому порядку (ім'я), інші відображають офіційні ознаки чи характерні особливості даної особи;

- визначають індивідуальне правове становище цієї особи (одружений);

- зумовлюють участь у правовідносинах приватного характеру. Зокрема, вид дієздатності, становище у суспільстві (VIP-персона, особа духовного сану, державний службовець), професія, вид дозвілля тощо;

- мають розрізняльну здатність;

- є інформацією про особу та її можливості участі у правовідносинах;

- підлягають охороні та правовому захисту в разі їх порушення.

Індивідуалізацією фізичної особи є притаманні конкретній фізичній особі особисті ідентифікаційні ознаки, які відрізняють її з-поміж інших фізичних осіб і мають правове значення, персоніфікують

правовідносини або зумовлюють певні суб'єктивні права й юридичні обов'язки, підлягають охороні та захисту у встановленому законом порядку. Йдеться про інформацію про дану особу, яка може бути встановлена за даними в мережі Інтернет.

Засоби індивідуалізації можуть бути необхідними і факультативними. Необхідними є ті, що вимагаються чинним законодавством для даного виду правовідносин. Так, якщо у позові не буде вказано індивідуальні ознаки позивача чи відповідача, такий позов не приймається до розгляду. Анонімна заява у державні органи не підлягає розгляду. Водночас, автор письмового літературного твору може вказати свої власне ім'я, вигадане ім'я (псевдонім) чи взагалі їх не вказувати, а оприлюднити цей твір анонімно.

Значення індивідуалізації фізичної особи може бути визначено імперативно – дані права не можуть бути здійснені до тих пір, поки особа не оприлюднить (сповістить) свою ідентифікаційну ознаку, а може мати диспозитивний характер і визначатись на вимогу іншого учасника цивільних правовідносин чи персоніфікуватися самим володільцем індивідуалізації. Так, для відкриття рахунку в банку необхідно сповістити своє ім'я й надати паспорт громадянина.

Для певних професій наявність ідентифікації є обов'язковою: військовослужбовцям та працівникам МВС, МНС, СБУ присвоюються індивідуальні номери, на форменому і спеціальному одязі поміщаються нашивки із вказівкою на групу крові та резус-фактор. Ці службовці мають спеціальні особисті номери і відповідну бірку, котру зобов'язані постійно носити при собі.

Це саме стосується осіб, які займаються професіями з підвищеним ступенем небезпеки для життя та здоров'я, наприклад, моряків, пілотів, що постійно повинні мати при собі ідентифікаційні номери. Крім того, у діловому та іншому спілкуванні наразі широко використовуються бейджики, на яких вказується ім'я і посада фізичної особи, як частина іміджу юридичної особи чи органу

влади. На такому рівні можуть сприйматися написи на службових кабінетах, в іншій офіційній інформації, що поширюється у встановленому законодавством порядку.

Останнім часом, з поширенням віртуальних технологій, з'явилася потреба в розробці Універсального ідентифікатора особистості (УІО), за яким фізична особа буде персоніфікуватися в публічних та приватних відносинах. Пропонується його використовувати для широкої ідентифікації особистості, поширення електронних гаманців і застосування безготівкових розрахунків, у програмах соціального забезпечення. Такі УІО пропонуються єдиного зразка не тільки в межах однієї країни, але й у рамках певних економічних спільнот, наприклад Євросоюзу. Електронні (чіпові) ідентифікатори особистості – перспектива недалекого майбутнього. Наразі більше 100 країн світу їх увели або вводять, зокрема електронною карткою замінюють паспорт. Сучасний рівень технологій вимагає постійної присутності у тілі людини певних ідентифікаційних ознак. З появою так званих *homo virtualis* (людей із вживленими у мозок мікрочіпами) та у взаємодії з електронними пристроями цей напрям набув реальних обрисів.

Проти оцифрування ознак людини протестує церква. Але відмова від таких ідентифікацій особи обмежує можливість її участі у тих правовідносинах, де потрібна максимальна її індивідуалізація. Тому останнім часом такі заперечення знімаються чи висловлені не так категорично.

Можливі інші індивідуальні ознаки фізичних осіб, які безпосередньо чи опосередковано впливають на їх правове становище та можливість брати участь у певних цивільних правовідносинах. Так чи так, це стосується безпеки учасників правовідносин.

Законом України «Про захист персональних даних» передбачено, що всі компанії і організації всіх форм власності мають проводити державну реєстрацію баз персональних даних. Персональними даними визначено доволі широке коло

відомостей (повідомлень) про суб'єкта – відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути ідентифікована. Бази персональних даних належить реєструвати у встановленому порядку шляхом подання заявки в уповноважений державний орган, що переймається цими питаннями. Особи, чий персональні дані занесені в базу, мають право отримувати інформацію про умови доступу до персональних даних, зокрема про тих третіх осіб, яким такий доступ буде надано. Суб'єкт може також заявляти мотивовані вимоги щодо заборони обробки своїх персональних даних органами влади. Доступ до баз персональних даних не може надаватися третім сторонам, що не ознайомлені з цим Законом.

Висновки. На підставі наведеного вбачається, що індивідуалізації фізичної особи в ЦК України відведено недостатньо місця в чинному законодавстві та науці і її слід розширити. У сучасній науці індивідуалізації у правовідносинах не приділено достатньої уваги та не розроблено придатного для переведення на

норми права цілісного вчення. У зв'язку з наведеним пропоную для наукового вжитку концепт персоналізації як цілісний підхід до наділення осіб та інших учасників правовідносин притаманними їм індивідуалізуючими ознаками. Він може мати не тільки приватно-правове застосування, але й у публічній сфері та бути міжгалузевим.

Загострення проблематики індивідуалізації в інформаційному суспільстві потребує розширення її кола, використання більшої персоніфікації осіб у приватних відносинах. Відтак, у ЦК України при рекодифікації у Главі «Фізичні особи» слід передбачити окремий параграф, що визначає засоби індивідуалізації, їх охорону та захист у разі порушення чи свавільного використання. У такому аспекті вбачається цілісний блок, який охоплює норми дефініції, розкриття змісту окремих засобів індивідуалізації, випадки й порядок їх використання, захист у разі порушення прав на такі засоби. Перспективними вбачаються також і дослідження в такому напрямі

Література:

1. А.Ананьев Б. Г. Человек как предмет познания. Ленинград : Изд. Ленингр. ун-та, 1968. 339 с.
2. Про банки та банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 № 2121-III (Редакція станом на 29.05.2020) :URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14> (дата звернення 13.08.2020)
3. Про єдиний державний демографічний реєстр: Закон України від 20.11.2012 № 5492-VI (Редакція станом на 21.12.2019) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5492-17> (дата звернення 13.08.2020)
4. Цивільний кодекс України 16 січня 2003 року. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/T030435> (дата звернення 13.08.2020)
5. Шишка Р.Б. До проблеми індивідуалізації юридичної особи. *Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики. Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. 29-30 квітня 2004 р., м. Харків.* Київ: Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ інтелектуальної власності, Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого, 2004. С.153 – 162.
6. Шишка Р.Б. Індивідуалізація в приватному праві. *Підприємництво, господарство і право.* 2008. №6. С.7 – 9.
7. Шишка Р.Б. Понятие индивидуализации физических лиц. *Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения : сб. статей и иных материалов / под ред. Р.А. Стефанчука.* К.: Юринком Интер, 2010. С.166 – 169.
8. Цивільне право України : підручник. 2-ге вид., перероб і доп. У 2 частинах. / За ред. проф. Р.Б. Шишка (кер. авт. кол.). Ч.1. Загальна. Київ: Видавництво Ліра-К, 2018. 736 с. С. 165-189.
9. Цивільне право України : підручник. / За ред. проф. Бошицького Ю.Л. та проф. Шишки Р.Б. (кер. авт. кол.). Загальна частина. Київ: Видавництво Ліра-К, 2014. 760 с. С. 168-193.
10. Планується системне оновлення Цивільного кодексу України: URL: <https://www.golos.com.ua/article/340574> (дата звернення 13.08.2020)

References.

1. Ananiev, BG (1968), *Chelovekkakpredmetpoznaniya*[*Man as a subject of knowledge*], Leningrad: Ed. Leningrad. University, Russia.
2. The Verkhovna Rada of Ukraine (1997), The Law of Ukraine “On banks and banking activity”: URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14> (Accessed 13 August 2020)

3. The Verkhovna Rada of Ukraine (1997), The Law of Ukraine “On the Unified State Demographic Register”, URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5492-17> (Accessed 13 August 2020)
4. The Verkhovna Rada of Ukraine (1997), The Law of Ukraine “Civil Code of Ukraine”, URL <https://ips.ligazakon.net/document/T030435> (Accessed 13 August 2020)
5. Shyshka, R.B. (2004), “To the problem of individualization of a legal entity”, *Zbirkadopovidejna Mizhnarodnij naukovo-practichnukonferentsii* [Conference Proceedings of the International Science Practical Conference], *Mizhnarodna naukoivo-practichnukonferentsiya* [International Science Practical conference], Academy of Legal Sciences of Ukraine, Research Institute of Private Law and Entrepreneurship, Research Institute of Intellectual Property, National Law Academy. Yaroslav the Wise, 2004. P.153 – 162
6. Shyshka, R.B. (2008), “Individualization in private law”, *Entrepreneurship, economy and law*. 2008. vol. 6. P.7 – 9.
7. Shyshka, R.B. (2010), “*The concept of individualization of individuals*”, Personal non-property rights: problems of theory and practice of application: Sat. articles and other materials, Yurinkom Inter, pp.166 - 169.
11. 8. Shishka, R.B. (2018), *Civil`nij kodeks Ukraini* [Civil law of Ukraine], Part 1. Lira-K Publishing House, Kiyv, Ukraine. pp. 165-168
8. Boshytsky, Y.L. (2014), *Civil`nij kodeks Ukraini* [Civil law of Ukraine], Part 1. Lira-K Publishing House, Kiyv, Ukraine. Pp.168-193.
9. A systematic update of the Civil Code of Ukraine is planned, URL: <http://www.golos.com.ua/article/340574> (Accessed 13 August 2020)

Стаття надійшла до редакції 16.08.2020 року

МІЖНАРОДНИЙ І ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД ІЗ ЗАСТОСУВАННЯ МЕДІАЦІЇ ЯК ОДНОГО З ІНСТРУМЕНТІВ ВИРІШЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ СПОРІВ

Григорчук М.В.

кандидат юридичних наук, доцент, кафедри державно-правових дисциплін,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна
tel.: (068) -36-990 -62, e-mail.: GrigorchukMV@krok.edu.ua ORCID: [0000-0003-0523-030X](https://orcid.org/0000-0003-0523-030X)

INTERNATIONAL AND EUROPEAN EXPERIENCE IN THE USE OF MEDIATION AS ONE OF THE TOOLS FOR RESOLVING CORPORATE DISPUTES

Hryhorchuk M.

Ph.D. in Law, Associate Professor of Department of the state legal disciplines,
“KROK” University, st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine tel.: (068) -36-990 -62,
e-mail.: GrigorchukMV@krok.edu.ua ORCID: [0000-0003-0523-030X](https://orcid.org/0000-0003-0523-030X)

Анотація. Економічні, як і суспільні відносини, встановлюються між людьми й ґрунтуються на індивідуальних життєвих принципах, особистісних характеристиках тощо. Процес виникнення та функціонування корпоративних відносин повномірно вкладається в наведений вище порядок з певними застереженнями щодо участі в розпоряджанні майном і управлінні діяльністю суб'єкта господарювання, в якому статутний капітал складено з внесків його засновників. Первинним у такій ситуації необхідно розглядати управління (менеджмент) усією діяльністю суб'єкта корпоративного права, оскільки цей процес є сумарним виразником внутрішньої волі його засновників. Як засвідчує практика, початкові наміри засновників підприємства зі складеним капіталом не завжди витримують випробовування часом та амбіціями його учасників. Суб'єктивна оцінка свого внеску в розвиток підприємства з боку кожного з його учасників є природним середовищем для виникнення спорів з різних питань, пов'язаних з діяльністю такого суб'єкта господарювання. Саме в цьому ми вбачаємо природу корпоративного спору, який на первинних стадіях не втрачає здатності бути вирішеним без звернення до компетентних органів чи до суду. Проведений авторський економіко-правовий аналіз стану застосування позасудових форм урегулювання корпоративних спорів, насамперед медіації, засвідчив необхідність запровадження міжнародного досвіду до такої практики. Беручи до уваги міжнародну і європейську багаторічну історію супроводження перемовницькими інструментами корпоративних спорів, зазначаємо їх надзвичайно високу дієвість і запит у ділових колах. Наш висновок щодо доцільності впровадження такого інструменту, як медіація в корпоративний сектор економіки ґрунтується на тому, що в результаті його використання відбувається подвійний позитивний ефект: зберігаються доброзичливі партнерські відносини між учасниками підприємства зі складеним капіталом (виховне значення медіації) і продовжує, як правило, функціонувати суб'єкт господарювання, який ще донедавна перебував на межі закриття.

Ключові слова: медіатор, корпоративний спір (конфлікт), медіація, сторони корпоративного спору, медіаційна угода.

Формул: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл.: 12.

Abstract. Economic, as well as social relations, are established between people, and are based on individual life principles, personal characteristics and so on. The process of emergence and functioning of corporate relations is fully invested in the above order with certain reservations about participation in the disposal of property and management of the entity, in which the authorized capital is composed of contributions from its founders. The primary in such a situation is to consider the management (management) of all activities of the subject of corporate law, as this process is a total expression of the internal will of its founders. As practice shows, the initial intentions of the founders of the company with the accumulated capital do not always stand the test of time and ambitions of its participants. The subjective assessment of their contribution to the development of the enterprise by each of its participants is a natural environment for disputes on various issues related to the activities of such an entity. This is where we see the nature of the corporate dispute, which in the initial stages does not lose the ability to be resolved without recourse to the competent authorities or the courts. The author's economic and legal analysis of the state of application of out-of-court

forms of settlement of corporate disputes, first of all mediation, testified to the need to introduce international experience in such practice. Taking into account the international and European long history of accompanying corporate disputes with negotiation tools, we note their extremely high efficiency and demand in business circles. Our conclusion on the feasibility of introducing such a tool as mediation in the corporate sector of the economy is based on the fact that as a result of its use there is a double positive effect: friendly partnerships between participants of the company with accumulated capital (educational value of mediation) and an economic entity that until recently was on the verge of closure.

Key words: mediator, corporate dispute (conflict), mediation, parties to corporate dispute, mediation agreement.
Formulas: 0, fig.: 0, tabl.: 0, bibl.: 12.

Постановка проблеми.

Конституцією України проголошено курс на набуття повноправного членства у Європейському Союзі, а також наближення вітчизняного законодавства до права ЄС. Проте, ще до цього часу залишаються нормативно неврегульованими інструменти позасудового і досудового захисту порушеного, невизнаного, оспорюваного права чи охоронюваного законом інтересу, серед яких чільне місце має займати медіація.

Авторське дослідження показало, що особливо чутливим до внутрішньоекономічних потрясінь є корпоративний сектор економіки, що ґрунтується на поєднанні не тільки матеріальних ресурсів учасників підприємства зі складеним капіталом, а в багатьох випадках залежить від міжособистісних стосунків серед його засновників. Саме в таких умовах найбільш затребуваною є медіація, оскільки створює необхідні умови як для збереження позитивних стосунків між учасниками суб'єкта господарювання, так і збереження цілого підприємства. Усе це набуло форми єдиної економіко-правової проблеми, що вимагає нагального вирішення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед науковців, які різною мірою були дотичними до розроблення проблематики, пов'язаної із теоретичним та практичним застосуванням медіації як інструменту врегулювання спорів у корпоративному секторі економіки, слід назвати Бесемера Х., Давиденко Д. Л., Зазуляка Ю., Шандру В. С., Шемшученка Ю. С., Белінську О. В., Єрмоєнко Г., Мартиненка М. М., Жорнокуй Ю. М., Спасибо-Фатееву І. В.,

Жеребина В. С., Бобровник С. В., Гайдено-Шер Н. І., Бучко В. Б., Йосипенко С., Бондаренко-Зелінську Н. Л., Безхлібну Н., Терсіну О., Мазаракі Н. А. й інших.

У досліджених наукових працях вітчизняних науковців здебільшого акцентується увага на необхідності запровадження медіації в легітимну сферу позасудових форм розв'язання спорів. У той же час, корпоративний сектор економіки, що є чи не найбільш ураженим конфліктами, які породжені матеріальною складовою приватного володіння майном корпоративного підприємства, залишається недостатньо дослідженим, що, безумовно є підставою для подальшого вивчення інструментів позасудового врегулювання спорів саме у цій сфері.

Формулювання цілей статті. Метою даної статті є аналіз сучасного стану застосування медіації в Україні при розв'язанні корпоративних спорів та впровадження міжнародного досвіду з цих питань у корпоративний сектор економіки.

Виклад основного матеріалу дослідження. З проголошенням незалежності Україна, як повноцінний учасник світового клубу найпотужніших і найбагатших (у розумінні кількості природних ресурсів) держав, вступила в нові внутрішні й зовнішні економічні відносини. В умовах відмирання командно-адміністративних методів управління господарськими процесами створювалося правове середовище, яке б відповідало новим підходам до організації економічної сфери на основі рівності всіх форм власності. Саме в таких реаліях набули офіційного визнання суб'єкти господарювання, що розпочали господарську діяльність наприкінці 80-х

років минулого сторіччя. Найбільш поширеними учасниками економічної сфери на той час були різноманітні кооперативи, а в умовах відсутності національної валюти і розвалу господарської системи колишнього СРСР основним рушієм економіки стали бартерні (товарообмінні) відносини між новоутвореними суб'єктами підприємств.

Відсутність досвіду самостійного господарювання, як правило, призводило до виникнення конфліктів як усередині колективних підприємств між їх учасниками, так і породжувало міжособистісні спори партнерів з бізнесу. Завдяки міжнародній комерційній співпраці до України привнесено нові форми розв'язання мультиприродних конфліктів, які передбачали наявність високих принципів моралі та взаємоповаги при їх вирішенні.

Нормативним середовищем для імплементації позитивних інструментів позасудового врегулювання спорів у господарській сфері, у тому числі й у корпоративному секторі економіки, у найбільш широкому розумінні слід вважати положення статті 9 Конституції України, де зазначено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Укладення міжнародних договорів, що суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України [1].

Світові економічні та правові системи, демонструючи реально дієві принципи верховенства права, одночасно заохочують перемовницькі інструменти у вирішенні комерційних, у тому числі, корпоративних конфліктів. Таким підходам є цілком обґрунтоване пояснення, яке полягає в тому, що кожен із учасників такого спору обирає за мету зберегти мінімально ушкодженим свій підприємницький імідж. Для врегулювання такого роду конфліктів апробовано широкий спектр позасудових процедур, як, наприклад, звернення до

арбітражу, проведення переговорів щодо примирення чи застосування медіації.

Н. Безхлібна у статті «Медіація: європейський досвід і українські реалії» зазначає, що подією, яка дала поштовх до популяризації та активного запровадження альтернативних методів урегулювання спорів, можна назвати конференцію імені Р. Паунда «Причини невдоволеності населення адмініструванням системи правосуддя в США», відому як Паундська конференція, що була проведена у США у 1976 р. З тих пір у США, а потім і в Європі, альтернативні методи врегулювання спорів набувають усе більшої популярності. Цьому є низка причин, які різняться від країни до країни. Зокрема, це висока вартість судового розгляду та виконання судових рішень, довга тривалість судових процесів, корумпованість судової системи тощо. Водночас, доступ громадян до альтернативних методів вирішення спорів вважається одним з критеріїв легкості ведення бізнесу, який оцінює Світовий банк у рейтингу «Ведення бізнесу» [2].

О. Терсіна вказує, що медіація (позасудовий метод вирішення спорів шляхом досягнення домовленості між сторонами за допомогою «регулятора конфлікту» – медіатора) має надзвичайно високу популярність у світі: від 75% до 80% усіх спорів, які вирішуються із застосуванням процедури медіації, завершуються укладенням медіаційної угоди між сторонами. У Великобританії 62% опитаних осіб надають перевагу медіації у випадку корпоративного спору, при тому, що арбітражному вирішенню спору надають перевагу 50%.

Іноземні держави мають різні підходи до врегулювання процедури медіації в корпоративних спорах. Деякі держави врегульовують ключові питання медіації в нормативно-правових актах, а решту питань віддають на «відкуп» сторонам медіації (Німеччина, Білорусь, Росія), а інші держави надають сторонам можливість урегулювати всі питання на власний розсуд, у тому числі в положеннях акціонерної угоди (США).

Наприклад, у США питання медіації на федеральному рівні є законодавчо неврегульованим, тому кожний штат окремо встановлює свої правила щодо порядку здійснення медіації. Наразі 12 штатів прийняли «Уніфікований закон про медіацію» (Uniform Mediation Act), який поширює свою дію і на медіацію при вирішенні корпоративних спорів.

Закон Республіки Білорусь «Про медіацію» від 12.07.2013 р. №58-3 та Правила здійснення медіації, затверджені постановою Ради Міністрів Республіки Білорусь від 28.12.2013 р. № 1150 передбачають, що медіація здійснюється як до звернення сторін до суду в порядку цивільного або господарського судочинства, так і після відкриття провадження у справі в суді. Зазначений закон та правила поширюються й на застосування медіації при вирішенні корпоративних спорів[3].

Ерік М. Рунессонта Марі-Лоранс Гі у книзі «Медіація конфліктів і спорів у галузі корпоративного управління» зазначають, що корпорації дедалі більше вдаються до розробки альтернатив традиційним судовим процедурам у відповідь на слабке правозастосування (забезпечення примусового виконання рішень), відсутність довіри до судової системи, високі фінансові та часові витрати, пов'язані з судовими процедурами, труднощі у примусовому застосуванні необов'язкових стандартів, а також репутаційні витрати. У 1979 році найвизначнішим зрушенням у цій сфері стало заснування Центру публічних ресурсів (ЦПР), наразі відомого як Міжнародний інститут попередження і врегулювання конфліктів. ЦПР об'єднав юрисконсультів 500 найбільших корпорацій (перелік яких щорічно публікується журналом Fortune) та партнерів провідних юридичних фірм для розробки комерційно орієнтованих форумів з урегулювання спорів. З того часу в США приблизно 800 компаній, включаючи Time Warner, UPS, General Electric, Prudential і Coca- lectric, Prudential і Coca Cola, взяли на себе зобов'язання досліджувати можливості

альтернативного досудового врегулювання спорів щоразу, коли у них виникає суперечка з компанією, що також налаштована на механізми АВС.

У Колумбії 52 з 97 компаній, які ухвалили власний кодекс корпоративного управління, включили до нього положення про АВС. У цих кодексах найчастіше згадується арбітраж/третейський суд, а також мирова угода (медіація) [4, с. 18].

Н. І. Гайденко-Шер, досліджуючи досвід Канади, зазначає, що в тих справах, у яких медіація була обов'язковою, відсоток примирення становив 40%, а за рішенням сторін (спадкування, нерухоме майно, дієздатність, довірче управління майном, благодійність, сімейні спори) – 70% .

Можливо, це свідчить про те, що медіація все ж таки має застосовуватися на розсуд сторін, адже, наприклад, до арбітражу ніхто не змушує сторони, але його авторитет призводить до популяризації. У період 2006–2014 рр. 20% спорів, урегульованих Міжнародною торговельною палатою, були пов'язані з розбіжностями в питаннях корпоративного управління. Приклади таких спорів включають: оцінювання акцій; спори між акціонерами; винагороди, які виплачуються членам Ради; спори, пов'язані з питаннями банкрутства; участь акціонерів у процесі ухвалення рішень, а також питання поглинання [5, с. 156].

Звернення до аналізу європейської практики запровадження медіації показало, що початком умовно організованого процесу з м'якого насадження медіації можна вважати Директиву 2008/52/ЄС Європейського Парламенту та Ради з певних аспектів медіації в цивільних і комерційних справах, яка була затверджена ще 21.05.2008 р. (далі – Директива про медіацію) [6]. Даним документом було передбачено імплементацію відповідних норм у законодавство держав-членів до 21.05.2011 р. Директива про медіацію закріплює основні принципи проведення і запровадження механізму медіації в національне законодавство країн-членів ЄС.

Варто також зазначити, що обсяг регулювання Директиви про медіацію передбачає її застосування до міжнародних спорів, проте Звіт про перебіг застосування цієї Директиви, виданий Комісією Європейського парламенту в 2016 р. (далі – Звіт) (Report from the commission to the European Parliament, the council and the European economic and social committee, on the application of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters) [7], свідчить про те, що майже всі країни ЄС (окрім трьох) поширили також обсяг регулювання відповідних положень національного законодавства про медіацію в цивільних і комерційних справах на подібні спори, які виникають між резидентами однієї країни.

З наведеного вище можна зробити висновок, що включення комерційних справ до переліку перспективних та допустимих для медіаційних вирішень однозначно поширюється на спори, де задіяні корпоративні права.

Обґрунтовуючи позитивний ефект від запровадження позасудових процедур з урегулювання цивільних і комерційних спорів, автори Директиви першим пунктом визначають наміри співтовариства підтримувати й розвивати простір свободи, безпеки та правосуддя, в якому забезпечується вільний рух громадян. З цією метою Співтовариство, *inter alia* (між іншим), пропонує вжити заходів у сфері судової співпраці в цивільних справах, необхідних для нормальної роботи внутрішнього ринку.

Як убачається з даного положення, одним із основних завдань співтовариства є підтримка та розвиток правосуддя, а також ужиття заходів у сфері судової співпраці. Дані напрямки у царині правосуддя покликані забезпечити ефективну роботу внутрішнього ринку на засадах співпраці судових органів у цивільних справах.

Пунктом другим Директиви визначено принцип доступу до правосуддя як фундаментальний принцип права ЄС, і з метою реалізації цього підходу Європейська Рада на зустрічі в місті

Тампере, яка проходила 15 та 16 жовтня 1999 року [8], закликала держави-члени створити альтернативні позасудові процедури.

Проведене нами дослідження показало, що ретроспективно процес нормативного забезпечення формування сфери позасудових процедур з урегулювання суперечок у цивільних і комерційних справах розвивався у такому хронологічному порядку:

- у травні 2000 р. Європейська Рада прийняла висновок щодо альтернативних способів вирішення спорів у цивільному і комерційному праві;

- у квітні 2002 року Комісія представила Зелену книгу про альтернативні способи вирішення спорів у цивільному і комерційному праві, а також провела великі консультації з державами-членами та зацікавленими особами з приводу можливих заходів, які заохочують застосування посередництва (медіації).

Н. І. Гайденко-Шер зазначає, що держави-учасниці, національне законодавство яких вийшло за межі головних вимог Директиви, досягли істотних результатів, сприяючи позасудовому розгляду спорів з цивільних і торговельних справ. Європарламент зазначив також, що результати, отримані в Італії, Болгарії та Румунії, доводять, що медіація дозволяє забезпечити економічно вигідний і швидкий позасудовий розгляд спорів завдяки процедурам, адаптованим до інтересів сторін, та, зокрема, що обов'язкова медіація в італійській правовій системі, схоже, дозволяє досягти заданої мети, сприяючи розвантаженню судів [5, с.156].

В. Б. Бучко, обґрунтовуючи перспективи впровадження медіації в цивільному і господарському судочинствах, вказує, що вирішення цивільних та господарських спорів поза державними судовими або адміністративними органами поширені в багатьох країнах, зокрема Швеції, Канаді, Австрії, Бельгії, Норвегії, Фінляндії. Практично в усіх країнах – членах Європейського Союзу в цивільному й

господарському процесі передбачено інститут медіації [9].

Необхідність запровадження інституту медіації у вітчизняній системі права, на думку науковця, ґрунтується на позитивних результатах практики застосування інституту примирення в багатьох країнах світу, що свідчить про його ефективність. Окрім того, це відповідатиме загальній позиції України щодо гармонізації національного законодавства із законодавством Європейського Союзу, оскільки питанню примирних процедур присвячено низку рекомендацій і рішень Ради Європи. Серед них варто згадати такі: Рекомендацію № R (98) 1 Комітету Міністрів Ради Європи щодо медіації в сімейних справах від 21.01.1998 р., Рекомендацію Rec № (2002) 10 Комітету Міністрів Ради Європи щодо медіації в цивільних справах від 18.09.2002 р., Директиву Європейського парламенту та Ради № 2008/52 ЄС щодо деяких аспектів посередництва (медіації) у цивільних та комерційних справах від 21.05.2008 р. тощо [6].

Поточним підсумком до всього сказаного вище може стати адресний перехід до нещодавніх офіційних документів щодо міжнародної оцінки стану і розвитку медіації. У цьому зв'язку ми говоримо про Конвенцію ООН «Про міжнародні угоди за результатами медіації» (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation) [10], яку підписано 7 серпня 2019 року в Сінгапурі. Україна – серед країн-підписантів.

Конвенція покликана уможливити та полегшити виконання рішень, досягнутих сторонами у ході медіації в міжнародних комерційних спорах. Вона передбачає запровадження інструментів визнання та виконання рішень, досягнутих у ході медіації, подібних тим, які передбачені Нью-Йоркською Конвенцією про визнання й виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р.

Конвенція застосовуватиметься до міжнародних угод, укладених у результаті медіації у комерційних спорах між двома компаніями з різних країн-учасниць

Конвенції. Вона створює уніфіковані рамки для визнання таких угод на території країни-учасниці та робить можливим звернення до суду для визнання такої угоди та її виконання в іншій юрисдикції.

Сінгапурська конвенція покликана стати інструментом сприяння міжнародній торгівлі й просуванню медіації як альтернативного та ефективного методу вирішення торгових спорів. Вона гарантує, що угода, досягнута сторонами в результаті медіації, стає обов'язковою і підлягає виконанню, відповідно до спрощеної процедури в іноземній юрисдикції [11].

На наш погляд, Директива Європейського парламенту та Ради № 2008/52 ЄС щодо деяких аспектів посередництва (медіації) у цивільних і комерційних справах від 21.05.2008 року [6] може розглядатися як один із основоположних міжнародних документів, на якому в подальшому формуватиметься офіційний інститут медіації в Україні. Саме завдяки закладеній в ній (Директиві) здатності забезпечувати легітимне застосування інструментів посередництва під час урегулювання цивільних та господарських спорів, цей документ виступає підґрунтям для впровадження у вітчизняний юридичний простір адаптованих у світовому співтоваристві позасудових методів виходу з кризових ситуацій цивільного, комерційного, у тому числі корпоративного характеру.

Аналізуючи міжнародний досвід щодо вирішення корпоративних спорів, можна однозначно стверджувати, що вони найчастіше вирішуються із застосуванням позасудових способів, зокрема медіації. Щоправда, у всіх розвинених правових державах світу на національному рівні прийняті відповідні нормативно-правові акти з таких питань. Застосування медіації для врегулювання корпоративних спорів забезпечує: по-перше, можливість збереження партнерських стосунків; по-друге, зменшення кількості корпоративних спорів розвантажить судову систему. Наявність можливості використання позасудових способів вирішення спорів, у

тому числі й корпоративних, є ознакою розвиненої правової держави з високим рівнем громадянського суспільства та правової культури. Щодо України, то медіація, як спосіб вирішення спорів (корпоративних спорів), перебуває лише в зародковому стані й потребує належної легалізації та правової регламентації на законодавчому рівні.

Далі науковець підсумовує, що міжнародна правова практика вирішення корпоративних спорів визнає три найбільш ефективні способи їх урегулювання: міжнародний комерційний арбітраж (якщо одна зі сторін спору є іноземцем чи спір підпадає під вирішення МКАС), третейський суд, медіація [12, с. 37].

Висновки. Україна, не маючи достатнього досвіду щодо застосування позасудових процедур, у тому числі медіації, змушена самотужки розробляти

механізми вирішення спорів між учасниками з корпоративними правами. Це пояснюється множинністю проблем, що мають місце у статусній оцінці та галузевій юрисдикційності корпоративних відносин, оскільки більшістю діаметральні погляди науковців на природу корпоративних відносин не набули чіткого нормативного обґрунтування в конкретних законодавчих актах. Але цілком очевидно, що сліпе наслідування закордонного досвіду чи перенесення міжнародних стандартів на інститут корпоративних відносин, які сформувалися в Україні, не дадуть відчутного позитивного результату. Україна має пройти свій шлях щодо вирішення корпоративного учасника як суб'єкта правовідносин з чітко означеними статусними відмінностями, повномірно вкладаючи його в рамки цивільного чи господарського законодавства.

Література:

1. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show> (дата звернення 23.08.2020)
2. Безхлібна Н. Медіація: європейський досвід і українські реалії. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/mediaciya-evropeyskiy-dosvid-i-ukrayinski-realiyi.html> (дата звернення 23.08.2020)
3. Терсіна О. Яка альтернатива суду в корпоративних спорах? URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/yaka-alternativa-sudu-v-korporativnih-sporah-.html> (дата звернення 23.08.2020)
4. Ерік М. Рунессон, Марі-Лоранс Гі. Медіація конфліктів і спорів у галузі корпоративного управління. Всесвітній форум з питань корпоративного управління. Фокус 4. 2007. 72 с.
5. Гайденко-Шер Н. И. Обязательная медиация: опыт Канады. Третейский суд. 2012. № 1. С. 156-165.
6. Директива Європейського парламенту та Ради щодо деяких аспектів посередництва (медіації) у цивільних та комерційних справах від 21.05.2008 р. № 2008/52/ЄС. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a95#Text (дата звернення 23.08.2020)
7. Report from the commission to the European Parliament, the Council And the European economic and Social committee(on the application of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0542&from=EN> (дата звернення 23.08.2020)
8. Tampere European Council 15 and 16 October 1999 : Presidency Conclusions. URL : https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm#a (дата звернення 23.08.2020)
9. Бучко В. Б. Доцільність та перспективи запровадження медіації в цивільному та господарському процесі України. - [Електронний ресурс]. URL : <https://www.legalactivity.com.ua/index.php> (дата звернення 23.08.2020)
11. Конвенція ООН «Про міжнародні угоди за результатами медіації» (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation). URL : https://www.asterslaw.com/ua/press_center/publications/singapore_convention_as_a_new_tool_in_international_trade/ (дата звернення 23.08.2020)
12. Україна підписала Сінгапурську Конвенцію, що спрощує виконання міжнародних угод, укладених за результатами медіації. URL: <https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/ukrayina-pidpisala-singapursku-konvenciyu-shcho-sproshchue-vikonannya-mizhnarodnih-ugod-ukladenih-za.html> (дата звернення 23.08.2020)
13. Йосипенко С. Медіація як спосіб вирішення корпоративних спорів. *Юридичні науки*. 2 (107). 2018. С. 35 - 39.

Reference:

1. The Verkhovna Rada of Ukraine (1992), The Law of Ukraine “About Constitution of Ukraine”, Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 1996. № 30. St. 141. 2. Bezkhlibna, N. «Mediation: European experience and Ukrainian realities». available at: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/mediaciya-evropeyskiy-dosvid-i-ukrayinski>

- realiyi.html (Accessed 23 August 2020) 3. Tersina, O. "What is the alternative to court in corporate disputes?". Available at: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/yaka-alternativa-sudu-v-korporativnih-sporah-.html> (Accessed 23 August 2020)
8. 4. Runesson, Eric M. and Guy, Marie-Lawrence (2007). Mediation of conflicts and disputes in the field of corporate governance. World Corporate Forum management. Focus, USA.
9. 5. Haidenko-Sher, N. Y. (2012) "Mandatory mediation: the Canadian experience" Arbitration Court. Vol. 1. pp. 156-165.
10. 6. Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters of 21.05.2008 № 2008/52 / EC. Available at: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a95 (Accessed 23 August 2020)
8. Report from the commission to the European Parliament, the Council and the European economic and Social committee (on the application of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0542&from=EN>. (Accessed 23 August 2020)
9. Tampere European Council 15 and 16 October 1999 : Presidency Conclusions. Available at: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_enhtm#a (Accessed 23 August 2020)
10. Buchko, V. B. "Expediency and prospects of introduction of mediation in civil and economic process of Ukraine". Available at: <https://www.legalactivity.com.ua/index.php?> (Accessed 23 August 2020)
11. Convention OON «United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation. Available at : https://www.asterslaw.com/ua/press_center/publications/singapore_convention_as_a_new_tool_in_international_trade (Accessed 23 August 2020)
12. Ukraine has signed the Singapore Convention, which simplifies the implementation of international agreements concluded as a result of mediation. Available at: <https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/ukrayina-pidpisala-singapursku-konvenciyu-shcho-sproshchue-vikonannya-mizhnarodnih-ugod-ukladenih-za.html> (Accessed 23 August 2020)
13. Yosypenko. S. (2018) Mediatsiia yak sposib vyrishennia korporatyvnykh sporiv. Legal sciences. Vol. 2 (107). pp. 35-39.

Стаття надійшла до друку 26.08.2020 року

ОСОБЛИВОСТІ РЕГУЛЮВАННЯ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ ОРГАНІВ: ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Корольова В.В.

*к.ю.н., доцент, доцент кафедри державно-правових дисциплін,
ВНЗ «Університет економіки і права «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна,
тел. (044) 455-57-12, e-mail.:ViktoriyaV:@krok.edu.ua,
ORCID: 0000-0003-2998-6144*

Яценко Ю.М.

*здобувач ступеня вищої освіти “магістр”,
ВНЗ «Університет економіки і права «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна,
тел. (063) 319-29-91, e-mail.: yl.mhlyn@gmail.com,
ORCID: 0000-0001-8088-8297*

FEATURES OF REGULATION OF ORGAN TRANSPLANTATION: LEGAL ASPECT

Koroleva V.

*Ph.D. in Law, Associate Professor, Department of State and Legal Disciplines,
«KROK» University, Kyiv, st. Tabirna, 30-32, 03113, Ukraine,
tel.: (044) 455-57-12, e-mail.:ViktoriyaV:@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0003-2998-6144*

Yashchenko Y.

*Graduate Student,
“KROK” University, Kyiv, Tabirna str., 30-32, 03113, Ukraine,
tel. (063) 319-29-91, e-mail.: yl.mhlyn@gmail.com,
ORCID: 0000-0001-8088-8297*

Анотація. У статті авторами розглянуто основні положення щодо забезпечення права людини і громадянина на трансплантацію органів. Розглянуто стан законодавчого регулювання трансплантації органів. Досліджено поняття “живий та померлий донор” та окремі групи кримінально карних діянь щодо трансплантації органів. Звернено увагу на те, що формування й розробка заходів запобігання та протидії злочинам, пов’язаним із незаконною трансплантацією, не можлива без аналізу основних детермінант злочинності у сфері трансплантації анатомічних матеріалів людини, оскільки вона є сферою суто медичної діяльності. Проте, неможливо обійти й проблеми правового регулювання. Варто зауважити, що актуальність і своєчасність даної проблематики полягає в тому, що в наш час трансплантація органів є найбільш ефективним способом лікування певних захворювань на їх кінцевій стадії, таких як ниркова недостатність, і є єдиним методом лікування у разі порушення функціонування таких органів, як серце, печінка та легені. Тому суспільство усвідомило важливість трансплантації як методу лікування й порятунку людських життів і переходить від надмірної критики до ретельного філософсько-правового аналізу, пошуку оптимального розв’язання проблем, які існують у сфері трансплантології. Але разом з цим усвідомленням зростає і кількість злочинів у цій сфері. Встановлено, що система заходів запобігання та протидії злочинам, пов’язаним з незаконною трансплантацією, являє собою комплекс заходів щодо визначення причин і умов, які сприяють вчиненню злочину, та відповідні профілактичні заходи щодо їх попередження. На основі дослідження було виокремлено заходи загальносоціального призначення і спеціально-кримінологічні. Здійснено спробу дати порівняльно-правовий аналіз стану дотримання та забезпечення права на трансплантацію людських органів на базі зазначених вище країн.

Ключові слова: права людини, право людини на здоров’я, трансплантація органів, донор.
Формул: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл: 12

Annotation. In the article the authors consider the main provisions for ensuring the right of man and citizen to organ transplantation. The state of legislative regulation of organ transplantation is considered. The concept of "living and dead donor" and certain groups of criminally related acts of organ transplantation are studied. Attention is drawn

to the fact that the formation and development of measures to prevent and combat crimes related to illegal transplantation is impossible without analyzing the main determinants of crime in the field of transplantation of human anatomical materials, as it is a purely medical activity, but it is impossible to circumvent legal regulation. It should be noted that the relevance and timeliness of this issue is related to the fact that nowadays organ transplantation is the most effective way to treat certain diseases in their final stage, such as renal failure, and is the only method of treatment in case of dysfunction of organs such as the heart, liver and lungs. Therefore, society has realized the importance of transplantation as a method of treatment and saving lives and is moving from excessive criticism to careful philosophical and legal analysis, finding the optimal solution to the problems that exist in the field of transplantation. But along with this awareness, the number of crimes in this area has increased. It is established that the system of measures to prevent and counteract crimes related to illegal transplantation is a set of coordinated actions to determine the causes and conditions that contribute to the commission of a crime, and appropriate preventive measures to prevent them. On the basis of the research, general social and special criminological measures were distinguished. An attempt is made to give a comparative legal analysis of the state of compliance and ensuring the right to transplant human organs on the basis of the above countries.

Keywords: human rights, human right to health, organ transplantation, donor.

Formulas: 0, *fig.:* 0, *tabl.:* 0, *bibl.:* 12

Постановка проблеми.

Трансплантологія врятувала тисячі життів і є стандартним методом лікування низки патологій, а іноді є останнім шансом на порятунок людських життів. Беручи це до уваги, трансплантологію можна назвати феноменом ХХ століття. Тому своїми методами закон повинен сприяти прогресу трансплантології як перспективного та ефективного лікування. Однак, з погляду загальної системи цінностей, яка панує в сучасному суспільстві, закон повинен відповідати етичним вимогам. Це означає, що покращення рівня життя одних людей не повинно погіршувати рівень життя й здоров'я інших. Стаття 3 Конституції України проголошує, що життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність та безпека людини є найвищими цінностями. Закріплені на конституційному рівні соціальні пріоритети є вкрай важливими на сьогоднішній день, а тому існує необхідність створення передумов для вирішення складних, як правових, так і морально-етичних питань, пов'язаних з гарантіями дотримання основних прав та свобод людини, у тому числі питань, пов'язаних із трансплантацією органів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Загалом особливості правового регулювання трансплантації органів досить ґрунтовно висвітлені в науковій літературі. Зокрема, правовому регулюванню трансплантації присвячені праці відомих науковців: Анікіної Г. В., Жалинської А. А., Малєїна М. Н., Мусієнка А. В., Саєнка В. Ф., Мазур Н. А. та багатьох інших. Окремі аспекти такого

явища, як незаконна трасплантація, розглянуто у працях таких дослідників, як: Андрейців І., Барсученко Ю. О., Льющенко К. О., Потапенко С. В., Зорін В. М., Неволін Н. І., Десятникова І. В., Корчинський В. М. й ін.

Формулювання цілей статті.

Метою даної статті є аналіз законодавства у сфері трансплантації органів.

Виклад основного матеріалу дослідження. Трансплантація органів є досить дискусійним питанням протягом багатьох років як в Україні, так і в усьому світі, адже трансплантація є вагомим показником розвитку медицини у країні. Це питання розглядається у площині правового регулювання, розвитку медичної науки, етичної думки та має свої невирішені проблеми як у законодавствах окремих країн, так і у світовій системі загалом.

Стаття 49 Конституції України гарантує кожному право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування [1]. Ще до прийняття Конституції України в положеннях ЗУ "Основи законодавства України про охорону здоров'я" від 19 листопада 1992 р. було врегульовано не лише питання щодо трансплантації органів, а й можливість особи надавати згоду на донорство після її смерті. Так, до внесення змін до статті 47 Закону дана стаття регламентувала питання трансплантації органів від донора до реципієнта [2]. Особі надавалося право надавати згоду на втручання до її тіла після смерті, а також гарантувалося її

право на недоторканість у разі відсутності такої згоди [2, ст. 47].

Прийнятий у 1999 році Закон України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» [3] не відповідав європейським стандартам і практично блокував розвиток донорства в Україні.

Право на трансплантацію органів деякою мірою регулюється статтями ЦК України. Так, на законодавчому рівні дістали своє закріплення такі права людини, як: право на охорону здоров'я (ст. 283), право на медичну допомогу (ст. 284), право на особисту недоторканість (ст. 289), право на донорство (ст. 290) [4].

Постановою Кабінету Міністрів України від 8.10.2008 р. була затверджена Державна цільова соціальна програма «Трансплантація» на період до 2012 р., якою було визначено встановлення контролю за діяльністю, пов'язаною з трансплантацією, та яка вказувала на потребу вдосконалення законодавчих засад у сфері трансплантології органів [5].

Наразі в Україні питання трансплантації регулюється Законом України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 17.05.2018 р. [6].

У пояснювальній записці до Закону зазначається необхідність внесення змін до чинного законодавства, яка зумовлена прагненням до забезпечення реалізації конституційного і природного права людини на життя та охорону здоров'я. Також зазначалося, що успішний досвід проведення трансплантацій у прогресивних країнах світу, зростання кількості хворих, для яких пересадка органів є єдиним способом урятувати життя, спонукають привести законодавство у цій сфері у відповідність до стандартів ХХІ ст. [7].

До прийняття Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 17.05.2018 р. у Верховній Раді України паралельно було зареєстровано два законопроекти, що вносили зміни до Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» [3].

Перший проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо охорони здоров'я та трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людині» № 2386-а був внесений 16 липня 2015 року. Ключовою ідеєю законопроекту, порівняно з чинним законодавством, була зміна концепції надання згоди з «презумпції незгоди» на «презумпцію згоди», тобто донором органів й інших анатомічних матеріалів була кожна померла особа, яка за життя не внесла заяву про заборону вилучати її органи після смерті [8, с. 17].

Однак, цей законопроект зазнав критики з боку противників нової концепції, що аргументували свою позицію порушенням права особи на цілісність та недоторканість тіла, а також недотримання пріоритету прав особи над потребами й інтересами суспільства. Крім того, наголошувалося на зростанні ризику криміналізації цієї галузі медицини (небезпеці торгівлі людськими органами). Стверджувалося, що ця концепція є істотним порушенням права людини (донора), яка ще за життя повинна була вирішити питання про можливість використання власних органів чи тканин після своєї смерті. Після палких дискусій було вирішено, що український суспільний простір не готовий до таких змін, незважаючи навіть на те, що зміна концепції істотно вплинула б на вирішення питання з дефіцитом донорських органів. Саме тому було внесено другий проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо охорони здоров'я та трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людині» від 4 серпня 2015 року № 2386а-1 [9], який 17 травня 2018 року було ухвалено Верховною Радою України й підписано Президентом. Новий Закон України набрав чинності 1 січня 2019 року і вніс цілу низку змін до законодавства у сфері трансплантології.

Сучасне міжнародно-правове закріплення права на особисту недоторканність відбулося у 1948 році, коли Генеральна Асамблея Організації

Об'єднаних Націй прийняла Загальну декларацію прав людини [10], де у статті 3 зазначалося: «Кожна людина має право на життя, свободу та особисту недоторканність».

Положення Європейської хартії прав пацієнтів засвідчують те, що «Пацієнт має право відмовитись від лікування або проведення будь-якої процедури та змінити своє першочергове рішення в процесі лікування, відмовившись від продовження лікування...[і] право на свободу вибору між різними медичними процедурами та установами (спеціалістами) на основі адекватної інформації» [11].

Декларація про політику в сфері забезпечення прав пацієнта у Європі закріпила положення: «Інформована згода пацієнта є попередньою умовою будь-якого медичного втручання, пацієнт має право відмовитись від медичного втручання або призупинити його проведення» (ст. 3, ч.1, 2) [11].

Важливу роль у сфері донорства та трансплантації відіграють документи, прийняті Всесвітньою організацією охорони здоров'я (ВООЗ). Так, Всесвітня асамблея охорони здоров'я вперше висловила стурбованість стосовно комерційної діяльності торгівлі органами і необхідністю створення глобальних стандартів для трансплантації. Окрім того, у 1987 році Всесвітня асамблея охорони здоров'я підтвердила, що торгівля людськими органами серед живих людей з метою отримання прибутку суперечить найголовнішим людським цінностям [11]. Керівними принципами, що впливають зі змісту документів, які були прийняті ВООЗ, є піклування про життя та здоров'я донора й реципієнта, забезпечення однакових правил для вилучення клітин, тканин та органів у донорів і подальшої їх трансплантації реципієнтам, попередження торгівлі органами. Основоположні принципи покликані забезпечити організований, етично допустимий та прийнятний порядок регулювання таких акцій, як придбання і трансплантація людських органів з лікувальною метою.

Як уже було зазначено, новий Закон України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 17.05.2018 р. вніс зміни до деяких нормативних актів.

Так, до Основ законодавства України про охорону здоров'я (ст. 52) дається визначення поняття «момент незворотної смерті», «смерть мозку», «біологічна смерть», визначається порядок констатації смерті мозку людини [2].

До Кримінального кодексу України (ст. 142-144): у ст. 143 КК України змінена диспозиція статті й термін «трансплантація органів або тканин» замінено на новий – «трансплантація анатомічних матеріалів людині». Санкції статей 142–144 КК України також зазнали змін і стали більш суворими з метою запобігання нелегальній трансплантації та торгівлі органами (або їх частинами) [12].

Таким чином, новим Законом про трансплантацію здійснено вдосконалення термінологічного апарату, зокрема шляхом уведення нових термінів (ауто трансплантація, гемопоетичні стовбурові клітини, донор-труп, живий донор, імплантація, імунологічна сумісність, ксеноімпланти, потенційний донор й ін.) і внесенням змін до існуючих термінів (трансплантація, анатомічні матеріали, реципієнт, фетальні матеріали людини, померла особа). Було введено нові категорії правовідносин, а саме «перехресне донорство», тобто обмін живими імунологічно сумісними донорами між реципієнтами. Рішення про перехресне донорство ухвалює консиліум лікарів у разі неможливості застосування трансплантації реципієнту (особі, яка потребує медичної допомоги шляхом трансплантації) від живого донора з числа його близьких родичів або членів сім'ї (наприклад, через імунологічну несумісність). Запровадження посади трансплант-координатора, який стає основною фігурою в системі трансплантації. Трансплант-координатор повинен мати вищу освіту не нижче другого (магістерського) рівня у галузі охорони здоров'я, бути працівником закладу охорони здоров'я, який матиме

право здійснювати трансплантаційну діяльність. Координаційний центр трансплантації органів, тканин і клітин Міністерства охорони здоров'я України, що здійснював управлінську діяльність, пов'язану з трансплантацією, був замінений новим – центральним органом виконавчої влади, який забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я. Новим Законом передбачається створення та наповнення Єдиної державної інформаційної системи трансплантації, що призначена для збирання, реєстрації, накопичення, зберігання, обробки інформації та здійснення автоматизованого об'єктивного і неупередженого розподілу анатомічних матеріалів людини, визначення пари «донор – реципієнт». Тендер на розроблення програмного забезпечення для створення бази даних був оголошений у листопаді 2018 року. Розробка поки що не розпочата. Закон встановлює, що інформація, внесена до ЄДІСТ, повинна зберігатися на державних інформаційних ресурсах. Ці дані будуть систематизовані

за допомогою цілої низки реєстрів: 1) реєстру анатомічних матеріалів людини, призначених для трансплантації; 2) реєстру живих донорів; 3) реєстру реципієнтів, інформацію про волевиявлення особи про надання згоди або незгоди на посмертне донорство тощо. Не менш інноваційним стало наділення закладів охорони здоров'я та наукових установ усіх форм власності правом на здійснення діяльності з трансплантації, оскільки в попередньому Законі такі дії могли здійснювати лише державні й комунальні заклади охорони здоров'я [6].

Висновки. Отже, незважаючи на те, що з 1 січня 2019 року було введено в дію Закон України "Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині" від 17 травня 2018 року N 2427-VIII (далі - Закон N 2427), яким визначено нову систему правовідносин у сфері трансплантації та пов'язаної з нею діяльності, на сьогодні є ще багато проблем у реалізації положень даного Закону.

Література:

1. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. №30. Ст. 141.
2. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.
3. Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини: Закон України від 16.07.1999 р. *Голос України*. 17.08.1999 р.
4. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №40. Ст. 356.
5. Про затвердження Державної цільової соціальної програми «Трансплантація» на період до 2012 року: постанова Кабінету Міністрів України від 08.10.2008 р. № 894. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/894-2008-%D0%BF>.
6. Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині : Закон України від 17.05.2018 р. № 2427-VIII. *Голос України*, 2018. № 115.
7. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56231 (дата звернення 11.08.2020)
8. Бабич О. Трансплантація: правове регулювання та механізми реалізації в Україні. *Юридична газета. Медичне право. Фармацевтика*. 2017. № 6 (556). С. 16–18.
9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо охорони здоров'я та трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людині: проект Закону України № 2386а-1 від 04.08.2015 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56231 (дата звернення 11.08.2020)
10. Загальна декларація прав людини URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення 11.08.2020)
11. Офіційний сайт Всесвітньої організації охорони здоров'я. URL: <https://www.who.int/transplantation/who/en> (дата звернення 11.08.2020)
12. Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*: від 05.04.2001 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення 11.08.2020)

Reference:

1. The Verkhovna Rada of Ukraine (1996), The Law of Ukraine "About Constitution of Ukraine", Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 1996. № 30. St. 141.

2. The Verkhovna Rada of Ukraine (1992), The Law of Ukraine “Fundamentals of the legislation of Ukraine on health care”, Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, vol. 4, art. 19.
3. The Verkhovna Rada of Ukraine (1999), The Law of Ukraine “On transplantation of organs and other human anatomical materials”, Voice of Ukraine. 1999.
4. The Verkhovna Rada of Ukraine (2003), Civil code of Ukraine, Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, vol. 40-44.
5. Cabinet of Ministers of Ukraine (2008), Resolution “On approval of the State target social program "Transplantation" for the period up to 2012”, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/894-2008-%D0%BF> (Accessed 11 August 2020)
6. The Verkhovna Rada of Ukraine (2018), The Law of Ukraine “On the application of transplantation of anatomical materials to humans”, Voice of Ukraine. 2018.
7. Official site of the Verkhovna Rada of Ukraine, available at: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56231 (Accessed 11 August 2020)
8. Babich O. (2017), “Transplantation: legal regulation and implementation mechanisms in Ukraine”, Urydychna gazeta. Medychne pravo. Farmazevtyka, vol. 6 (556), pp.16-18.
9. The Verkhovna Rada of Ukraine (2015), Project The Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Concerning Health Care and Transplantation of Organs and Other Human Anatomical Materials”, available at: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56231 (Accessed 11 August 2020)
10. Universal Declaration of Human Rights, available at: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (Accessed 11 August 2020)
11. Official site of the World Health Organization, available at: <https://www.who.int/transplantation/who/en/> (Accessed 11 August 2020)
12. The Verkhovna Rada of Ukraine (2001), Criminal codex of Ukraine, available at: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (Accessed 11 August 2020)

Стаття надійшла до друку 16.08.2020 року

УДК 346.9

ФОРМИ ТА СПОСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Олійник О. Б.

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри державно-правових дисциплін,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», вул. Табірна, 30-32, 03113, м. Київ, Україна
тел.: (050) -55-956-12, e-mail: OliynikOB@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0003-4941-8785

Птушкіна К. В.

здобувач вищої освіти ступеня «магістр»,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна
тел. +38(093) 060-60-60, e-mail: ptushka_ka@ukr.net
ORCID: 0000-0001-5704-4934

FORMS AND METHODS OF PROTECTION OF THE RIGHTS OF BUSINESS ENTITIES

Olijnyk O.

Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of State and Legal Disciplines,
“KROK” University, st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine
tel.: (050) -55-956-12, e-mail: OliynikOB@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0003-4941-8785

Ptushkina K.

Master's Degree Student,
“KROK” University, st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine
tel.: (093) 060-60-60, e-mail: ptushka_ka@ukr.net
ORCID: 0000-0001-5704-4934

Анотація. У роботі досліджуються поняття та система способів захисту прав суб'єктів господарювання. Під способами захисту прав суб'єктів господарювання запропоновано розуміти сукупність передбачених законом, договором або таких, що не суперечать принципу верховенства права, діянь уповноважених державних органів або суб'єктів господарювання, за допомогою яких може бути досягнуто припинення, запобігання, усунення порушень прав, відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав, відшкодування збитків та здійснено вплив на правопорушника. Визначено розуміння ефективного способу захисту як такого, що: відповідає обставинам справи і характеру порушення; забезпечує реальний захист (відновлення попереднього становища, визнання права, компенсацію збитків, повернення майна тощо) прав та законних інтересів суб'єктів господарювання; відновлює баланс інтересів у взаємовідносинах сторін; встановлює баланс приватних і публічних інтересів. Запропоновано систему критеріїв-умов для обрання належного та ефективного способу захисту прав суб'єктів господарювання, які зазвичай становлять: 1) відповідність способу захисту змісту порушеного права, характеру його порушення і наслідкам, спричиненим цим порушенням; 2) відповідність законодавству, договору, принципам права та призначенню судового захисту; 3) доцільність і ефективність; 4) адекватність (співрозмірність, еквівалентність) стосовно правопорушення; 5) наявність механізму реалізації (виконання); 6) недопущення порушення прав та інтересів інших суб'єктів. Обґрунтовано необхідність під час позовного провадження визначати часові межі для встановлення неналежності й неефективності обраного позивачем способу захисту та момент ухвалення рішення судом про застосування іншого способу захисту – до закінчення підготовчого засідання, а у справі, що розглядається за правилами спрощеного позовного провадження, – не пізніше ніж за п'ять днів до початку першого судового засідання у справі; такий висновок пов'язується з неможливістю позивача після цього терміну подавати заяви щодо зміни предмета або підстави позову та/або докази на підтвердження належності новообраного способу захисту.

Ключові слова: суб'єкт господарювання, способи захисту, захист прав, принципи, критерії.

Формул: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл.: 10.

Annotation. *The thesis studies the concept and system of methods of protection of the rights of business entities. Under the methods of protecting the rights of business entities it is suggested to understand the totality provided for by law, contract or those that do not contradict the principle of the rule of law, actions which are applied by authorized state authorities or business entities themselves, through which termination can be achieved, prevention, elimination of violations of rights, restoration (recognition) of violated (disputed) rights, compensation of damages and influence on the offender. The understanding of an effective method of protection is defined as such that: corresponds to the circumstances of the case and the nature of the violation; provides real protection (restoration of the previous provision, recognition of rights, compensation for damages, return of property) of the rights and legitimate interests of business entities; restores the balance of interests in the relationship of the parties; establishes a balance of private and public interests. A system of criteria-conditions for electing an appropriate and effective method of protecting the rights of business entities is proposed: 1) the compliance of the method of protecting the content of the violated right, the nature of its violation and the consequences caused by this violation; 2) compliance with the law, the contract, the principles of law and the purpose of judicial protection; 3) expediency and efficiency; 4) adequacy (proportionality, equivalence) in relation to the offense; 5) availability of the implementation mechanism (execution); 6) prevention of violation of rights and interests of other entities. The necessity to determine the time limits for determining the insignificant caned in effectiveness of the method of protection chosen by the plaintiff and the moment when the court makes a decision on applying another method of protection – before the end of the preparatory meeting, and in the case under consideration under the rules of simplified law suit – is substantiated at least five days before the start of the first court session of the case; such a conclusion is associated with the impossibility of the plaintiff, after this period, to submit applications for the modification of the subject of the claim and /or proof of membership of the new selected method of protection.*

Key words: *business entity, methods of protection, protection of rights, principles, criteria*
Formulas: 0, **fig.:** 0, **tabl.:** 0, **bibl.:** 10.

Постановка проблеми. Дану статтю присвячено ґрунтовному аналізу та дослідженню питання способів захисту прав суб'єктів господарювання. Проведено аналіз чинного законодавства, наукових робіт, які присвячені даній проблематиці. Обґрунтовано позицію щодо того, що на сучасному етапі розвитку української державності законодавство, яке регулює підприємницьку діяльність, ще недостатньо забезпечує поєднання свободи підприємництва і конкуренції з належним захистом прав суб'єктів підприємницької діяльності, що, у свою чергу, зумовлює необхідність звернення останніх до господарського суду за захистом своїх порушених або оспорюваних прав й охоронюваних законом інтересів, тому питання захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в господарському суді наразі є особливо актуальним і практично значущим.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливе місце у науковому світі займає дослідження проблем захисту прав суб'єктів господарювання. При аналізі наукової літератури можна зробити висновки, що питанням визначення способів захисту прав суб'єктів господарювання традиційно

відводиться значна увага. Науково-теоретичну основу дослідження становлять праці українських учених-юристів, таких як: Кучеренко А. В., Тимченко Г. П., Загнітко О. П., Шатерніков М. І., Зельдіна О. Р. та інші. Але, незважаючи на численні наукові дослідження, єдиної цілісної концепції забезпечення захисту учасників господарських правовідносин немає. Думки науковців з питань визначення способу захисту прав суб'єктів господарювання різняться, оскільки бачення кожного ґрунтується на власному науковому і практичному досвіді.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми. Дана стаття є комплексним дослідженням визначення способу захисту прав суб'єктів господарювання в контексті законодавчої бази та робіт науковців. Визначено поняття й ознаки захисту прав суб'єктів господарської діяльності. Досліджено способи та форми захисту прав суб'єктів господарської діяльності. Вивчено і розкрито поняття відповідальності при порушенні прав суб'єктів господарювання.

Формування цілей статті. Метою статті є дослідження застосування існуючих форм та способів захисту прав і

законних інтересів суб'єктів господарювання й обґрунтування пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства та їх ефективності.

Виклад основного матеріалу.

Захист прав і охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання має здійснюватися із застосуванням форм та засобів, визначених законодавством. Особливо це стосується сфери вирішення господарських спорів, яка може і повинна використовуватися не лише як фактор захисту цих осіб, а й як стимул для справедливого та ефективного вирішення спорів. Цьому розвитку перешкоджає дезорганізація законодавчих актів, неповнота і застарілість стандартів та невідповідність певних компонентів таким сучасним європейським характеристикам:

- доступ до правосуддя;
- інституційна незалежність;
- матеріальна та процесуальна неупередженість;
- розумні строки;
- справедливість та ефективність;
- розширення диспозитивних та змагальних принципів;
- активізація суб'єктів та зменшення судової діяльності.

Згідно з ч. 5 ст. 55 Конституції України у кожного є право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права та свободи від порушень і протиправних посягань. Тобто, кожна особа має право вільно обирати не заборонений законом засіб захисту прав та свобод [1]. Ст. 20 Господарського кодексу України зазначає, що кожний суб'єкт господарювання і споживач має право на захист своїх прав та законних інтересів [2]. При цьому в законодавстві зазначено, що суб'єкт господарювання може використовувати різні форми й засоби захисту своїх прав та законних інтересів.

У теорії права відсутня однозначність думок щодо видів форм захисту. Так, наприклад, А. В. Кучеренко виділяє досудову, позасудову, судову [3, с. 42]; Г. П. Тимченко називає судову, альтернативну, нотаріальну [4, с. 211—214]; О. П. Загнітко визначає досудову, позасудову, судову [5, с. 165].

Проте немає сумнівів, що форма та спосіб захисту є важливим елементом захисту прав суб'єктів господарювання. Права юридичних осіб можуть бути захищені через юрисдикційні й позаюрисдикційні форми. Юрисдикційний захист здійснюється відповідними державними та іншими органами. Позаюрисдикційні форми захисту полягають у застосуванні самими суб'єктами господарювання передбачених законодавством способів захисту своїх прав.

Важливою правовою гарантією є наявність ефективною, гармонізованою внутрішньою системи, методів і процесуальних засобів захисту порушених суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів, встановлення й підтримку яких слід вважати частиною обов'язку держави, захищати права суб'єктів господарювання і забезпечення верховенства права в галузі суспільного виробництва. Але проблема форм та взаємозв'язку захисту суб'єктивних прав – одна з найскладніших у теорії права, не вивчалася в юриспруденції в останні роки, і це є однією з причин труднощів, що супроводжують реформування українського судового та процесуального законодавства України.

Існує багато законодавчих актів, які захищають права суб'єктів господарювання. Однак це не означає, що останні можуть пасивно чекати відновлення порушених прав державою, у будь-якому випадку вони повинні активно боротися з порушеннями закону і вживати проти них дії та захищати свої права.

Главою 3 ЦК України визначені форми захисту цивільних прав та інтересів залежно від суб'єкта, який його здійснює: захист судом (ч. 1 ст. 16 ЦК), захист, що здійснюється Президентом України, органами державної влади, органами місцевого самоврядування (ст. 17 ЦК), захист цивільних прав нотаріусом (ст. 18 ЦК), самозахист (ст. 19 ЦК) [6]. Цей перелік не є повним, оскільки відповідно до ст. 3 Закону України від 11 травня 2004

р. «Про третейські суди» одним із завдань третейського суду є захист майнових і немайнових прав та охоронюваних законом інтересів сторін третейського розгляду шляхом всебічного розгляду й вирішення спорів відповідно до закону [7].

У Господарському кодексі немає норм, які б устанавлювали форми захисту прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання способами, передбаченими ст. 20 ГК. Частина 3 зазначеної статті містить відсилочну норму про те, що порядок захисту прав суб'єктів господарювання визначається цим Кодексом, іншими законами. Доволі часто в господарському законодавстві для позначення форми захисту вживаються словосполучення «у судовому порядку» та «у встановленому законом порядку». Загалом порядок захисту прав суб'єктів господарювання встановлений процесуальним законодавством України (Господарським процесуальним кодексом, Кодексом адміністративного судочинства, Цивільним процесуальним кодексом) та іншими актами законодавства, зокрема Законами України: «Про третейські суди», «Про міжнародний комерційний арбітраж», «Про захист економічної конкуренції» [8, с. 145].

Юрисдикційна форма захисту є зовнішнім виразом спрямованої на вирішення правового спору у встановленому законом порядку діяльності уповноважених органів (загальних судів, третейського суду (арбітражу), адміністративних органів), наділених правом винесення обов'язкового для сторін рішення.

Значення форм і способів захисту прав суб'єктів господарювання значно зростає у зв'язку із зростанням ролі засобів правового захисту в регулюванні сфери господарювання. Закріплені законодавством форми та способи захисту

прав суб'єктів господарювання слід розглядати як ефективний інструмент господарського механізму, що має значний вплив на ефективність господарської діяльності. Форми і способи захисту порушених прав суб'єктів господарювання стають усе більш важливими у зв'язку з оновленням господарського законодавства, дією Господарського кодексу України та трансформацією самих способів в умовах розвитку ринкової економіки.

Спосіб захисту прав втілює безпосередню мету, якої прагне досягти суб'єкт захисту, вважаючи, що таким чином буде припинене порушення (чи оспорювання) його прав, він компенсує витрати, які виникли у зв'язку з порушенням його прав, або в інший спосіб нівелює негативні наслідки порушення його прав [9, с. 49].

Відповідно до ст. 13 Конституції України держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності й господарювання. На виконання цієї вимоги згідно зі ст. 20 ГК України кожний суб'єкт господарювання та споживач має право на захист своїх прав і законних інтересів шляхами, визначеними нормами чинного законодавства.

Виходячи з вищевикладеного, можна зробити **висновок**, що захист прав та інтересів суб'єктів господарювання регулюється низкою матеріальних і процесуальних норм. Але чинне законодавство суперечливе й має суттєві недоліки, не маючи логічного, повного законодавчого забезпечення майже у всіх сферах господарської діяльності. Тому адекватний законодавчий захист прав та інтересів суб'єктів господарювання можливий з урахуванням інтегрованого підходу. Законодавчі реформи повинні мати позитивний вплив на модернізацію захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання.

Література:

1. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. Парламентське видавництво, 2006. 21 с.
2. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січ. 2003 р. № 436. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua> (дата звернення 30.09.2020)
3. Кучеренко А. В. Конституційне право людини та підприємництво. *Вісник Дніпропетровського університету ім. Альфреда Нобеля*. Серія: Юридичні науки. 2013. № 2 (5). С. 38-44.

4. Тимченко Г. П. Проблеми форм захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів. *Вісник господарського суду України*. 2002. № 1. С. 211-214.
5. Загнітко О. П. Захист прав та інтересів господарюючих суб'єктів у системі права України. *Вісник господарського судочинства*. 2001. № 4. С. 159-166.
6. Цивільний кодекс України: Закон України 16 січ. 2003. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua> (дата звернення 30.09.2020)
7. Про третейські суди : Закон України від 05 жовтня 2016. № 1701 – IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws> (дата звернення 30.09.2020)
8. Про судоустрій і статус суддів України : Закон України від 10 груд. 2020 р. № 1402 – VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua> (дата звернення 30.09.2020)
9. Шатерніков М. І. Поняття та місце господарських судів у національній судовій системі України. *Форум права*. 2016. № 3. С. 267-272.
10. Зельдіна О. Р. Судовий захист прав суб'єктів підприємництва: теоретичні та практичні аспекти : монографія. НАН України, Ін-т економіко-правових досліджень. Юрінком Інтер. 2015. 176 с.

Reference:

1. The Verkhovna Rada of Ukraine (1996), “Constitution of Ukraine”, *Parlaments'ke vydavnytstvo*.
2. The Verkhovna Rada of Ukraine (2003), The Law of Ukraine “Economic Code of Ukraine”, vol. 436, available at: <http://zakon1.rada.gov.ua> (Accessed 30 September 2020)
3. Kucherenko A.V. (2013), “Constitutional human rights and entrepreneurship”, *Visnyk Dnipropetrovs'koho universytetu im. Al'freda Nobelia. Seriia Yurydychni nauky*, vol. 2, no. 5, pp. 38—44.
4. Timchenko G.P. (2002), “Problems of forms of protection of civil rights and legally protected interests”, *Visnyk hospodars'koho sudu Ukrainy*, vol. 1, pp. 211—214.
5. Zagnitko O.P. (2001), “Protection of the rights and interests of economic entities in the legal system of Ukraine”, *Visnyk hospodars'koho sudochynstva*, vol. 4, pp. 159—166.
6. The Verkhovna Rada of Ukraine (2003), The Law of Ukraine “Civil Code of Ukraine”, vol. 435-IV, available at: <https://zakon.rada.gov.ua> (Accessed 30 September 2020)
7. The Verkhovna Rada of Ukraine (2016), The Law of Ukraine “About arbitration courts”, vol. 1701 – IV, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws> (Accessed 30 September 2020)
8. The Verkhovna Rada of Ukraine (2020), The Law of Ukraine “On the judiciary and the status of judges of Ukraine”, vol. 1402 – VIII, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/> (Accessed 30 September 2020)
9. Shaternikov M.I. (2016), “The concept and place of economic courts in the national judicial system of Ukraine”, *Forum prava*, vol. 3, pp. 267—272
10. Zeldina O.R. (2015), *Sudovyy zakhyst prav sub'iektiv pidpriemnytstva: teoretychni ta praktychni aspekty* [Judicial protection of the rights of business entities: theoretical and practical aspects], Yurinkom Inter, Kyiv, Ukraine.

Стаття надійшла до друку 01 жовтня 2020 року

УДК 346:334.012.42

ПРАВОВА НЕУЗГОДЖЕНІСТЬ ДЕФІНІЦІЙ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ З УРАХУВАННЯМ СУЧАСНИХ МЕТОДІВ ВЕДЕННЯ БІЗНЕСУ

Скоморовський В.Б.

доктор юридичних наук, професор,
ВНЗ “Університет економіки та права “КРОК”, м. Київ,
вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна
тел. (044)–45–569-85, e-mail: Vskomor@ukr.net
[ORCID: 0000-0002-1020-2322](https://orcid.org/0000-0002-1020-2322)

Радомська Т.В.

здобувач ступеня вищої освіти “магістр”,
ВНЗ “Університет економіки та права “КРОК”, м. Київ,
вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна
тел. 068-213-27-67, e-mail: eu.ua.consult@gmail.com
[ORCID: 0000-0002-1116-0531](https://orcid.org/0000-0002-1116-0531)

LEGAL INCOMPATIBILITY OF DEFINITIONS OF THE CONCEPT OF FOREIGN ECONOMIC ACTIVITY TAKING INTO ACCOUNT MODERN METHODS OF DOING BUSINESS

Skomorovski V.

Doctor of Law Sciences, Professor “KROK” University, st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine
tel.: (044)–45–569-85, e-mail: Vskomor@ukr.net
[ORCID: 0000-0002-1020-2322](https://orcid.org/0000-0002-1020-2322)

Radomska T.

Master’s Degree Student “KROK” University, Kyiv, st. Tabirna, 30-32, 03113, Ukraine
tel.: 068-213-27-67, e-mail: eu.ua.consult@gmail.com
[ORCID: 0000-0002-1116-0531](https://orcid.org/0000-0002-1116-0531)

Анотація. У статті розглянуто теоретичні та законодавчі аспекти визначення поняття “зовнішньоекономічна діяльність”. Проаналізовано визначення даного терміна в національному законодавстві через призму сучасних методів ведення зовнішньоекономічної діяльності. Сформульовано пропозиції з удосконалення нормативної дефініції щодо зовнішньоекономічної діяльності у вітчизняному законодавстві. Проблема, що досліджується, полягає у певній невідповідності щодо визначення та використання терміна “зовнішньоекономічна діяльність” в основних нормативних актах. Відсутність єдиної правової бази для визначення даного терміна спричиняє проблеми у правовій діяльності. Правильне формулювання даного поняття повинно враховувати загальні принципи правового регулювання зовнішньоекономічної діяльності, міжнародну практику та обов’язково сучасні тенденції даного виду діяльності. У сучасних умовах ведення бізнесу, пов’язаних із пандемією COVID-19, у світі отримала поштовх у своєму активному розвитку електронна комерція, тобто торгівля із застосуванням інформаційно-телекомунікаційної системи (Інтернет). Це призвело до переорієнтації підходів у веденні зовнішньоекономічної діяльності, в тому числі з боку українських суб’єктів господарської діяльності. Враховуючи розвиток електронної комерції на сучасному етапі, даний процес необхідно передбачати при класифікації зовнішньоекономічної діяльності як виду діяльності у випадку, коли єдиним місцем ділових контактів одного або обох контрагентів є Інтернет, а підприємства працюють у різних країнах без перетину митного кордону. Крім того, необхідно визначити, що при здійсненні даної господарської діяльності через Інтернет при наявності хоча б одного іноземного елемента укладається зовнішньоекономічний електронний договір. Це особливо важливо в рамках процесу імплементації українського законодавства до європейського, який зараз триває в нашій країні. Чітке визначення цього терміна в законодавстві є основою для правильного правозастосування та уникнення неправильного тлумачення.

Ключові слова: зовнішньоекономічна діяльність, електронна комерція, іноземний елемент, перетинання митного кордону, електронний зовнішньоекономічний договір.

Формула: 0, рис.:0, табл.:0, бібл.:10.

Annotation. In this article are considered the theoretical and legislative aspects of the definition of the term “foreign economic activity”. The analysis of the definition of this term in the national legislation through the prism of modern methods of foreign economic activity was made. Proposals are formulated to improve the normative definition of foreign economic activity in the domestic legislation. The conclusions are that there is a certain inconsistency in the Ukrainian legislation regarding the use of the term “foreign economic activity” in the main normative acts. The lack of a single legal basis for determining of this term causes problems in law enforcement. The correct formulation of this concept should take into account the general principles of legal regulation of this activity, international practice and necessarily modern trends. In the current context of doing business related to the COVID-19 pandemic, e-commerce as the trade with the use of Internet has received a boost in its active development in the world. This has led to a reorientation of approaches in conducting of foreign economic activity including of the Ukrainian entrepreneurs. The development of e-commerce must be taken into account when classify foreign economic activity as a type of activity, provided that the only place of business contacts of one or both counterparties is the Internet and businesses operate in different countries without crossing the customs border. In addition, it is necessary to determine that when carrying out this activity via the Internet in the presence of at least one foreign element, a foreign economic contract is concluded. This is especially important in the framework of the process of the implementation of the Ukrainian legislation to the European, which is currently underway in our country. Clear definition of the term in the legislation is the basis for correct law enforcement and avoidance of misinterpretation.

Keywords: foreign economic activity, e-commerce, foreign element, crossing the customs border, foreign electronic contract.

Formulas: 0; fig.: 0; tabl: 0; bibl.: 10.

Постановка проблеми. Здійснення зовнішньоекономічної діяльності суб'єктами господарювання є важливою умовою розвитку економіки будь-якої країни. Особливо це важливо в сучасних умовах світової глобалізації. А для України це ще має важливе значення з урахуванням процесу євроінтеграції до Європейського Союзу, що досі триває. І одним із важливих чинників, на який необхідно звернути увагу для забезпечення ефективності зовнішньоекономічної діяльності, є належне унормування даного виду діяльності та наявна узгодженість між основоположними нормативно-правовими актами. Зокрема, для запобігання розбіжностей у тлумаченні й однозначного застосування того чи того терміна необхідно єдине чітке його визначення та використання у всіх нормативно-правових актах, які регулюють зовнішньоекономічну діяльність [7].

Науковці вважають, що повинна бути єдність юридичної термінології в нормативних документах певного поняття. Тому закони, які приймаються, мають термінологічно стикуватися між собою й містити бездоганні, єдині, наскрізні для всієї галузі законодавства дефініції [8].

Це однозначно стосується сучасного українського законодавства у сфері зовнішньоекономічної діяльності. На жаль, дане питання містить низку недоліків. Зокрема, мова йде стосовно визначення та застосування поняття “зовнішньоекономічна діяльність” в різних законодавчих та нормативно-правових актах. Дослідження однозначного визначення даного терміна є важливим для забезпечення належного юридичного оформлення у стосунках між суб'єктами господарювання з метою належного правозастосування.

Аналіз досліджень і публікацій. Проблемам визначення поняття зовнішньоекономічної діяльності приділялося й приділяється багато уваги з боку вчених. Так, зверталися до цього питання у своїх наукових працях О. Ф. Скакун, О. Беляневич, Т. Зінчук, А. Бобкова, Д. Задихайло, О. Вінник, В. Щербина та ін. [9]. За останні роки наявність розбіжності щодо тлумачення поняття зовнішньоекономічної діяльності в нормативно-правових вітчизняних документах вивчали у своїх працях В. Мілаш, А. Завгородній [9; 10]. Усі зазначені вище науковці досить детально дослідили й аргументували необхідність визначення чіткого поняття

“зовнішньоекономічна діяльність” та застосування його в усіх законодавчих актах, що регулюють дану сферу.

Не вирішенні раніше частини загальної проблеми. Неузгодженість щодо однозначного визначення поняття зовнішньоекономічної діяльності досі спостерігається в основних нормативно-правових документах даної сфери діяльності вітчизняних суб'єктів господарювання. Як зазначають учені, одним із головних завдань удосконалення юридичних термінів в Україні є приведення їх у відповідність з термінологією європейського і міжнародного права [8].

З моменту останнього звернення до наявності даної неузгодженості в наукових працях у 2019 році під впливом сучасних проблем ведення бізнесу в умовах пандемії отримала значний поштовх у своєму розвитку електронна комерція як один із видів міжнародної торгівлі між суб'єктами господарювання з різних країн.

Формулювання цілей статті. У даній роботі досліджуються теоретичні й законодавчі аспекти визначення поняття “зовнішньоекономічна діяльність” та з'ясовується, чи може електронна комерція бути одним із видів зовнішньоекономічної діяльності.

Виклад основного матеріалу дослідження. Для сфери господарсько-правового регулювання зовнішньоекономічних відносин базовим є термін “зовнішньоекономічна діяльність”. Визначення даного поняття ми зустрічаємо в Господарському кодексі України (далі – ГК України), Законі України “Про зовнішньоекономічну діяльність” (далі – Закон), які ґрунтуються на засадах Конституції України та є основними законодавчими актами в регулюванні зовнішньоекономічної діяльності в нашій країні.

За визначенням у Законі, зовнішньоекономічна діяльність - це діяльність суб'єктів господарської діяльності України й іноземних суб'єктів господарської діяльності, а також діяльність державних замовників з оборонного замовлення у випадках,

визначених Законами України, побудована на взаємовідносинах між ними, що має місце на території України та за її межами [2, ст.1].

Звідси випливають такі ознаки зовнішньоекономічної діяльності: 1) за своєю сутністю, це господарська діяльність (у той же час даним поняттям не охоплюються відносини міждержавного співробітництва, які є предметом міжнародного публічного права, та майнові й особисті немайнові відносини за участю іноземних громадян, спрямовані на задоволення їх особистих, сімейних тощо інтересів, що є предметом міжнародного приватного права); 2) даний вид діяльності побудований на взаємовідносинах між суб'єктами господарювання, які перебувають під юрисдикцією різних держав; 3) дана діяльність може здійснюватися як на території України, так і за її межами, як з перетином митного кордону України, так і без перетину.

У ч.1 ст.377 ГК України зовнішньоекономічна діяльність визначається як господарська діяльність, яка у процесі її здійснення потребує перетинання митного кордону України майном, зазначеним у ч.1 ст.139 даного кодексу, та/або робочою силою. Тобто, в даному випадку основним кваліфікаційним критерієм зовнішньоекономічної діяльності, як одного з різновидів господарської, є територіальний, пов'язаний з обов'язковим перетинанням митного кордону [1].

За визначенням у ст.9,10 Митного кодексу, митним кордоном України є межі митної території України, зайнятої сушею, а також територіальне море, внутрішні води й повітряний простір, території вільних митних зон, штучні острови, установки і споруди, створені у виключній (морській) економічній зоні України, на які поширюється виключна юрисдикція України [3].

Виходячи з норм ГК України, відсутність перетинання митного кордону України майном, зазначеним у ч.1 ст.139, та/або робочою силою під час здійснення господарської діяльності унеможливає

кваліфікувати її як зовнішньоекономічну діяльність.

Таким чином, ГК України та Закон України “Про зовнішньоекономічну діяльність” визначають даний вид діяльності як різновид господарської, але виокремлюють різні критерії (ознаки) для їх кваліфікації як зовнішньоекономічної. Тобто, в наявності спостерігаємо розбіжності та неузгодженість у визначенні поняття “зовнішньоекономічна діяльність” у чинних нормативно-правових документах.

У Митному кодексі України визначається, що переміщуватися через митний кордон, підлягати митному контролю й митному оформленню можуть лише товари.

У той же час, на практиці предметом зовнішньоекономічної діяльності, крім товарів і робочої сили, можуть також виступати роботи, послуги, об’єкти інтелектуальної власності, а також фінансові активи тощо. Експортно-імпорتنі операції з товарами та роботи на контрактній основі фізичних осіб України з іноземними суб’єктами господарювання (і навпаки) можуть здійснюватися без факту перетину кордону.

У ст.139 ГК України в переліку майна у сфері господарської діяльності залежно від економічної форми, якої воно набуває, визначає майнові цінності, що належать до основних, оборотних засобів, кошти, товари, зокрема вироблену продукцію (товарні запаси), виконані роботи та послуги, і не містить жодного згадування про будь-які електронні та віртуальні дані [1]. Тобто, так звані цифрові товари, наприклад, мультимедіа-контент, програми, файли у вигляді текстів для читання або даних для використання у складі будь-яких інформаційно-довідкових систем. Постачання даних товарів можливе тільки через мережу Інтернет. Зрозуміло, що перетинання митного кордону при цьому відсутнє. Тобто територіальна ознака в даному випадку зникає.

У сучасних умовах ведення бізнесу, пов’язаних із пандемією COVID-19, у світі отримала поштовх у своєму активному

розвитку електронна комерція, тобто торгівля із застосуванням інформаційно-телекомунікаційної системи (Інтернет). Це призвело до переорієнтації підходів у веденні зовнішньоекономічної діяльності, в тому числі з боку українських суб’єктів господарської діяльності.

Проте чинне вітчизняне законодавство у сфері зовнішньоекономічної діяльності виходить тільки з можливості укладання зовнішньоекономічних договорів у електронній формі та/або через обмін електронними повідомленнями [2, ст.6] і взагалі не порушує питань, пов’язаних зі здійсненням даного виду діяльності у мережі Інтернет.

Чинний на сьогодні Закон України від 03.09.2015р. “Про електронну комерцію” (із змінами) (далі – Закон про електронну комерцію) визначає організаційно-правові засади діяльності у сфері електронної комерції, встановлює порядок вчинення електронних правочинів із застосуванням інформаційно-телекомунікаційних систем та визначає права й обов’язки учасників відносин у сфері електронної комерції. У той же час, норми даного документа визначають електронну комерцію в частині реалізації товарів, виконаних робіт, надання послуг тільки на території України [6].

У ст.3 зазначеного Закону термін “електронна комерція” визначається як відносини, спрямовані на отримання прибутку, що виникають під час вчинення правочинів щодо набуття, зміни або припинення цивільних прав та обов’язків, здійснені дистанційно з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, унаслідок чого в учасників таких відносин виникають права й обов’язки майнового характеру. За загальним правилом, саме електронна комерція визначається як торгівля товарами та послугами, при якій остаточне замовлення розміщується через глобальну комп’ютерну систему, тобто має місце повне укладення господарського договору в електронній формі.

У той же час, термін “електронна комерція” Комісією Організації Об’єднаних Націй з права міжнародної

торгівлі (ЮНСІТРАЛ) визначається ширшим та охоплює всі види комерційної діяльності, що здійснюється шляхом обміну інформацією, створеною, надісланою, отриманою і збереженою електронними, оптичними чи схожими засобами, включаючи, але не обмежуючись, електронний обмін даними, електронну пошту, телеграму, телекс або телефакс.

При цьому, в п. 3 ст.1 Закону про електронну комерцію визначено, що, якщо однією із сторін електронного правочину є іноземець, особа без громадянства або іноземна юридична особа, норми зазначеного Закону застосовуються з урахуванням положень Закону України "Про міжнародне приватне право" [4]. У п. 3 ст. 2 вказаного Закону, якщо міжнародним договором України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені Законом, застосовуються правила, притаманні для міжнародного договору.

Досі в жодному з вітчизняних нормативно-законодавчих документів не визначено, що зовнішньоекономічна діяльність може вестися в тому числі через електронну комерцію, тобто із застосуванням мережі Інтернет.

Навіть Закон України "Про міжнародне приватне право" в розділі VI щодо колізійних норм у договірних зобов'язаннях, зокрема у сфері ЗЕД, не містить колізійних прив'язок щодо обрання права як регулятора прав та обов'язків сторін договору, укладеного в мережі Інтернет за відсутності згоди його сторін про вибір такого права [4].

В електронній комерції в сучасних умовах розвитку інформаційно-телекомунікаційних систем однією із сторін договірних відносин може виступати іноземний суб'єкт господарювання. За визначенням відповідно до норм Закону, це підпадає під поняття "зовнішньоекономічна діяльність". Тому, однозначно *зовнішньоекономічна діяльність може вестися за допомогою інформаційно-телекомунікаційних засобів.*

За змістом, електронна комерція – це не що інше, як торговельна діяльність, на яку поширюється положення глави 30 Господарського кодексу України "Особливості правового регулювання господарсько-торговельної діяльності". Зокрема, в п. 2 зазначеної статті визначено, що залежно від ринку (внутрішнього чи зовнішнього), в межах якого здійснюється товарний обіг, господарсько-торговельна діяльність виступає як внутрішня торгівля або зовнішня торгівля [1]. Електронна комерція, як діяльність, має характер господарської та підпадає під визначення відповідно до ГК України, оскільки дана діяльність є діяльністю суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямованого на виготовлення і реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, які мають цінову визначеність [1, ст.3]. Даному виду господарської діяльності притаманні всі ознаки підприємницької діяльності з тим лише застереженням, що проводиться даний вид діяльності через мережу Інтернет. Електронна комерція, як і будь-який інший вид господарської діяльності, здійснюється на підставі договору. В даному випадку – це електронний договір. Відповідно до Закону про електронну комерцію електронний договір – це домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків та оформлена в електронному вигляді [6, ст.3]. Електронний договір укладається і виконується в порядку, передбаченому Цивільним та Господарським кодексами України, а також іншими законодавчими актами. Відповідно до ст.12 зазначеного Закону електронний договір підписується електронним підписом або аналогом власноручного підпису (факсимільне відтворення підпису) [6, ст.12].

Згідно з нормами законодавства правовою формою реалізації зовнішньоекономічної діяльності та обов'язковою умовою її здійснення є зовнішньоекономічний договір або контракт. Відповідно до міжнародних

конвенцій, які регулюють міжнародний господарський оборот, єдиним критерієм міжнародного характеру договору визначають місцезнаходження сторін договірних відносин, тобто на територіях різних держав. Безперечно, враховуючи, що Закон про зовнішньоекономічну діяльність основним критерієм даного виду діяльності визначає обов'язкову наявність “іноземного елемента” на боці одного з учасників, то *при здійсненні господарської діяльності через Інтернет з укладанням електронного договору, за наявності хоча б одного іноземного елемента, даний договір підпадає під ознаки зовнішньоекономічної діяльності.*

Підтвердженням того, що електронна комерція, дійсно, є одним із напрямків зовнішньоекономічної діяльності та розвитку цього напрямку на державному рівні, стало те, що ще у 2017 році одним із завдань Плану з реалізації Експортної стратегії України (“дорожньої карти” стратегічного розвитку торгівлі) на 2017-2021 роки, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2017 р. №1017-р., був визначений розвиток інфраструктури електронної комерції з метою полегшення експорту товарів роздрібною торгівлі через Інтернет шляхом гармонізації законодавства України з питань електронної комерції із законодавством Європейського Союзу [5].

Висновки. Однією з ознак юридичної термінології є її стабільність, усталеність, тому важливо привести у відповідність поняття, що визначає зовнішньоекономічну діяльність з урахуванням сучасних тенденцій розвитку економіки та, зокрема, міжнародної торгівлі.

У вітчизняному законодавстві має місце певна неузгодженість щодо вживання в основних нормативних актах поняття “зовнішньоекономічна діяльність”. Відсутність єдиної законодавчої основи визначення термін зовнішньоекономічної діяльності зумовлює проблеми у правозастосуванні. Правильне формулювання даного поняття повинно враховувати загальні засади правового регулювання зовнішньоекономічної діяльності, міжнародної практики та обов'язково сучасних тенденцій розвитку даного виду діяльності. Розвиток електронної комерції потребує обов'язкового врахування при кваліфікуванні зовнішньоекономічної діяльності як виду даної діяльності за умови, що єдиним місцем здійснення ділових контактів одного або обох контрагентів є мережа Інтернет та при цьому суб'єкти господарювання ведуть діяльність у різних країнах без перетинання митного кордону.

Література:

1. Господарський кодекс України, редакція від 16.10.2020 р. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 2002. №18, №19-20, №21-22. С. 144. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення 17.09.2020)
2. Закон України “Про зовнішньоекономічну діяльність”, редакція від 15.08.2020 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*, 1991. №29. С. 377. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12#Text> (дата звернення 17.09.2020)
3. Митний кодекс України, редакція від 24.10.2020 р. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 2012. №44-45, №46-47, №48. С. 552. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17#Text> (дата звернення 17.09.2020)
4. Закон України “Про міжнародне приватне право”, редакція від 20.10.2019 р. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 2005. №32. С. 422. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text> (дата звернення 17.11.2020)
5. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 27.12.2017 р. №1017-р “План завдань і заходів з реалізації Експортної стратегії України (дорожньої карти стратегічного розвитку торгівлі) на 2017-2021 роки” (із змінами). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1017-2017-%D1%80#Text> (дата звернення 17.09.2020)
6. Закон України “Про електронну комерцію”, редакція від 19.04.2020 р. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 2015. №45. С. 410. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text> (дата звернення 17.09.2020)
7. Гаврилук Р. Законодавчі дефініції у праві: логіко-гносеологічні, політико-юридичні, морально-психологічні та практичні проблеми. *Право України*, 2006. №11. С.153-157.

8. Скакун О. Ф. Правова система держави, суспільства, регіону, світу (щодо базових категорій порівняльного правознавства). Київ; Харків; Сімферополь: Логос, 2008. 31 с.
9. Мілаш В. Законодавчі дефініції термінів зовнішньоекономічна діяльність і зовнішньоекономічний договір: подальший розвиток чи поглиблення дефекту. *Право України*, 2019. №8. С.195-209.
10. Завгородній А. В. Генезис понятійно-категорійного апарату досліджень зовнішньоекономічної діяльності: структура, принципи, функції. *Український журнал прикладної економіки*, 2018. №3. Т. 3. С.149-158.

Referens:

1. Verkhovna Rada of Ukraine (2002), Gospodarskyu kodeks of Ukraine, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (Accessed 17 September 2020).
2. Verkhovna Rada of USSR (1991), The Law of Ukraine “About foreign economic activity”, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12#Text> (Accessed 17 September 2020)
3. Verkhovna Rada of Ukraine (2012), Mytnyy kodeks of Ukraine, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17#Text> (Accessed 17 September 2020)
4. Verkhovna Rada of Ukraine (2005), The Law of Ukraine “About private international law”, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text> (Accessed 17 September 2020)
5. Cabinet of Ministers of Ukraine (2017), “The Plan of tasks and measures for realization of Export strategy of Ukraine (road maps of strategic development of trade for 2017-2021”, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1017-2017-%D1%80#Textt.422> (Accessed 17 September 2020)
6. Verkhovna Rada of Ukraine (2015), The Law of Ukraine “About e-commerce”, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text> (Accessed 17 September 2020)
7. Havrylyuk R. (2006), “Legislative definitions of the terms foreign economic activity and foreign economic agreement: further development or deepening of the defect”, *Pravo of Ukraine*, vol.11, pp.153-157.
8. Skakun O.F. (2008)“The legal system of the state, society, region, world (on the basic categories of comparative law)”. - Kyiv; Kh.; Simf.: Lohos, 31 p.
9. Milash V. (2019) “Legislative definitions of the terms foreign economic activity and foreign economic agreement: further development or deepening of the defect”, *Pravo of Ukraine*, vol. 8, pp.195-209.
10. Zavorodniy A.V. (2018) “The genesis of the conceptual and categorical apparatus of research of foreign economic activity: structure, principles, functions”, *Ukrainian Journal of Applied Economics*, vol.3, Tom 3, pp.149-158

Стаття надійшла до друку 20.09.2020 року

УДК 346+347.6

ПРАВОВА ПРИРОДА СПАДКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Олійник О.Б.

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри державно-правових дисциплін,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», вул. Табірна, 30-32, 03113, м. Київ, Україна
тел.: (050) -55-956-12, e-mail: OliylikOB@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0003-4941-8785

Кривов'яз Є.С.

здобувач ступеня вищої освіти «магістр»,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», вул. Табірна, 30-32, 03113, м. Київ, Україна
тел.: (096) 358-80-35, e-mail: Gzekakiev@gmail.com
ORCID: 0000-0001-5617-3726

LEGAL NATURE OF INHERITANCE RELATIONS

Olijnyk O.

Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of State and Legal Disciplines,
“KROK” University, st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine
tel.: (050) -55-956-12, e-mail: OliylikOB@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0003-4941-8785

Kryvoviaz E.

Master's Degree Student,
“KROK” University, st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine
tel.: (096) 358-80-35, e-mail: Gzekakiev@gmail.com
ORCID: 0000-0001-5617-3726

Анотація. У статті досліджено теоретико-правові основи становлення та розвитку спадкових правовідносин в Україні. З огляду на значущість питань, пов'язаних зі спадковими правовідносинами, дослідження проблем їх правового регулювання є досить важливим. Більш того, необхідність виявлення сучасних невідповідностей, відмінностей між внутрішніми законодавствами держав у цій сфері своєчасно допомагають усунути прогалини законодавства. Спадкове право - це єдина галузь права, що регулює відносини, в яких людина бере участь після смерті. Необхідно зазначити, що смерть припиняє існування людини не тільки у фізичному сенсі, а й як суб'єкта всіх правовідносин. Тим самим, можна говорити про те, що спадкове право являє собою сферу суспільних відносин, які можуть торкнутися в тій чи тій мірі кожної особи. Спадкове право - це частина правової системи кожної держави. Для кожної з держав характерні дуже серйозні розбіжності, які стосуються їх правової системи. Це трактується тим, що відносини, пов'язані з передачею майна у спадок, історично склалися національними, культурними особливостями і релігійними традиціями різних країн. Усе це свідчить про те, що інститут спадкування в різних країнах різний за своєю правовою природою. Крім того, слід зазначити, що спадкове право є частиною цивільного законодавства. У більшості випадків спадкове право входить у цивільні кодекси відповідних держав. Так, наприклад, у країнах континентальної Європи норми спадкового права включені до складу цивільних кодексів, а також поміщені слідом за нормами, які, у свою чергу, регулюють правове становище фізичних осіб і сімейні відносини. Відносини, пов'язані із спадкуванням, - це одна зі сфер суспільних відносин, яка неодмінно, хоч раз у житті, але зачіпає майже кожну людину. Це - або прийняття спадщини, або підготовка до передачі - належить спадкодавцеві майна родичам, іншим особам. У міру розширення в нашій країні інституту приватної власності та вдосконалення законодавства про спадкування, відповідно, коло громадян - можливих спадкоємців значно розширюється. На даний період зацікавленість до проблеми спадкового права залишається, так як деякі інститути все ще носять незавершений та обмежений характер. Це стосується як суб'єктів спадкових прав, так і об'єктів успадкування. Особлива увага приділяється питанню передачі й прийняття спадкової нерухомості, в тому числі житла як найпоширенішого об'єкта успадкованого майна.

Ключові слова: спадкові правовідносини, спадкування, спадкове право, сімейні відносини, врегулювання.
Формула: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл.: 9.

Annotation. The article examines the theoretical and legal foundations of the formation and development of hereditary relations in Ukraine. Given the importance of issues related to hereditary relations, the study of the problems of their legal regulation is quite important. Moreover, the need to identify current inconsistencies, differences between the domestic laws of states in this area in a timely manner help to eliminate gaps in the legislation. Inheritance law is the only branch of law that regulates the relationship in which a person participates after death. It should be noted that death terminates the existence of man not only in the physical sense, but also as a subject of all legal relations. Thus, we can say that inheritance law is a sphere of social relations that can affect to some extent each person. Inheritance law is a part of the legal system of each state. Each of the states is characterized by very serious differences concerning their legal system. This is interpreted by the fact that the relations associated with the transfer of property by inheritance have historically been formed by national, cultural features and religious traditions of different countries. All this suggests that the institution of inheritance in different countries is different in its legal nature. In addition, it should be noted that inheritance law is part of civil law. In most cases, inheritance law is included in the civil codes of the respective states. For example, in the countries of continental Europe, the rules of inheritance law are included in the civil codes, as well as placed after the rules, which, in turn, regulate the legal status of individuals and family relations. Relationships related to inheritance - this is one of the areas of social relations, which certainly, at least once in a lifetime, but affects almost everyone. This is either the acceptance of the inheritance, or preparation for the transfer of the testator's property to relatives, other persons. As the institution of private property expands in our country and the legislation on inheritance improves, the circle of citizens - possible heirs - expands significantly. At present, interest in the problem of inheritance law remains, as some institutions are still incomplete and limited. This applies to both subjects of inheritance rights and objects of inheritance. Particular attention is paid to the transfer and acceptance of hereditary real estate, including housing, as the most common object of inherited property.

Key words: hereditary legal relations, inheritance, inheritance law, family relations, settlement.

Formula: 0, fig.: 0, tab.: 0, bibl.: 9.

Постановки проблеми. Питання спадкування в Україні завжди знаходилося в центрі уваги. У сучасних умовах такий інститут визначає особливу потребу в регулюванні суспільних відносин громадян. Проведено аналіз та досліджено правову природу спадкового права, що зазнало реформування і протягом доволі тривалого розвитку являє собою глибокий інтерес не лише у дослідників такого інституту спадкування, але й у громадян загалом.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питаннями правової природи спадкових правовідносин цікавилася низка українських науковців. Даним питанням безпосередньо займалися Б. Антімонов, М. Барщевський, Ю. Власова, К. Граве, О. Юффе, П. Победоносцев, Б. Черепакін, Г. Шершеневич. Думки вчених з питань правової природи спадкових правовідносин різняться, оскільки бачення кожного ґрунтується на власному науковому та практичному досвіді.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми. Дана стаття є комплексним дослідженням правової природи спадкових правовідносин у контексті новел вітчизняного цивільного законодавства. Проведено аналіз основних підходів до визначення суті успадкування. Виявлено основу розуміння природи

спадкових правовідносин, котре дає змогу визначити наявність у ньому таких елементів, як суб'єкт і об'єкт правовідносини, а також його зміст.

Формулювання цілей статті. Метою даної статті є дослідження питання правової природи об'єкта спадкового правовідношення на засадах наукової обґрунтованості та практичній доцільності.

Виклад основного матеріалу дослідження. У сучасній українській юридичній літературі спадкові правовідносини традиційно визначають як цивільно-правові відносини, що виникають з приводу спадкової маси, учасник яких (спадкоємець) наділений суб'єктивним правом спадкування для здійснення переходу прав та обов'язків померлої особи до її правонаступника.

Конституція України гарантує кожному громадянину право володіння, користування і розпорядження своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності [1].

Спадкові правовідносини - правовідносини вольові, оскільки вони ґрунтуються на вільному волевиявленні їх суб'єктів. Тільки за взаємною згодою суб'єктів спадкових правовідносин відбувається їх виникнення, зміна та припинення [3].

Необхідно зробити застереження, що у світовій юридичній доктрині й практиці прийнято виділяти два основні підходи до визначення суті успадкування. У країнах континентального права, в тому числі в Україні, успадкування розуміється як різновид універсального правонаступництва. Дана думка бере свій початок у класичному римському праві, де в особі спадкоємця вбачали продовження юридичної особи спадкодавця.

У країнах "загального права" спадкування розуміється як розподіл майна померлого між особами, зазначеними в законі та (або) заповіті [3]. Відповідно до першої концепції спадкоємець при прийнятті спадщини стає носієм прав і обов'язків спадкодавця в цілому і не може прийняти лише їх частину, а від інших відмовитися, що повністю узгоджується з доктриною універсального правонаступництва.

У країнах "загального права" спадкування розуміється інакше, ніж у країнах "цивільного права". Доктрина та практика цих країн виходять з того, що при спадкуванні зникає юридична особа померлого і ліквідується його майно. Одночасно складається список належних йому боргів, їх оплата, погашення його податкових й інших майнових зобов'язань.

Зазначена процедура називається адмініструванням і проходить під контролем суду. Спадкоємці отримують право на чистий залишок [3]. Так, Г. Ф. Шершеневич писав, що сукупність юридичних відносин, які залишила після себе особа, зі смертю не припиняються, але переходять на нове обличчя [4].

Нове обличчя замінює колишнє і займає в його юридичних відносинах активне чи пасивне положення, залежно від того, яке місце займав померлий [5]. Б. Б. Черепакін визначав спадкування як перехід до спадкоємців майна спадкодавця єдиним цілим, включаючи його майнові права й обов'язки, а також пов'язані з його майновими правами особисті (немайнові) [6]. Аналогічних поглядів дотримувався П. Победоносцев [7]. Сучасні цивілісти розуміють спадкування як перехід після смерті громадянина всієї сукупності

належних йому на праві приватної власності майна, включаючи майнові та деякі особисті немайнові права, до одного або кількох осіб. Таким чином, правонаступництво – це різновид правонаступництва універсального.

З цього випливає, що при спадкуванні майно до спадкоємців переходить як єдине ціле, включаючи активи і пасиви. Виняток складають лише нерозривно пов'язані з особистістю померлого права й обов'язки, до яких відносяться, зокрема, право на аліменти, право на відшкодування шкоди, заподіяної життю та здоров'ю громадянина, а також право на життя, тілесну недоторканність і низка інших. Дане правило, встановлене ст. 1112 ЦК України, не суперечить суті універсального правонаступництва: дані права та обов'язки не можуть бути передані навіть за життя спадкодавця [2].

Перехід прав і обов'язків спадкодавця до спадкоємців здійснюється в рамках спадкових правовідносин, з'ясування суті, поняття й змісту якого може вирішити багато теоретико-методологічних питань, пов'язаних зі спадковим правонаступництвом.

Єдиного підходу до розуміння спадкових правовідносин у цивілістиці не склалося. Б. С. Антімонов і К. А. Граве вважали, що спадкування включає в себе двоє правовідносин. Перше виникає з події, яким є відкриття спадщини, а друге - за волею спадкоємців, яка виражається у прийнятті або відмові від прийняття спадщини [3].

М. Ю. Барщевський спадковими правовідносинами вважає цивільне відношення, що виникає між учасниками цивільного обороту в зв'язку зі смертю особи з приводу належних йому майнових прав та обов'язків, урегульоване нормами спадкового права [7].

Більшість авторів, враховуючи складність спадкових правовідносин, вважають, що їх необхідно ділити залежно від дій спадкоємців, які беруть участь у правонаступництві, внаслідок чого ними пропонуються стадії або види спадкових правовідносин.

О. С. Іоффе поділяв спадкові правовідносини на дві стадії. На першій у спадкоємця виникає єдина правомочність, що полягає у праві прийняти спадщину, яка носить абсолютний характер і йому кореспондує обов'язок усіх інших осіб утримуватися від вчинення дій, що мають можливість перешкодити здійсненню належних спадкоємцю прав.

На другій стадії спадкові правовідносини зберігаються тільки як підстава правочинів, яка раніше належала спадкодавцеві. Вони продовжують бути абсолютними в одних і стають відносними в інших напрямках.

Спадкові правовідносини продовжують залишатися абсолютними, тому що у відповідь на домагання особи, яка оспорує правомочності на придбане майно, спадкоємець може протиставити посилення на спадкові правовідносини як підставу виникнення своїх майнових прав. У цих межах спадкоємець виступає як уповноважений на дані правовідносини і спадковим уже не є.

Аналіз перерахованих вище думок дозволяє зробити висновок, що спадкові правовідносини в науці цивільного права розуміють у широкому і вузькому сенсі слова. Спадкові правовідносини в першому випадку передбачають наявність єдиних правовідносин, які виникають з моменту відкриття спадщини та припиняються, коли у спадкоємців виникають права й обов'язки, аналогічні правам спадкодавця.

У вузькому - це конкретні правовідносини, врегульовані нормами спадкового права, що виникають у зв'язку зі смертю громадянина з приводу спадщини.

Звісно ж, що правовідносини не можна розглядати у вузькому та широкому сенсі. Сутність правовідносин як у цивілістиці, так і в теорії держави й права розуміється досить однорідно.

Так, О. С. Іоффе визначає їх як закріплену взаємну поведінку осіб, регульовану, що виходить від держави правовими нормами, здійснення якої забезпечується силою державного примусу [8].

С. С. Алексєєв прямо вказує на відмінність юридичного та матеріального змісту правовідносин, проте зазначає їх єдність.

Таке розуміння правовідносин визначає наявність у ньому таких елементів, як суб'єкт і об'єкт правовідносин, а також їх зміст. Безперечно, спадкові правовідносини володіють усіма зазначеними ознаками.

Об'єктом останніх є сукупність прав та обов'язків спадкодавця. Зміст – це суб'єктивні права спадкоємців на спадщину. Суб'єктами спадкових правовідносин є спадкоємці.

Очевидно, що при спадкуванні виникає цілий комплекс відносин, але не всі з них можна назвати цивільно-правовими, оскільки деякі засновані на владному підпорядкуванні, тому є адміністративно-правовими, фінансовими та податковими. Наприклад, охорона спадщини, оформлення спадщини, в тому числі видача й отримання свідоцтва про право на спадок, реєстрація спадкового майна.

Окрім того, не всі з цивільно-правових відносин, пов'язаних зі спадщиною, можна назвати спадковими. До останніх слід віднести тільки ті, в результаті яких на місце вибулого суб'єкта, яким є спадкодавець, заступить новий суб'єкт - спадкоємець або спадкоємці, у якого виникають ті ж або аналогічні права, що належали за життя спадкодавцеві. Те, що деякі дослідники виділяють в якості самостійних правовідносин, у справі становить зміст єдиних спадкових відносин.

З урахуванням усього вищенаведеного спадкові правовідносини можна визначити як цілісні за суб'єктами, змістом, предметом і функцією ставлення, в рамках, на основі й по суті якого відбувається заміщення спадкодавця іншими особами в усіх оборотоздатних суб'єктивних правах і обов'язках.

І спадкове право, як підгалузь цивільного права, стає одним з унікальних його компонентів. Взаємозв'язок поколінь, передача цінностей (причому не тільки матеріальних) від покоління до покоління -

це одна з важливих соціальних функцій спадкового права.

З одного боку, ця галузь безпосередньо пов'язана з такими явищами, як традиції, звичаї, людські почуття, психологія, з іншого - вимагає чіткого формального регулювання спадкових процесів.

На особливу увагу заслуговує такий обов'язковий елемент будь-яких правовідносин, як суб'єкт (суб'єктивний склад). Суб'єктивний склад відображає правовий статус усіх учасників правовідносин, тому без його розкриття неможливо належним чином охарактеризувати спадкові правовідносини.

Розкриття суб'єктного складу спадкових правовідносин дозволить здійснити правове тлумачення основного поняття «спадкові правовідносини» для подальшого дослідження у сфері спадкового права. Окрім того, визначення правового статусу суб'єктів успадкування та кола осіб, які до нього належать, залишається досить дискусійним і проблемним питанням.

При визначенні правового статусу суб'єктів спадкування насамперед необхідно визначити поняття «суб'єкти правовідносин» у загальному розумінні. На думку Ю. М. Власова, суб'єктами правовідносин є учасники (сторони) правових відносин, що мають взаємні суб'єктивні права та юридичні обов'язки.

З огляду на це трактування, суб'єкти правовідносин (і спадкоємець, і спадкодавець), володіючи певною сукупністю таких прав та обов'язків, є безумовними суб'єктами спадкових правовідносин. Підтверджуючи цю думку, можна визначити суб'єкта правовідносин як такого суб'єкта суспільного життя, який здатний виступати учасником правовідносин, носієм юридичних прав і обов'язків.

Слід також виділяти поняття «суб'єкт права», яке є найбільш узагальнюючим і охоплює своїм змістом учасників усіх видів відносин, які включені у предмет правового впливу загалом, а також у предмет конкретної галузі права.

Ґрунтуючись на викладеній позиції, необхідно розкрити питання щодо кола осіб, яких можна віднести до суб'єктів спадкування. Оскільки успадкування, за своєю правовою природою, є правовідносинами, в яких беруть участь два суб'єкти - правонадавач і правонаступник, то за відсутності правонадавача не може бути правонаступництва, а відповідно, й спадкових правовідносин.

Окрім того, навіть після фізичної смерті особи у неї зберігаються окремі права, наприклад, право визнання свого авторства, поваги до своєї особистості та т.ін.

Тому фактично певні залишки правоздатності такої особи продовжують діяти. У разі порушення цього права правонадавача вже його правонаступники (спадкоємці) можуть звернутися до відповідних органів за захистом.

З огляду на цей аналіз можна уявити класифікацію суб'єктів спадкових правовідносин. На нашу думку, суб'єктів спадкування можна класифікувати на таких, як:

1) спадкодавець;

2) спадкоємець;

3) інші допоміжні суб'єкти, яких, у свою чергу, можна розподілити на:

- тих, які згідно із законом або за розпорядженням спадкодавця сприяють в отриманні й збереженні спадкового права (нотаріус, виконавець заповіту, інші органи влади або органи місцевого самоврядування і т.ін.);

- тих, які мають майновий інтерес або отримують спільні майнові права при спадкуванні спадкоємцями майна (кредитори, боржники спадкодавця тощо). Правовий статус таких допоміжних суб'єктів і ступінь їх участі у спадкових правовідносинах чітко визначаються законодавством, тому майже не викликають дискусій [9].

Зате правовий статус таких суб'єктів, як спадкодавець та спадкоємець, підлягає більш детальному вивченню і розкриттю. Одним з найважливіших інститутів цивільного права є інститут спадкового права, який зосереджує в собі сукупність

норм, покликаних юридично забезпечувати спадкоємність у правах та обов'язках фізичної особи-спадкодавця.

В останні роки значення спадкового права як регулятора механізму правонаступництва викликано насамперед збільшенням кількості об'єктів, які можуть перебувати у власності фізичної особи, а потім переходити у спадок у випадку настання юридичного факту - смерті фізичної особи. Усе вищевикладене свідчить про зростаючий інтерес до правового регулювання спадкових відносин.

Для науки стоїть завдання аналізу даного елемента спадкових правовідносин з тим, щоб було створено основи системи суб'єктів, окреслено проблеми та виявлено тенденції її функціонування.

У сферу спадкових правовідносин залучені й спадкодавець, і спадкоємець. Причому серед дослідників досить часто зустрічається твердження про визнання спадкодавця суб'єктом спадкових правовідносин. Серед сучасних авторів так вважає, наприклад, І. Л. Корнеєва, яка безапеляційно стверджує, що до суб'єктів спадкових правовідносин слід відносити спадкодавця і спадкоємця [8].

Дане судження обґрунтовується двома аргументами. По-перше, складаючи заповіт, спадкодавець уже виступає суб'єктом спадкових правовідносин. І по-друге, спадкодавець - суб'єкт спадкового спадкоємства, й уже тому, в силу зазначеної обставини, визнається суб'єктом спадкових правовідносин.

Висловлюється також думка, що включення спадкодавця поряд зі спадкоємцем у коло суб'єктів спадкових відносин дозволяє виділити в їх структурі довірену і зобов'язану сторони. Разом з тим, погодитися з таким підходом немає достатніх підстав.

По-перше, основним запереченням є та обставина, що спадкодавець до моменту відкриття спадщини і виникнення спадкових правовідносин втратив через обставини смерті громадянську право- та дієздатність, а отже, перестав бути суб'єктом права, що не дозволяє вважати

його суб'єктом будь-яких правовідносин, включаючи і спадкові.

По-друге, є безпідставним посилення на складання заповіту в таких правовідносинах. При цьому не можна заперечувати, що прижиттєві відносини спадкодавця пов'язані зі складанням, посвідченням, зміною та скасуванням заповіту, не будучи спадковими, проте входять у предмет спадкового права. Такий підхід логічно пояснює структурну приналежність відповідних цивільно-правових норм саме розділу про спадкове право, а не будь-якому іншому, наприклад, про угоди.

Нарешті, найбільш серйозною помилкою слід визнати ототожнення понять «спадкові правовідносини» та «спадкове правонаступництво». Так, В. В. Валах, загалом заперечуючи віднесення спадкодавця до суб'єктів спадкових правовідносин, пояснює це в деякій мірі тим, що спадкування виступає синонімом спадкового правонаступництва, а спадкодавець виступає повноправним суб'єктом такого спадкоємства [9].

Вважаємо, сам розгляд будь-якого посмертного правонаступництва, в тому числі спадкового, як правовідносини слід вважати методологічно неправильним. Адже правонаступництво може бути рисою правовідносин, його правовим наслідком, результатом реалізації, але не самими правовідносинами.

Не випадково В. В. Рівний справедливо зазначив, що спадкові правовідносини і правонаступництво співвідносяться як причина й результат та розрізняються за суб'єктами [5]. Спадкодавець, будучи суб'єктом спадкового правонаступництва, не є суб'єктом спадкових правовідносин. Звідси випливає, що суб'єктом спадкових правовідносин допустимо вважати лише спадкоємця.

Висновки. Правовий інститут спадкування відомий з давніх пір. З плином часу він піддавався певним змінам залежно від вимог того чи того суспільного устрою, незмінно зберігаючи при цьому свої основні інститути, такі як

спадкування за законом і за заповітом, позбавлення права на спадкування та інші.

Питання спадкування в Україні завжди знаходилося в центрі уваги. У сучасних умовах такий інститут визначає особливу потребу в регулюванні суспільних відносин громадян.

Розкриття суб'єктного складу спадкових правовідносин дозволить здійснити правове тлумачення основного поняття «спадкові правовідносини» для подальшого дослідження у сфері спадкового права. Крім того, визначення правового статусу суб'єктів успадкування та кола осіб, які до нього належать, залишається досить дискусійним і проблемним питанням.

З огляду на цей аналіз можна уявити класифікацію суб'єктів спадкових правовідносин. На нашу думку, суб'єктів спадкування можна класифікувати на таких, як:

- 1) спадкодавець;
- 2) спадкоємець;
- 3) інші допоміжні суб'єкти.

Поява й існування в цивільному праві інституту спадкового права є закономірним явищем, оскільки смерть людини - це неминучий результат людського життя. Регулювання цих відносин є таким же важливим, як і регулювання інших відносин, в яких людина перебуває протягом усього свого життя.

Література:

1. Конституція України від 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*, 1996. №30. 30 с.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*, 2003. № 40-44. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 08.09.2020)
3. Гончарова А. В. Розмежування понять «спадкова трансмісія» та «спадкове представлення». *Підприємництво, господарство і право*. № 11. 2009. С.48-50.
4. Гордон М. В. Наследование по закону и по завещанию. Москва : Юрид. лит-ра, 1967. 118 с.
5. Васильченко В. В. Юридична сутність інституту спадкового договору та його місце в системі цивільного права. *Право України*. 2003. № 7. С.137-140.
6. Дахно І. І. Німецьке цивільне уложення. *Юридична енциклопедія*: В 6 т. Київ: Укр. енцикл., 2002. 165 с.
7. Глиняний В. П. Право Німеччини. *Історія держави та права зарубіжних держав*. Харків: Одиссей, 2005. Ч. 1. С. 662-682.
8. Євстігнєєв А. В. Деякі аспекти спадкового договору. *Юридичний журнал*. 2005. № 10. С. 38-40.
9. Грибанова О. Заповіт подружжя. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2011. № 2(32) квітень. С. 33-35.

Reference:

1. The Verkhovna Rada of Ukraine (1996), Constitutions of Ukraine. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*.1996. vol. №30. 30 p.
2. The Civil Code of Ukraine. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (Accessed 8 September 2020)
3. Goncharova A.V. (2009), “Distinguishing between the concepts of “hereditary transmission” and “hereditary representation””. *Entrepreneurship, economy and law*. Vol 11, pp.48-50.
4. Gordon, M.V. (1967), *Nasledovanye po zakonu y po zaveschanyiu* [Inheritance by law and by will], Yuryd. lyt-ra, Moscow, Russia.
5. Vasilchenko, V.V.(2003), “The legal essence of the institution of inheritance agreement and its place in the system of civil law”, *Pravo Ukrainy*, vol. 7, pp. 137-140.
6. Dakhno I.I. (2002), *Nimets'ke tsyvil'ne ulozhennia* [German civil law], Yurydychna entsyklopediia, Kyiv, Ukraine.
7. Glinyaniy V.P. (2005), “German law”, *Istoriia derzhavy ta prava zarubezhnykh derzhav*, Odisej, vol. 1, pp. 662-682.
8. Evstigneev A.V. (2005), “Some aspects of the inheritance agreement”, *Yurydychnyj zhurnal*, 2005. vol. 10, pp.38-40.
9. Grybanova O.I. (2011), “Testament of the spouses”, *Mala entsyklopediia notariusa*, vol. 2(32), pp 33-35.

Стаття надійшла до друку 19.09.2020 року

РОЗДІЛ 3.

Трудове право і право соціального забезпечення; адміністративне право і адміністративний процес; фінансове, інформаційне, земельне право

УДК 342.7 (477)

**ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ДЕРЖАВНОЇ ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ
ТА ІНСТИТУТУ ПРИВАТНИХ ВИКОНАВЦІВ В УКРАЇНІ**

Корольова В.В.

*к.ю.н., доцент, доцент кафедри державно-правових дисциплін,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна,
тел. (044) 455-57-12, e-mail.:ViktoriyaV:@krok.edu.ua,
ORCID: 0000-0003-2998-6144*

Христюк І.В.

*здобувач ступеня вищої освіти “магістр”, Університет економіки та права «КРОК»,
м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна, тел. +380732024936, e-mail.:khrystyukirina34@gmail.com,
ORCID:0000-0001-7244-5824*

**SOME ASPECTS OF HUMAN RIGHTS PROTECTION IN THE FACE
OF ARMED CONFLICT**

Koroleva V.

*Ph.D. in Law, Associate Professor, Department of State and Legal Disciplines,
«KROK»University, Kyiv, st. Tabirna, 30-32, 03113, Ukraine,
tel.: (044) 455-57-12, e-mail.:ViktoriyaV:@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0003-2998-6144*

Khrystiuk I.

*Graduate Student, “KROK” University, Kyiv, Tabirna str., 30-32, 03113, Ukraine,
tel. +380732024936, e-mail.:khrystyukirina34@gmail.com,
ORCID:0000-0001-7244-5824*

Анотація. У статті авторами розглянуто діяльність Державної виконавчої служби та інституту приватних виконавців, їх схожі й відмінні риси. Досліджено історичний шлях до становлення нинішньої змішаної системи примусового виконання рішень. Звернено увагу на те, що діяльність Державної виконавчої служби, навіть з упровадженням інституту приватних виконавців, залишилася надмірно завантаженою у зв'язку з обмеженнями щодо рішень, які може виконувати приватний виконавець. Варто зауважити, що актуальність і своєчасність даної проблематики полягає в тому, що держава за такої проміжок часу (з 2016 року) досі не зрівноважила повноваження між приватними виконавцями та державними. Було розглянуто схожі риси між двома системами, які виражаються в дотриманні принципів при здійсненні своєї діяльності, керуються одним основним завданням, також наявна ідентична діяльність при примусовому виконанні рішень, винесення постанов у Автоматизованій системі виконавчих проваджень, строках для прийняття рішень щодо виконавчого провадження, юридичної значущості щодо вимог та запитів. Акцентовано увагу на тому, що до причин низької ефективності діяльності системи органів примусового виконання судових рішень в Україні можна віднести й те, що за невеликий історичний проміжок свого становлення і розвитку вона зазнавала неодноразових змін правового статусу, що також не сприяло її загальному процвітання. Встановлено різницю

між Державною виконавчою службою та приватними виконавцями, яка визначається у вимогах для зайняття посади державного виконавця чи набуття статусу приватного виконавця, джерелах фінансування їхньої діяльності, виконанні рішень, які приватний виконавець виконувати не може. Приватний виконавець, на відміну від державного виконавця, не має статусу державного службовця, є суб'єктом незалежної професійної діяльності. За своєю природою його діяльність буде схожою з адвокатською або приватною нотаріальною практиками.

Ключові слова: Державна виконавча служба, інститут приватних виконавців, примусове виконання рішень.

Формул: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл: 13

Annotation. In the article the authors consider the activity of the state executive service and the institute of private performers, their similar and distinctive features. The historical way to the formation of the current mixed system of enforcement of decisions is investigated. It is noted that the activities of the state executive service, even with the introduction of the institution of private performers, have remained overburdened due to restrictions on the decisions that a private performer can perform. It is worth noting that the relevance and timeliness of this issue is that the state for such a period of time (since 2016) has not yet balanced the powers between private and public. Similar features were considered between the two systems, which are expressed in compliance with the principles in carrying out their activities, guided by one main task are also identical activities in enforcement, decision-making in the Automated System of Enforcement Proceedings, deadlines for decisions on enforcement proceedings, legal significance of requirements and requests. It is emphasized that the reasons for the low efficiency of the system of enforcement of court decisions in Ukraine include the fact that for a short historical period of its formation and development, it has undergone repeated changes in legal status, which also did not contribute to its overall prosperity. It is established that the difference between the state executive service and private executors, which is defined in the requirements for holding the position of state executor or acquiring the status of private executor, sources of funding for their activities, implementation of decisions that private executor can not execute. A private executor, unlike a state executor, does not have the status of a civil servant, is a subject of independent professional activity. By its nature, its activities will be similar to those of a lawyer or private notary.

Keywords: state executive service, institute of private executors, enforcement of decisions

Formulas:0, fig.: 0, tabl.: 0, bibl. : 13

Постановка проблеми. Виконання рішення є дуже важливим кроком для захисту порушених прав осіб, передбачених Конституцією України та законами. В Україні, порівняно з іншими зарубіжними країнами, це питання має багато проблем, що дає людям підстави вважати, що держава не в змозі захистити права громадян, які порушуються. Історичний шлях становлення нинішньої системи примусового виконання рішень був тривалим, і зараз можна дійти висновку, що в Україні працює змішана система. Після прийняття Закону України «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 року було введено інститут приватних виконавців. Законодавець таким чином бажав зменшити завантаженість, яка лягала на Державну виконавчу службу. Значні відмінності як в організаційних моментах, так і на правовому рівні було досліджено при написанні даної статті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Упровадження інституту приватних виконавців у систему примусового виконання рішень є досить

актуальним питанням на сьогодні, проблематика діяльності та ефективність приватних виконавців обговорюється багатьма вченими. Зокрема, нормативні аспекти аналізувалися у працях таких відомих науковців, як: Б. Малишев, Л. Ю. Сайко, В. В. Ляшенко, А. В. Солонар, В. В. Васильєва, А. Волкова, В. В. Ярков, О. Б. Верба-Сидор, У. Б. Воробель, К. Попов, І. С. Кузьміна й інші.

Формулювання цілей статті. Метою даної статті є порівняльний аналіз інституту приватних виконавців та Державної виконавчої служби.

Виклад основного матеріалу дослідження. Розвиток української правової держави відбувається в умовах системного реформування всіх гілок державної влади. Реформа передбачає приведення державного механізму у відповідність із функціями та завданнями, які покладаються на органи державної влади, усунення протиріч між державними інституціями, а також створення дієвого контрольного механізму з боку громадськості. Безумовно, свого

вдосконалення потребує і діяльність органів з примусового виконання судових рішень у системі інших державних повноважень. Основний Закон України проголошує людину найвищою соціальною цінністю у демократичній, соціальній, правовій державі [1, ст. 3], а тому одним із найважливіших напрямів реалізації цього принципу, на нашу думку, є забезпечення виконання судових рішень.

Історія становлення інституту приватних виконавців та нинішньої Державної виконавчої служби проходить через роки всієї незалежності України. На початковому етапі виконавці належали до судової гілки влади, і поняття «судовий виконавець» досі відлунням звучить серед людей старшого віку. Статус судових виконавців, як невід'ємна складова радянської судової системи, був визначений положеннями Закону СРСР «Про судоустрій СРСР, союзних і автономних республік» від 16 серпня 1938 р. та розвинутий у інших нормативно-правових актах залишався незмінним до прийняття 18 липня 1963 р. Цивільного процесуального кодексу УРСР, розділ V якого у своїй першій редакції мав назву «Виконання судових рішень» і регламентував процес виконання судових рішень та актів інших органів, який було покладено на судових виконавців. Не можна сказати, що Цивільний процесуальний кодекс УРСР 1963 р. змінив правове становище органів примусового виконання судових рішень, хоча їх суб'єктний склад було суттєво розширено. Як і в попередніх цивільно-процесуальних кодексах, судові виконавці залишалися штатними працівниками судів, які у своїй діяльності безпосередньо підпорядковувалися судам. Таким чином, за період існування СРСР було прийнято цілу низку нормативно-правових актів, норми яких було спрямовано на врегулювання правовідносин, що пов'язані з реалізацією заходів примусового виконання судових рішень в Україні. Законодавство у зазначеній сфері було побудовано таким чином, щоб державні виконавці були підконтрольні та підвладні судам. Вважалося, що виконавче

провадження є завершальною стадією цивільного процесу, а самі судові виконавці підпорядковувалися, з одного боку, у процесуальній діяльності - суду, а з іншого, у кадрових питаннях – органам юстиції. Радянське виконавче провадження не містило прямих чи побічних заходів примусового характеру, спрямованих на особу боржника.

Законодавству були невідомі ні боргові тюрми, ні арешт боржника, ні заборона йому виїздити з певної місцевості на час виконання рішення суду. Лише після отримання статусу незалежної держави у 1991 році, з набуттям Україною незалежності та зміною соціального й економічного курсу виникла нагальна потреба у реформуванні судової системи, яка, за прийнятою в 1991 році Концепцією, мала набути статусу самостійної гілки державної влади. З прийняттям Конституції України судова система юридично набувала статусу окремої і самостійної гілки державної влади. Але, незважаючи на конституційне розв'язання питання щодо статусу судової системи, вона де-факто залишалася у стані очікування окреслених Конституцією змін. Повільне просування реформ пояснювалося відсутністю як коштів, так і досвіду в цій важливій справі. Щодо цього, О. Б. Верба-Сидор та У. Б. Воробель зазначають, що порівняння статистики виконання рішень за радянських часів та за період незалежності України до 1998 року, коли утворено Державну виконавчу службу в структурі виконавчої гілки влади, свідчить, що всеохоплюючий контроль суду за діяльністю судового виконавця давав позитивний результат [2, с. 89]. На підтвердження своєї позиції науковці наводять як аргумент рекомендації парламентських слухань «Про стан виконання судових рішень в Україні», що відбулися 22 травня 2014 року. В цьому документі, зокрема, йдеться про те, що відсутність дієвих механізмів контролю суду за виконанням судових рішень з огляду на природу суду значно знижує ефективність судової діяльності, тому з метою забезпечення закінченості технологічного процесу захисту прав

людини у судовому порядку логічно і доцільно повернути службу виконання судових рішень до системи органів судової влади [3].

Хоча, в більшості випадків, уже тоді (1996–1997 роки) юридична спільнота — теоретики й практики — були єдині у тому, що створений за радянських часів інститут судових виконавців віджив своє і не відповідає вимогам часу, новому статусу судової влади, радикальній реформі діяльності судів. Так, 24 березня 1998 року Верховною Радою України було ухвалено Закон України «Про державну виконавчу службу». Зазначений нормативно-правовий акт визначив основи організації та діяльності Державної виконавчої служби, її завдання, правовий статус державних виконавців та їх соціальний захист. Вищезгаданим Законом передбачалося, що Державна виконавча служба входить до системи органів Міністерства юстиції України і здійснює виконання рішень судів та інших органів. Основним завданням Державної виконавчої служби було своєчасне, повне та неупереджене примусове виконання рішень, передбачених Законом. Практичне впровадження норм Закону України «Про державну виконавчу службу» від 24 березня 1998 р. виявило низку недоліків, і вже 31 грудня 1998 р. у його зміст було внесено зміни Законом України № 376-XIV, які набули чинності з 20 січня 1999 р. Заслуговує на увагу той факт, що протягом дії Закону України «Про державну виконавчу службу», аж до втрати ним чинності на підставі Закону України від 02 червня 2016 р. №1403-VIII, вносилися зміни та доповнення дев'ятьма Законами України. Вищезгадані зміни та доповнення носили несистемний характер, не враховували набутого досвіду й практики виконавчого провадження, що і визначило потребу у втраті його чинності. Наступним кроком законодавця було прийняття 21 квітня 1999 р. Закону України «Про виконавче провадження», який визначив новий порядок проведення виконавчих дій новоствореним органом виконання — Державною виконавчою службою. Однак, кардинально новим етапом розвитку

досліджуваного інституту стало прийняття Закону України «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 року. Вказаний нормативно-правовий акт містив багато новел. Однією з них було закріплення того, що примусове виконання рішень покладається на органи Державної виконавчої служби (державних виконавців) та у передбачених законом випадках – на приватних виконавців, правовий статус та організація діяльності яких встановлюються Законом України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів». Таким чином, вважається, що запровадження інституту приватних виконавців надасть можливість стягувачу самостійно вирішувати, до якого виконавця звертатися – до державного чи приватного, та, як наслідок, зменшить навантаження на державних виконавців, а також додатково стимулюватиме підвищення ефективності їх роботи. З метою вирішення проблемних питань, що виникли у сфері примусового виконання рішень, пропонується запровадити інститут приватних виконавців, які діятимуть поряд із органами Державної виконавчої служби, що надасть стягувачам можливість самостійно вибирати особу, яка здійснюватиме відновлення їхніх порушених прав після прийняття відповідного рішення судом [4, с. 143].

Тож, примусове виконання судових рішень і рішень інших органів (посадових осіб) (далі - рішення) покладається на органи Державної виконавчої служби та у визначених Законом України "Про виконавче провадження" випадках - на приватних виконавців. Законодавець ніби наголошує, що інституту приватних виконавців не прирівнятися до Державної виконавчої служби. Хоча якщо ми вже використовуємо зарубіжний досвід, в якому наявна система приватних виконавців, то чому ми не можемо урівняти Державну виконавчу службу та приватних виконавців. Адже, правова основа діяльності органів Державної виконавчої служби та приватних виконавців регулюється одним законодавством, яке становлять Закон

України «Про виконавче провадження» [5], Закон України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» [6], інші закони та нормативно-правові акти, що прийняті на їх виконання. Навіть розглядаючи наказ «Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень» [7], можна помітити таке формулювання, як: вимога виконавця, доручення виконавця чи запит виконавця. Розподіл на державного чи приватного виконавця в самому тексті наказу відсутній. Таким чином, законодавець ніби урівнює повноваження між цими інститутами.

У свою чергу, А. В. Солонар та В. В. Васильєва доходять висновку, що запровадження інституту приватних виконавців є значним кроком уперед у системі реформування державного управління, адже він представлений низкою переваг. Законодавець наділив приватних виконавців широким колом повноважень, надав їм статус самозайнятих осіб, розмежував компетенцію державних і приватних виконавців у деяких справах, а також створив обґрунтований та виважений механізм відповідальності за порушення й зловживання своїми правами для останніх [8, с. 63]. На думку А. Волкова, термін «приватний» не може застосовуватися до суб'єкта, наділеного державою функцією примусового виконання рішень юрисдикційних органів, для реалізації якої вони, зокрема, мають владні повноваження щодо розпорядження чужим майном без згоди власників цього майна (боржників) [9]. Аналогічної позиції дотримується В. В. Ярков, який вважає термін «приватний виконавець» некоректним, оскільки у системі примусового виконання, незалежно від того, рішення виконує державний службовець чи самофінансована особа, немає нічого приватного, бо в державах, які мають систему небюджетного або приватного виконання, виконавець наділяється своїми повноваженнями державою, працює у межах установлених законом процедур; система оплати праці, винагорода

виконавця також регламентована державою, тобто «приватний» елемент відображений лише у способі фінансування та ще деяких елементах організації професії [10].

Одночасно слід зазначити схожі риси між державними та приватними виконавцями. Як у Державній виконавчій службі, так і в приватного виконавця основним завданням є своєчасне, повне та неупереджене виконання рішень, примусове виконання яких передбачено законом. Саме так, приватні виконавці при прийнятті рішень примусового виконання регулюються у своїй діяльності Законом України «Про виконавче провадження», в них немає окремого реєстру й усі постанови вони виносять так, як і державні виконавці в Автоматизованій системі виконавчих проваджень. На цьому етапі складно розмежовувати державного виконавця та приватного виконавця. Доречніше було б зазначити «виконавець». Також, діяльність органів Державної виконавчої служби і приватних виконавців здійснюється з дотриманням принципів: верховенства права; законності; незалежності; справедливості, неупередженості та об'єктивності; обов'язковості виконання рішень; диспозитивності; гласності й відкритості виконавчого провадження та його фіксування технічними засобами; розумності строків виконавчого провадження; співмірності заходів примусового виконання рішень і обсягу вимог за рішеннями.

Аналогічна ситуація щодо здійснення своєї професійної діяльності. Виконавець повинен виконувати її сумлінно, не розголошувати в будь-який спосіб професійну таємницю, поважати інтереси стягувачів, боржників, третіх осіб, не принижувати їх гідність. Виконавець зобов'язаний вживати всіх необхідних заходів, спрямованих на запобігання чи усунення конфлікту інтересів. Виконавці під час здійснення професійної діяльності є незалежними, керуються принципом верховенства права та діють виключно відповідно до закону. Забороняється втручання державних органів, органів

місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, політичних партій, громадських об'єднань, інших осіб у діяльність виконавця з примусового виконання рішень. Також, опір виконавцю, заподіяння тілесних ушкоджень, насильство або погроза застосування насильства стосовно них, їх близьких родичів, а також умисне знищення чи пошкодження їх майна у зв'язку з примусовим виконанням рішень виконавцем тягнуть за собою відповідальність, установлену законом. Така сама відповідальність настає у разі вчинення цих правопорушень стосовно особи після її звільнення з посади державного виконавця чи припинення діяльності приватного виконавця та стосовно їх близьких родичів у зв'язку з примусовим виконанням ними рішень у минулому.

Л. Ю. Сайко та В. В. Ляшенко зазначають, що перевагами запровадження в Україні інституту приватних виконавців є: покращення якості надання населенню послуг із примусового виконання рішень, виведення процедури примусового виконання рішень на якісно новий рівень, суттєве зменшення бюджетних витрат, збільшення надходження до бюджету за рахунок сплати податків приватними виконавцями, зменшення корупційної складової у системі виконання [11, с. 77]. Досвід країн ЄС свідчить, що загалом переважають системи виконання рішень юрисдикційних органів приватними виконавцями. До держав, у яких ефективно працюють приватні виконавці, належать: Франція, Бельгія, Люксембург, Нідерланди, Великобританія [12].

Ведучи мову про розбіжності між приватним виконавцем та державним, слід зазначити, що однією з основних відмінностей у діяльності приватних виконавців та Державної виконавчої служби при здійсненні ними примусового виконання є обмеження щодо рішень, які не може виконувати приватний виконавець. Наприклад, приватний виконавець не виконує рішення щодо:

1) рішень про відібрання і передання дитини, встановлення побачення з нею або

усунення перешкод у побаченні з дитиною;

2) рішень, за якими боржником є держава, державні органи, Національний банк України, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, державні та комунальні підприємства, установи, організації, юридичні особи, частка держави у статутному капіталі яких перевищує 25 відсотків, та/або які фінансуються виключно за кошти державного або місцевого бюджету;

3) рішень, за якими боржником є юридична особа, примусова реалізація майна якої заборонена відповідно до закону;

4) рішень, за якими стягувачами є держава, державні органи;

5) рішень адміністративних судів та рішень Європейського суду з прав людини;

6) рішень, які передбачають вчинення дій щодо майна державної чи комунальної власності;

7) рішень про виселення та вселення фізичних осіб;

8) рішень, за якими боржниками є діти або фізичні особи, визнані недієздатними чи цивільна дієздатність яких обмежена;

9) рішень про конфіскацію майна;

10) рішень, виконання яких віднесено цим Законом безпосередньо до повноважень інших органів, які не є органами примусового виконання.

Виходячи з цього переліку, можна чітко усвідомити, що всі ці рішення виконуються виключно Державною виконавчою службою. Звідси і виникає надмірна завантаженість.

Приватний виконавець, на відміну від державного виконавця, не має статусу державного службовця, є суб'єктом незалежної професійної діяльності. За своєю природою його діяльність буде схожою з адвокатською або приватною нотаріальною практиками [13]. Доволі колосальна різниця у вимогах, хто може бути державним виконавцем, а хто – приватним. Державним виконавцем може бути громадянин України, який має вищу юридичну освіту (для керівників органів

Державної виконавчої служби та їх заступників - не нижче другого рівня), володіє державною мовою і здатний за своїми особистими й діловими якостями здійснювати повноваження державного виконавця. Приватним виконавцем може бути громадянин України, який досяг 25 років, має вищу юридичну освіту не нижче другого рівня, володіє державною мовою, має стаж роботи у галузі права після отримання відповідного диплома не менше двох років та склав кваліфікаційний іспит. Виходить, що з освітньо-кваліфікаційним рівнем «бакалавр» без досвіду роботи особа може зайняти посаду державного виконавця, а от стати приватним виконавцем не вийде.

Ще одна з відмінностей стосується оскарження рішення виконавця. Учасники виконавчого провадження можуть оскаржити дії чи бездіяльність державного виконавця до суду у вигляді позовної заяви до начальника відділу, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець, за допомогою скарги. Рішення, дії чи бездіяльність приватного виконавця можуть бути оскаржені у порядку, встановленому законом. Приватний виконавець несе за свої рішення, дії чи бездіяльність та завдану третім особам шкоду цивільно-правову, адміністративну чи кримінальну відповідальність у порядку й обсягах, установлених законом, а також дисциплінарну відповідальність. Також передбачений контроль за діяльністю приватного виконавця, який полягає у проведенні планових (не частіше за один раз на два роки) і позапланових перевірок. Перевірка проводиться Мін'юстом, а в окремих випадках — Радою приватних виконавців. За результатами перевірки, за наявності ознак дисциплінарного проступку, Мін'юст або Рада направляють до Дисциплінарної комісії приватних виконавців подання про притягнення приватного виконавця до дисциплінарної відповідальності. Одна з фундаментальних різниць між державними і приватними виконавцями полягає саме в джерелі фінансування їхньої діяльності. Якщо органи Державної виконавчої служби

фінансуються за рахунок платників податків, то примусове виконання, здійснене приватним виконавцем, оплачує сам стягувач або боржник. Звідси й виходить, що заробіток приватного виконавця повністю залежить від нього самого, а отже, швидкого й ефективного виконання ним рішення суду чи іншого органу.

Виходячи з практичного досвіду, можна спостерігати таку ситуацію. Усі рішення щодо стягнення на користь держави чи державних органів подаються до Державної виконавчої служби, в більшості випадків це штрафи поліції, де сума стягнення рідко перевищує одну тисячу гривень. У зв'язку з відсутністю впевненості у правомочності приватних виконавців більшість стягувачів за рішеннями стосовно стягнення аліментів та стягувачі за рішеннями, де сума стягнення не досить значна, також звертаються до Державної виконавчої служби. Але юридичні особи, які виступають у ролі стягувача і за рішеннями на користь яких сума заборгованості досить значна, звертаються до приватних виконавців, так як державні виконавці завантажені вищевказаними рішеннями. І ось виникає питання – винагороду за виконання рішення отримують як державні, так і приватні виконавці. Проте винагорода залежить від стягнутої суми, і, таким чином, державні виконавці залишилися без можливості отримати винагороду за виконання рішення, де сума стягнення перевищує хоча б сто тисяч гривень. Саме тому необхідно врівноважити рішення, які можуть виконувати державні виконавці та приватні.

Висновки. На сьогоднішній день інститут приватних виконавців усе більше набирає популярності серед громади, адже, на відміну від державного виконавця, приватний виконавець украй мотивований якомога скоріше реалізувати винесене на користь стягувача рішення, оскільки одержує винагороду в розмірі 10% лише у разі успішного стягнення. В умовах сучасного виконання рішення суду відлунням відображається пострадянська

система ведення статистичних показників діяльності державних виконавців. Дотепер достеменно використовуються такі поняття, як статистика завершення виконавчих проваджень, статистика підбиття підсумків роботи у звітний період Державної виконавчої служби, яка сама по собі змушує виконувати державного виконавця, свою роботу не добросовісно, і в кінцевому

випадку призводить до виконання рішень судів у кількісному, а не якісному співвідношенні. Для ефективного виконання рішень судів та інших органів і для дійсного послаблення завантаженості державних виконавців необхідно урівняти рішення, що підлягають виконанню, та зняти обмеження для приватних виконавців.

Література

1. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 1996. № 30. Ст. 141.
2. Верба-Сидор О. Б. Інститут приватних виконавців в Україні: пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання. *Науковий вісник ЛьвДУВС*. 2016. № 1. С. 86–94.
3. Про стан виконання судових рішень в Україні: рекомендації парламентських слухань від 28 травня 2015 року URI: http://gska2.rada.gov.ua/zakon/skl7/5session/par_sl/sl2205113.htm (дата звернення 12.08.2020 року)
4. Кузьміна І. С. Місце приватних виконавців у системі суб'єктів виконавчого провадження. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 8. С. 143–146.
5. Про виконавче провадження : Закон України від 02 червня 2016 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 30. Ст.542.
6. Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів : Закон України від 02 червня 2016 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 29. Ст.535.
7. Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень : Наказ Міністерства юстиції України від 02 квітня 2012 року. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 2 квітня 2012 р. за № 489/20802
8. Солонар А. В. До питання запровадження інституту приватних виконавців в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 1. С. 58–65.
9. Волков А. Статус виконавця має бути єдиним, без поділу на державного чи приватного. URI: <http://yurgazeta.com/interview/statusvikonavcya-maebuti-edinim-bez-podilu-na-derzhavnogo-chi-privatnogo.html> (дата звернення 12.08.2020 року)
10. Авторгов А. «Частность» присяжных исполнителей будет лишь в способе финансирования. URI: http://jurliga.ligazakon.ua/blogs_article/417.htm (дата звернення 12.08.2020 року)
11. Сайко Л. Ю. Правові аспекти запровадження інституту приватних виконавців в Україні. *Молодий вчений*. 2015. № 5(20). С. 75–78.
12. Попов К. Новый взгляд на реформу судострою: чи будуть в Україні приватні судові виконавці? Європейська правда. URI: <https://www.eurointegration.com.ua/experts/2015/09/23/7038594> (дата звернення 12.08.2020 року)
13. Малишев Б. Приватні виконавці: нова юридична професія і головний засіб реформи системи виконавчого провадження. URL : <http://bit.ly/2YG1ROD>. (дата звернення 12.08.2020 року)

Reference

1. The Verkhovna Rada of Ukraine (1996), The Law of Ukraine “About Constitution of Ukraine”, *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 30. St. 141.
2. Verba-Sidor O. (2016), “Institute of Private Performers in Ukraine: proposals for improving legal regulation”, *Naukovyi visnyk*. Vol. 1. Pp. 86-94.
3. Recommendations of the parliamentary hearings (2015), “On the state of execution of court decisions in Ukraine”, available at: http://gska2.rada.gov.ua/zakon/skl7/5session/par_sl/sl2205113.htm (Accessed 12 August 2020)
4. Kuzmina I. (2014), “The place of private executors in the system of subjects of executive proceedings”, *Porivnylnno-analitychne parvo*. Vol. 8. Pp. 143-146.
5. The Verkhovna Rada of Ukraine (2016), The Law of Ukraine “On enforcement proceedings”, *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, vol. 30, art. 542.
6. The Verkhovna Rada of Ukraine (2016), The Law of Ukraine “On bodies and persons who carry out enforcement of court decisions and decisions of other bodies”, *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, vol. 29, art. 535.
7. Ministry of Justice of Ukraine (2012), Order “On approval of the Instruction on the organization of enforcement of decisions”, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0489-12#Text> (Accessed 12 August 2020)
8. Solonar A. (2016), “On the introduction of the institute of private performers in Ukraine”, *Uridicnij naukovij Journal*. Vol. 1. Pp. 58-65.
9. Volkov A. “The status of the performer should be unique, without division into public or private”, available at: <http://yurgazeta.com/interview/statusvikonavcya-maebuti-edinim-bez-podilu-na-derzhavnogo-chi-privatnogo.html> (Accessed 12 August 2020)

10. Autorgov A. "Particularity" of jurors will be only in the method of financing", available at: http://jurliga.ligazakon.ua/blogs_article/417.htm (Accessed 12 August 2020)
11. Saiko L.Yu. (2015), "Legal aspects of introduction of the institute of private performers in Ukraine", *Molodij vchenij*. Vol. 5(20). Pp. 75-78.
12. Popov K. "A new look at the reform of the judiciary: will there be private bailiffs in Ukraine?", available at: <https://www.eurointegration.com.ua/experts/2015/09/23/7038594/> (Accessed 12 August 2020)
13. Malyshev B. "Private executors: a new legal profession and the main means of reforming the enforcement system", available at: <http://bit.ly/2YG1ROD> (Accessed 12 August 2020)

Стаття надійшла до друку 14.08.2020 року

РОЗДІЛ 3.

Кримінальне право і кримінальний процес; кримінально-виконавче право і кримінологія; криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність

УДК 343.3

ОСОБЛИВОСТІ ПРИМУСУ ЯК СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ДІЯННЯ

Яремко Г.З.

*к.ю.н., доцент, доцент кафедри кримінально-правових дисциплін,
Львівський державний університет внутрішніх справ,
м. Львів, вул. Городоцька, 26, 79007, Україна, тел.: (067) 95 68 607, e-mail.:
yaremkogalyna2017@gmail.com
ORCID: 0000-0003-4333-0424*

Маковецька Н.Є.

*к.ю.н., доцент кафедри державно-правових дисциплін, ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК»,
м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна, тел.: (067) 581-10-043, e-mail.: MakevetskaNE@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0002-6244-1456*

PECULIARITIES OF COERCION AS A SOCIALLY DANGEROUS ACT

Yaremko G.

*Ph.D. in Law, Associate Professor, Department of Criminal Law,
Lviv State University of Internal Affairs, Lviv, st. Gorodotska, 26, 79007, Ukraine,
tel.: (067) 95 68 607, e-mail.: yaremkogalyna2017@gmail.com
ORCID: 0000-0003-4333-0424*

Makovetska N.

*Ph.D. in Law, Associate Professor, Department of State and Legal Disciplines,
«KROK»University, Kyiv, st. Tabirna, 30-32, 03113, Ukraine, tel.: (067) 581-10-043,
e-mail.: MakevetskaNE@krok.edu.ua, ORCID: 0000-0002-6244-1456*

Анотація. У статті розглядається примус як наскрізне кримінально-правове поняття. Від його правильного та єдиного розуміння залежить законність правозастосування. Метою статі є визначення особливостей суспільно небезпечного діяння як однієї із ознак кримінально-правового поняття примусу. Основним завданням аналізу є дати відповідь на такі запитання: в яких конкретно діяннях може виражатися примус; чи може примус виражатися лише дією чи також і бездіяльністю; чи примус та власне сам спосіб примусу є тотожними поняттями. Примус передбачає вимогу діяти певним чином або ж, навпаки, не діяти. Тобто зміст поведінки, що злочинець очікує від адресата, повинен бути озвучений або будь-яким іншим чином доведений до нього. Тому примус як вимога – це акт комунікації, у зв'язку з чим передбачає активну поведінку. Примус як вимога повинен бути підкріплений певними засобами, які власне мають здатність впливати на свободу волі потерпілого, а саме змушувати його діяти чи не діяти відповідним чином. Роль таких забезпечувальних засобів при примусі виконує спосіб як ознака складу злочину. У КК України виділяються такі способи примушування особи: погрозою; заподіянням реальної шкоди; з використанням службового становища або особою, від якої потерпілий був у матеріальній чи іншій залежності; іншими незаконними діями; без жодної деталізації у нормі способу примушування. Психічні способи примусу можуть бути різноманітними.

Головне, щоб такі прийоми були здатними вплинути на свободу волі особи. Суспільна небезпека примусу криється не стільки у способі, яким примушують, а у самому примусі як вимозі до особи діяти чи не діяти відповідним чином. А тому доцільно виключити з відповідних кримінально-правових норм, ознакою яких зазначено примус, вказівки на конкретні способи примусу. Це невиправдано звужує коло кримінальної правової охорони свободи волі особи у відповідній сфері. Доведено, що примус як інформаційна дія передбачає вимогу винного до потерпілого (завжди дія); вплив на свободу волевиявлення здійснюється шляхом впливу на тіло або психіку потерпілого; спосіб примусу може бути як дією, так і бездіяльністю.

Ключові слова: примус, вимога, суспільно небезпечне діяння, спосіб.

Формул.: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл.: 11

Annotation. The article deals with coercion as a cross-cutting criminal concept. The legality of law enforcement depends on its correct and unified understanding. The purpose of the article is to identify the features of socially dangerous acts as one of the features of the criminal concept of coercion. The main tasks of the analysis are to answer the following questions: in what specific acts can coercion be expressed; whether coercion can be expressed only by action or also by inaction; and compulsion and the actual method of coercion are identical concepts. Coercion implies a requirement to act in a certain way or, conversely, not to act. That is, the content of the behaviour that the offender expects from the addressee must be voiced or otherwise communicated to him. Therefore, coercion as a requirement is an act of communication and therefore involves active behaviour. Coercion as a requirement must be supported by certain means that can influence the victim's free will, namely, to force him to act or not act accordingly. The role of such protective means in coercion serves as a sign of the crime. The Criminal Code (CC) of Ukraine defines the following methods of coercion of a person: threat; causing real harm; with the use of official position or by a person on whom the victim was financially or otherwise dependent; other illegal actions; and without detailing the method of coercion in the norm. Mental methods of coercion can be varied. The main thing is that such techniques are capable of influencing the individual's free will. The public danger of coercion lies not so much in the way it is coerced, but in coercion itself as the requirement for a person to act or not to act accordingly. Therefore, it is advisable to exclude from the relevant criminal law indications of coercion, and indications of specific methods of coercion. This unjustifiably narrows the scope of the criminal legal protection of an individual's freedom of will in the relevant area. It is proved that coercion as an informational influence involves the demand of the perpetrator to the victim (always an action); the influence on the freedom of expression is carried out by influencing the body or psyche of the victim; the method of coercion can be both action and inaction.

Keywords: coercion, demand, socially dangerous act, method.

Formulas: 0, fig.: 0, tabl.: 0, bibl.: 11

Постановка проблеми. У кримінальному законі України чимало понять, які наскрізно пронизують кримінально-правову тканину. Від їх правильного та єдиного розуміння залежить законність правозастосування. А тому вивчення таких понять повинно бути загальноприйнятим науковим вектором. Точкові, “постатейні” дослідження повинні бути лише ланкою для системних наскрізних висновків. Так, у Кримінальному кодексі (далі – КК) України більше сотні разів містяться вказівки на примус (примушування) [4]. Попри це немає нормативного визначення такого поняття. Не вирізняються єдністю і наукові позиції.

Аналіз останніх досліджень. Однак, було б несправедливо вказувати, що питання поняття примусу взагалі не висвітлювалося у доктрині кримінального права. Свідченням цього є дисертаційні доробки, зокрема, І. Є. Жданової на тему “Фізичний або психічний примус як

обставина, що виключає злочинність діяння” [3], В. Ю. Рунова на тему “Кримінально-правова охорона особи від незаконного примусу” [7]. Досліджували примус, зокрема, в межах окремих складів злочинів такі автори, як: А. Андрушко [1], М. К. Дімітров [2], О. М. Храмцов [10], Г. З. Яремко [11] та інші.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми. Звичайно, визначення істотних ознак кримінально-правового поняття примусу потребує комплексного аналізу об’єктивних та суб’єктивних ознак, які є об’єднуючим “ядром” поняття. Проте це дослідження, з огляду на обсяг, спрямоване на уявлення лише окремої ознаки. А тому метою цієї статі є визначення особливостей суспільно небезпечного діяння як однієї із ознак кримінально-правового поняття примусу.

Досягнення поставленої мети можливе шляхом з’ясування таких питань, що і є завданнями статті: в яких конкретно діяннях може виражатися

примус; чи може примус виражатися лише дією чи також і бездіяльністю; чи примус і власне сам спосіб примусу є тотожними поняттями.

Виклад основного матеріалу.

Першочергово слід уяснити, який зміст вкладається у поняття примусу в тлумачних словниках. Зокрема, значиться, що це натиск з боку кого-небудь; зусилля над самим собою; примушування; необхідність діяти відповідним способом незалежно від волі, що зумовлена кимось чи чимось; натиск, зумовлений законом [9]. У словнику синонімів в одному логічному ланцюжку з примусом перелічено такі поняття: зневолення, принука, змушування, силювання, примушування, приневолення [8]. Тобто примус (або примушування, що також вживається в КК України) передбачає вплив на певну особу з метою її спонукання активно діяти відповідним чином або ж, навпаки, не вчиняти відповідні дії незалежно від її бажання (волі).

Пошук відповідей на окреслені завдання можливий шляхом аналізу тексту кримінального закону України. Утім, наскільки виважені законодавчі підходи, потрібно уяснити. Так, у ч. 4 ст. 134 КК України йдеться про примушування до стерилізації, а в ч. 5 цієї ж статті - дію, передбачену частиною четвертою. Тобто має місце вказівка саме на “дію”, тобто активну поведінку. Аналогічні вказівки в інших кваліфікованих складах про примус (наприклад, ч. 2 ст. 151-2, ч. 3 ст. 154, ч. 2 ст. 300 КК України). У ст. 174 КК України прямо вказано на примушування до участі у страйку або перешкоджання участі у страйку шляхом насильства чи погрози застосування насильства або шляхом інших *незаконних дій* (виділено авт.). Тобто перелік дій, якими примушують особу до визначеної поведінки, є відкритим, але зазначено, що це, по-перше, дії і, по-друге, дії власне незаконні.

Отож, законодавець у деяких кримінально-правових нормах виражає розуміння того, що примус – поведінка завжди активна. Видається, що таке твердження потребує деякого уточнення.

Сам по собі примус, очевидно, сутнісно передбачає вимогу діяти певним чином або ж, навпаки, не діяти. Тобто зрозуміло, що зміст поведінки, яку злочинець “очікує” від того, кому адресує примус, повинна бути озвучена або будь-яким іншим чином доведена до адресата. Тому, мабуть, примус як вимога – це акт комунікації, у зв’язку з чим справді передбачає виключно активну поведінку. Хоча при цьому вимога може бути висловлена прямо, завуальовано, впливати з попередньої поведінки.

Однак, поряд з цим, примус як вимога повинен бути “підкріплений” певними “засобами”, які власне мають здатність впливати на свободу волі потерпілого, а саме – змушувати його діяти чи не діяти відповідним чином. Роль таких забезпечувальних засобів при примусі виконує спосіб як ознака складу злочину.

Загалом, у теорії кримінального права під способом вчинення злочину розуміють форму прояву суспільно небезпечного діяння, яка означає певний порядок, метод, послідовність рухів і прийомів, що застосовуються особою [5, с. 71]. Тобто спосіб є вираженням діяння.

Проаналізуємо законодавчі вказівки на спосіб примусу. У КК України законодавцем розмежовується фізичний та відповідно психічний примус (ст. 40, ст. 180). Це стало предметом вивчення І. Є. Жданової [3].

Утім, у доктрині висловлювалася думка про те, що примус, будучи впливом на психіку особи, вже є психічним. А тому вживання термінологічного звороту «психічний примус» є тавтологією. Однак, правильно пишуть науковці, що вплив на свідомість особи є впливом першочергово на психіку людини, втім, такий може здійснюватися як через вплив на тіло (фізичний), так і через вплив виключно на психіку (психічний) [2, с. 83]. А тому є підстави виокремлювати як фізичний, так і психічний примус. І відповідні вказівки на фізичний чи психічний характер примусу визначають власне той факт, що вплив на психічну (вольову) сферу людини здійснюється шляхом впливу на тіло чи

шляхом впливу виключно на психіку людини.

У КК України виділяються такі способи примушування особи:

1) погрозою (вбивства (ч. 2 ст. 189; ч. 1 ст. 280); заподіяння іншого насильства (ч. 1 ст. 355, ст. 386); заподіяння матеріальної шкоди (ч. 3 ст. 154; ч. 1 ст. 280); шантажу (ч. 1 ст. 189; ч. 1 ст. 258-1; ч. 1 ст. 303); обмеження прав, свобод або законних інтересів осіб (ч. 1 ст. 189); вчинити викрадення радіоактивних матеріалів (ч. 1 ст. 266));

2) заподіянням реальної шкоди (різного роду насильством (ч. 2 ст. 122, ст. 174); заподіянням матеріальної шкоди (ч. 2 ст. 189; ч. 2 ст. 355));

3) з використанням службового становища або особою, від якої потерпілий у матеріальній чи іншій залежності (ч. 2 ст. 258-1; ч. 2 ст. 303);

4) іншими незаконними діями (ст. 174 КК);

5) без жодної деталізації способу примушування (ч. 1 ст. 120; ч. 1 ст. 127; ч. ч. 2, 4 ст. 134; ч. 2 ст. 142; ч. 2 ст. 143; ч. 1 ст. 151-2; ч. 1 ст. 173).

Із законодавчого переліку способів примусу стає зрозумілим, що законодавець не вичерпує такі способи переліком. Утім, є підстави констатувати, що примус, як вимога домогтися бажаної для винного поведінки, може вчинятися як впливом на тіло людини, так і на психіку.

Так, посягання на тіло іншої людини охоплюється зазвичай поняттям фізичного насильства, яке, як відомо, поділяють на те, яке є небезпечним для життя й здоров'я, та яке не є небезпечним для життя й здоров'я.

Посягання ж на психіку іншої людини охоплюється поняттям психічного насильства. Які ж конкретні способи впливу на психіку особи, що можуть бути дієвими для отримання від суб'єкта очікуваної поведінки.

Один з таких психічних прийомів, що прямо названий законодавцем, - це різного роду погрози [7, с. 7]. Щодо інших психічних способів, то варто звернути увагу, що, наприклад, у диспозиції ст. 127 КК України про катування (в якому

примус є метою) вказано, що таким вважається заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій. Очевидна вказівка на діяння, що полягають, окрім фізичного, у заподіянні морального страждання шляхом мучення, інших насильницьких дій. Така вказівка дає підстави для висновку, що такі дії, незважаючи на їх можливі форми, повинні приносити моральні страждання.

Тобто, психічні способи примусу завдають потерпілому емоційного болю (образи, приниження, нагадування ганебних вчинків особи чи будь-яких подій, фактів, які завдають особі емоційного страждання) або навіть вплив на інших осіб чи навіть об'єкти (наприклад, майно, тварин), які "небайдужі" для винного.

Видається доречним звернутися до Постанови Пленуму Верховного Суду України "Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи" від 7 лютого 2003 року № 2, яка розтлумачує поняття особливої жорстокості [6]. Так, у п. 8, зокрема, зазначено, що особлива жорстокість передбачає, що винний, позбавляючи потерпілого життя, усвідомлював, що завдає йому особливих фізичних, психічних чи моральних **(шляхом згнєблення честі, приниження гідності, заподіяння тяжких душевних переживань, глумління тощо)** страждань, або вчинювалося в присутності близьких потерпілому осіб і винний усвідомлював, що такими діями завдає останнім особливих психічних чи моральних страждань (виділено авт.).

Вочевидь, що психічні способи примусу можуть бути різноманітними. Недоцільною є спроба окреслити перелік способів, якими винний вчиняє примус. Визначальним при виборі винним способом, яким примусити особу до певної поведінки, повинно бути усвідомлення, що такий вплив на тіло чи на психіку особи здатен "зламати" її волю. Суспільна безпека примусу криється не стільки у способі, яким примушують, а у самому

примусі як вимозі до особи діяти чи не діяти відповідним чином. Тобто в порушенні свободи волі людини у сфері певних правовідносин.

У зв'язку з цим варто виключити з відповідних кримінально-правових норм, ознакою яких зазначено примус, вказівки на конкретні способи такого. Це не виправдано звужує коло кримінальної правової охорони свободи волі особи у відповідній сфері. Для однієї особи дієвим є фізичний біль, для іншої – сором, переживання за себе, близьких тощо. Це може стати навіть “козирем” у руках злочинця, які зможуть обрати такий дієвий спосіб примусу, що не визначений у законі, з метою уникнення кримінальної відповідальності. А тому однозначно більш ефективними є ті заборонні кримінально-правові норми в КК України, в яких спосіб примусу неконкретизований.

Ще одне питання, що відноситься до способу вчинення примусу, – чи може спосіб полягати у пасивній поведінці (бездіяльності). Звичайно, метод прикладів не є найефективнішим у науці. Утім, інколи моделювання ситуацій (прикладів) дає можливість знайти відповідь на шукане запитання. Наприклад, роботодавець працівникам, які не погоджуються виконувати роботу, необумовлену договором, затримує зарплату, виплачує в меншому розмірі, позбавляє премії тощо (ст. 173 КК України). Або ж особу позбавляють їжі, сну, засобів до існування, спілкування з рідними тощо, аби примусити до бажаної поведінки. Очевидно, що така бездіяльність може бути цілком “ефективною” для досягнення очікуваного результату.

Література:

1. Андрушко А. Щодо доцільності криміналізації примушування до шлюбу. *Jurnalul juridic national: teorie și practică*. 2018. № 6 (34). С. 170-173.
2. Дімітров М. К. Співвідношення кримінально-правових понять погрози та психічного примусу. *Visegrad journal on human rights*. 2019. № 2 (volume 1). С. 82-85.
3. Жданова І. Є. Фізичний або психічний примус як обставина, що виключає злочинність діяння: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня к.ю.н.: 12.00.08. К., 2010. 19 с.
4. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-III. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua> (дата звернення: 25.06.2020).
5. Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступления. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1960. 244 с.

Отож, спосіб примусу може полягати як у дії, так і в бездіяльності. У зв'язку з цим варто чітко розрізняти власне примус як інформаційну дію (вимогу до потерпілого), як завжди активну поведінку та спосіб примусу, як засоби впливу на тіло чи психіку винної особи, що можуть виражатися як у дії, так і в бездіяльності.

Висновки та перспективи подальшого дослідження. Узагальнюючи аналіз суспільно небезпечного діяння при примусі, видається можливим виокремити такі висновки:

- примус як інформаційна дія передбачає вимогу (пряму чи завуальовану) винного до потерпілого (завжди активна поведінка (дія));

- вплив на свободу волевиявлення здійснюється шляхом впливу на тіло або психіку потерпілого;

- спосіб примусу може бути як дією, так і бездіяльністю.

Суспільна небезпека примусу криється не стільки у способі, яким примушують, а у самому примусі як вимозі до особи діяти чи не діяти відповідним чином. А тому доцільно виключити з відповідних кримінально-правових норм, ознакою яких зазначено примус, вказівки на конкретні способи примусу. Це не виправдано звужує коло кримінальної правової охорони свободи волі особи у відповідній сфері.

Проведений екскурс є лише одним із “пазлів” у формуванні поняття примусу, проте це вже проміжна ланка до вироблення єдиного розуміння такого наскрізного кримінально-правового поняття.

6. Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 року № 2. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua> (дата звернення: 25.06.2020).
7. Рунов В. Ю. Кримінально-правова охорона особи від незаконного примусу: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня к.ю.н.: 12.00.08. К., 2013. 20 с.
8. Словник синонімів Караванського (Словопедія). URL: <http://slovopedia.org.ua> (дата звернення 25.06.2020).
9. Словник української мови: в 11 томах / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970-1980. URL: http://ukrlit.org/slovyk/slovyk_ukrainskoi_movy_v_11_tomakh (дата звернення 25.06.2020).
10. Храмов О. М. Насильство в грабежі (проблеми кримінально-правової оцінки). *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2014. № 18. С. 156-158.
11. Яремко Г. З. Співвідношення вимагання та насильницького грабежу, розбою: верифікація аксіом. *Теоретико-прикладні проблеми правового регулювання в Україні: тези доповідей регіональної наук.-практ. конф.* (м. Львів, 14 грудня 2018 р.) / за заг. ред. І. В. Красницького. Львів: ЛьвДУВС, 2018. С. 445-449.

Reference:

1. Andrushko, A. (2018), "Regarding the expediency of criminalizing coercion into marriage", *Natsional'nyy iurydychnyy zhurnal: teoriia ta praktyka*, vol. 6(34), pp.170-173.
2. Dimitrov, M.K. (2019), "Correlation between criminal law concepts of threat and mental coercion", *Visegrad journal on human rights*, vol. 1, pp. 82-85.
3. Zhdanova, I.Ye. (2010), "Physical or mental coercion as a circumstance that excludes the criminality of the act", Ph.D. Thesis, Crimynal Law, National Academy of Internal Affairs, Kyiv, Ukraine.
4. The Verkhovna Rada of Ukraine (2001), The Law of Ukraine, "Criminal codex of Ukraine", available at: <http://zakon1.rada.gov.ua> (Accessed 25 June 2020).
5. Kudrjavcev, V.N. (1960), *Ob`ektivnaja storona prestuplenija* [The objective side of the crime], Gosudarstvennoe izdatel'stvo juridicheskoy literatury, Moscow, Russia.
6. Plenum of the Supreme Court of Ukraine (2003), Decree, "On judicial practice in cases of crimes against life and health of a person", available at: <http://zakon1.rada.gov.ua> (Accessed 25 June 2020).
7. Runov, V.Yu. (2013), "Criminal legal protection of a person from illegal coercion", Ph.D. Thesis, Crimynal Law, National Academy of Internal Affairs, Kyiv, Ukraine.
8. Dictionary of synonyms Karavansky (Slovopedia), available at: <http://slovopedia.org.ua> (Accessed 25 June 2020).
9. Dictionary of the Ukrainian language: in 11 volumes / Bilodid, I.K., 1970-1980, available at: http://ukrlit.org/slovyk/slovyk_ukrainskoi_movy_v_11_tomakh (Accessed 25 June 2020).
10. Khrantsov, O.M. (2014), "Violence in robbery (problems of criminal law assessment)", *Visnyk Kharkivs'koho natsional'noho universytetu vnutrishnikh sprav*. vol. 18, pp. 156-158.
11. Yaremko, H.Z. (2018), "The ratio of extortion and forced robbery, robbery: verification of axioms", *Tezy dopovidej rehional'noi nauk.-prakt. konf.* [Abstracts of reports of regional scientific-practical. conf.], *Teoretyko-prykladni problemy pravovoho rehuliuвання v Ukraini* [Theoretical and applied problems of legal regulation in Ukraine], Lviv State University of Internal Affairs, Lviv, Ukraine, pp. 445-449.

Стаття надійшла до редакції 30.06.2020 року

УДК341;342.7

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ ПОВОДЖЕННЯ Й ТРИМАННЯ ЗАСУДЖЕНИХ

Мищук М.С.

заслужений юрист України, кандидат юридичних наук, доцент кафедри державно-правових дисциплін, ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК», м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна
tel.: (063) -83-301-46, e-mail: mishchuk.m@ukr.net
ORCID: 0000-0002-9918-1387

Белікова С.О.

доцент кафедри загальноюридичних дисциплін, цивільного права та правового забезпечення туризму, кандидат юридичних наук, Київський університет туризму, економіки і права, м. Київ, вул. Генерала Жмаченка, 26, 02000, Україна
тел.: 050-28-46-998, e-mail: Svetlana.bell@ukr.net
ORCID: 0000-0003-4673-1346

THEORETICAL AND LEGAL ANALYSIS OF INTERNATIONAL STANDARDS FOR THE TREATMENT AND CONTAINMENT OF CONSUMED

Mishchuk M.

Honoured lawyer of Ukraine,
Candidate of Juridical Sciences (Ph.D.), Associate Professor of the department of State and Legal Disciplines, "KROK" University, Kyiv, street Tabirna 30-32, Ukraine
tel.: (063) -83-301-46, e-mail: mishchuk.m@ukr.net
ORCID: 0000-0002-9918-1387

Belikova S.

Assistant professor of Department of General Legal Disciplines,
Civil Law and Tourism Legislative Regulation, Candidate of Juridical Sciences,
Kyiv University of Tourism, Economics and Law,
Kyiv, General Zhmachenkastreet, 26, 02000, Ukraine
E-mail: svetlana.bell@ukr.net, Phone: 050-28-46-998
ORCID: 0000-0003-4673-1346

Анотація. У статті наведено теоретико-правовий аналіз міжнародних стандартів поведінки й тримання засуджених, визначені питання, пов'язані із захистом прав таких осіб, шляхів запровадження у національне законодавство норм міжнародно-правових актів, які закріплюють права і свободи людини. Зосереджено увагу на мінімальних стандартах поведінки з в'язнями, Європейських пенітенціарних правилах, Токійських та Пекінських правилах, оскільки одним із напрямів міжнародної правозастосовної діяльності є розробка і прийняття міжнародно-правових актів, що суттєво впливають на систему органів виконання кримінальних покарань. Основним критерієм для запровадження в дію цих міжнародно-правових актів стало дотримання прав людини у контексті щодо поведінки із засудженими особами в органах та кримінально-виконавчих установах. У зв'язку з цим перед кримінально-виконавчою системою постало питання щодо забезпечення її ефективності шляхом спрямування діяльності у руслі відповідності міжнародним стандартам і правилам. У статті визначено класифікацію міжнародно-правових стандартів та зосереджено увагу на стандартах загального характеру і стандартах спеціального характеру. Аналіз цих стандартних правил свідчить, що вони мають на меті запропонувати свої рекомендації щодо створення у країнах мінімальних загальноновизнаних гуманних умов поведінки та тримання позбавлених волі осіб, щоб забезпечити повагу до людської гідності й усебічного дотримання прав людини на всіх етапах кримінального судочинства. Водночас, окреслено проблеми та системні порушення прав людини у місцях несвободи, які зазначені у щорічній доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини й громадянина в Україні за 2019 рік. Сьогодні пріоритетами у сфері виконання покарань мають стати:

забезпечення прав людини, дотримання мінімальних стандартних правил щодо поводження і тримання засуджених осіб, підвищення ефективності діяльності органів кримінально-виконавчої спрямованості.

Ключові слова: міжнародні нормативно-правові акти, Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями, Європейські пенітенціарні правила, Токійські правила, Пекінські правила, установи виконання покарань, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини.

Формул: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл.: 8.

Annotation. The article provides a theoretical and legal analysis of international standards for the treatment and maintenance of convicts, certain issues related to the protection of the rights of such persons, ways of introducing into national legislation the norms of international legal acts that enshrine human rights and freedoms. Attention is focused on the Minimum Standards for the Treatment of Prisoners, the European Penitentiary Rules, the Tokyo and Beijing Rules, since one of the areas of international law enforcement activity is the development and adoption of international legal acts that have a significant impact on the system of enforcement bodies. The main criterion for the enactment of these international legal acts was the observance of human rights in the context of the treatment of convicted persons in penal institutions. In this regard, the penitentiary system was faced with the question of ensuring its effectiveness by directing its activities in accordance with international standards and rules. The article defines the classification of international legal standards and focuses on general and specific standards. The analysis of these standard rules states that they aim to propose their recommendations for the establishment in countries of universally recognized minimum conditions of humane treatment and detention of persons deprived of their liberty, in order to ensure respect for human dignity and full respect for human rights at all stages of criminal proceedings. At the same time, the problems and systemic violations of human rights in places of detention, indicated in the annual report of the Authorized Person of the Verkhovna Rada of Ukraine for Human Rights on the state of observance and protection of human and civil rights and freedoms in Ukraine in 2019, were identified. Today, the priorities in the sphere of the execution of sentences should be: ensuring human rights, observing the minimum standard rules for the treatment and maintenance of convicts, increasing the efficiency of the activities of the bodies of the criminal executive direction.

Key words: international regulations, Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, European Penitentiary Rules, Tokyo Rules Rules, Beijing Rules, institutions for the execution of sentences, Authorized Person of the Verkhovna Rada of Ukraine for Human Rights.

Formulas: 0, fig.: 0, tabl.: 0, bibl.: 8.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. В умовах сьогодення міжнародне співтовариство різноманітно впливає на ведення в Україні правозастосовної діяльності у сфері протидії злочинності. Одним із напрямів такої діяльності є розробка та прийняття міжнародно-правових актів, які суттєво впливають на систему органів виконання кримінальних покарань. Основним критерієм для запровадження в дію цих міжнародно-правових актів стало дотримання прав людини у контексті щодо поводження із засудженими (ув'язненими) особами.

Досвід європейських країн та судових інституцій міжнародного рівня, таких як Європейський суд з прав людини, свідчить про чисельні порушення прав засуджених і важливості здійснення контролю за діяльністю установ відбування покарань з метою уникнення ризику порушення прав людини.

Слід зазначити, що сьогодні у науковій та юридичній літературі

приділяється певна увага дотриманню Україною норм міжнародних правових стандартів щодо поводження й тримання засуджених до позбавлення волі осіб. У свою чергу, перед кримінально-виконавчою системою органів та установ постало питання щодо забезпечення її ефективності шляхом спрямування діяльності у руслі відповідності міжнародним стандартам і правилам.

Вважаємо, що актуальність досліджень з питань дотримання прав людини в пенітенціарних установах щороку значно зростає, а відтак, зростає зацікавленість у застосуванні зарубіжного досвіду та єдиних міжнародно-правових норм у цій сфері суспільних відносин.

Вирішення наявних проблем, пов'язаних з поводженням і триманням ув'язнених осіб необхідно починати з розуміння сутності мінімальних стандартів поводження з в'язнями, Європейських пенітенціарних правил, Токійських та Пекінських правил, дослідженні проблемних питань і фактів порушення прав людини у цій сфері, що є одним з

ключових завдань у напрямі захисту прав людини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням різних аспектів особистості засуджених осіб та забезпеченням їх прав у вітчизняній науці кримінально-виконавчого права займалися такі науковці, як: Ю. Антонян, В. Бадира, І. Богатирьов, О. Богатирьова, О. Джужа, Н. Карпачова, О. Колб, В. Лутковська, В. Маляренко, В. Меркулова, А. Степанюк, В. Трубников, Ю. Чеботарьова й інші, праці яких на сьогодні мають суттєве наукове значення. Серед сучасних провідних учених у цій сфері окремі дослідження щодо визначення стану дотримання прав людини в діяльності органів та установ виконання покарань на основі імplementованих міжнародних стандартів забезпечення прав засуджених до позбавлення волі проводили В. Кирилюк, Н. Рябих, О. Почанська, О. Стеблинська. Проте питання щодо системного аналізу втілення міжнародно-правових стандартів, спрямованих на захист прав засуджених осіб до позбавлення волі зумовлюють подальші дослідження, чим і пояснюють актуальність даної публікації.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми. Необхідно зауважити, що на сьогодні недостатньо дослідженим залишається питання щодотейоретико-правового аналізу захисту прав засуджених та ув'язнених осіб, втілення теоретичних аспектів міжнародно-правових стандартів у діяльність кримінально-виконавчих установ, імplementації міжнародних норм у національне законодавство.

Формулювання цілей статті. Метою статті є теоретико-правовий аналіз міжнародних стандартів поводження й тримання засуджених, а також визначення питань, пов'язаних із захистом прав таких осіб та шляхів упровадження у національне законодавство норм міжнародно-правових актів, які закріплюють права і свободи людини.

Виклад основного матеріалу дослідження. У результаті міжнародного співробітництва у кримінально-виконавчій

сфері розробляються та приймаються положення, що в сучасній теорії називаються міжнародними стандартами поводження із засудженими. У цих стандартах закладено узагальнений позитивний міжнародний практичний досвід стосовно поводження і тримання в установах відбування покарань засуджених, наявність альтернативних позбавленню волі заходів, а також гуманістичний підхід щодо вдосконалення виконання покарань.

Безумовно, міжнародні стандарти знаходять відображення в певних правових документах, зокрема, деклараціях, конвенціях, правилах, договорах у вигляді норм, а також принципів та рекомендацій, які у подальшому можуть бути імplementовані у національне законодавство. Основні норми міжнародних нормативно-правових актів стали базовою основою для розробки чинного законодавства кримінально-правового і кримінально-виконавчого характеру, що є додатковими гарантіями дотримання прав засуджених в установах виконання покарань.

Міжнародно-правові акти закріплюють основні стандарти та є еталоном гарантій прав і свобод громадян. Визнання міжнародно-правових актів, ратифікація та реалізація їхніх положень у національному законодавстві є одними з обов'язків, узятих на себе Україною перед міжнародним співтовариством. У результаті міжнародного співробітництва у сфері забезпечення прав людини в системі виконання покарань розробляються і приймаються положення, які в сучасній пенітенціарній теорії іменуються міжнародними стандартами поводження із засудженими [1].

Значення міжнародних нормативно-правових актів полягає в тому, що вони насамперед є орієнтиром для розвитку політики у сфері виконання покарань, законодавства та захисту прав засуджених у різних країнах. Вони пронизані тезами щодо спрямованості виконання покарань на ресоціалізацію виправлення засуджених, поєднання вимогливості до засуджених з гуманним і справедливим

ставленням до них, залучення засуджених до суспільно корисної діяльності, спонукання до роботи над собою тощо.

Основними формами діяльності держави щодо ефективного залучення та використання стандартів міжнародного характеру в сфері забезпечення прав осіб, засуджених до позбавлення волі, є безпосередня міжнародна співпраця, обмін досвідом у реформі пенітенціарної сфери й, зокрема, у питаннях захисту та охорони прав і свобод засуджених, упровадження зарубіжного досвіду нормативно-правового закріплення й застосування міжнародних стандартів стосовно прав засуджених осіб шляхом ратифікації та подальшої імплементації цих стандартів у національному законодавстві, адаптації норм чинного національного законодавства до загальновизнаних міжнародних стандартів у даній сфері, а також відповідної правотворчої й правозастосовної, організаційної, оперативної-виконавчої та контрольної діяльності всіх суб'єктів забезпечення прав осіб, засуджених до кримінального покарання у вигляді позбавлення волі [2, с. 167].

У межах статті передбачається теоретико-правовий аналіз міжнародних нормативно-правових актів, зосереджений на мінімальних стандартах поводження з в'язнями, Європейських пенітенціарних правилах, Токійських і Пекінських правилах.

Міжнародно-правові стандарти, як усі інші нормативно-правові акти, мають відповідну класифікацію. На наш погляд, умовно їх можна класифікувати на стандарти загального характеру й стандарти спеціального характеру.

Стандарти загального характеру відображені в універсальних міжнародних документах про права людини, прийнятих Організацією Об'єднаних Націй (ООН), Радою Європи (РЄ) та іншими міжнародними організаціями, до яких слід віднести: Загальну декларацію прав людини (1948 р.), Міжнародний пакт про цивільні і політичні права (1973 р.), Конвенцію № 29 про примусову або обов'язкову працю (1930 р., у редакції –

1956 р.), Декларацію про захист всіх осіб від тортур і інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів обігу і покарання (1975 р.), Конвенцію проти тортур і інших жорстоких, нелюдських і принижуючих гідність видів обігу і покарання (1984 р.), Європейську конвенцію про захист прав людини і основних свобод (1950 р., ратифіковану в 1997 р.), Європейську конвенцію про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню (1987 р., ратифіковану в 1997 р.) та інші.

Стандарти спеціального характеру містяться у таких міжнародно-правових актах, як: Мінімальні стандартні правила ООН поводження з в'язнями (1955 р.), Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку (1979 р.), Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя у відношенні неповнолітніх («Пекінські правила», 1982 р.), Європейські пенітенціарні правила (1987 р.), Звід принципів захисту всіх осіб, що піддаються затриманню або ув'язненню в будь-якій формі (1988 р.), Мінімальні стандартні правила ООН у відношенні заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням («Токійські правила», 1990 р.), Правила ООН, які стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі (1996 р.) тощо.

Найбільш детально спеціальні міжнародні стандарти стосовно засуджених до позбавлення волі осіб викладені у Мінімальних стандартних правилах поводження з в'язнями, які у 1955 році були схвалені Економічною і Соціальною Радою ООН.

Як зазначено у Правилах, ідея розробки універсальних норм стосовно поводження з в'язнями вперше була висунута Міжнародною кримінальною і пенітенціарною комісією, що підготувала збірник правил, які були схвалені Лігою Націй у 1934 році. У 1951 році вказану Комісію було розпущено, а провідну роль у міжнародній діяльності у цій сфері стала відігравати ООН, якою 30 серпня 1955 року і було схвалено Мінімальні

стандартні правила поводження з в'язнями [резолюція 663 СІ (XXIV)]. Зазначені правила відображають загальний принцип та практику поводження з в'язнями. Це є мінімальні умови, що розглядаються ООН як прийнятні як такі, що покликані також забезпечувати захист в'язнів від поганого поводження, особливо в тому, що стосується підтримування дисципліни і застосування заходів щодо наведення порядку в пенітенціарних установах [3].

Вказані правила впливають на пенітенціарну політику та практику в країнах, які погодилися з їх основними положеннями. Вони отримали визнання серед міжнародної спільноти як значущі практичні рекомендації з управління установами виконання покарань і поводження з ув'язненими.

Зауважимо, що ці стандарти витримали всі виклики часу та на сьогодні залишаються актуальними і затребуваними, оскільки складають міжнародно-правовий інститут захисту прав людини, засудженої до позбавлення волі.

За мінімальними стандартами, що містяться у цих правилах, прослідковується основний принцип діяльності установ виконання покарань – робота з засудженими, спрямована для повернення їх до повноцінного життя в суспільстві. У них розкрито положення щодо процедури вивчення особи ув'язненого, тримання ув'язнених у відповідності з розподілом на категорії, обладнання приміщень для їх перебування (наприклад, на окреме ліжко відповідно до національних чи місцевих норм), санітарно-гігієнічне забезпечення та своєчасне надання медичної допомоги (а у разі необхідності – забезпечення належним лікуванням), матеріально-технічне забезпечення, якісне харчування, недопускання застосування до в'язнів жорстоких, нелюдських або принизливих видів покарання за дисциплінарні проступки, залучення до фізичних вправ, спорту, праці, освіти, надання відпочинку, підтримання стосунків із зовнішнім світом і опіки після звільнення тощо.

Так, організація і методи роботи в закладах повинні максимально наближатися до тих, які прийняті за стінами закладів, щоб в'язні привчилися таким чином до умов праці на волі (п.72 частини II). З самого початку відбування терміну покарання слід думати про майбутнє, яке чекає в'язня після його звільнення. Тому треба допомагати йому підтримувати й зміцнювати зв'язки з особами та установами, що знаходяться за стінами закладу, які здатні захистити інтереси його сім'ї і сприяти включенню в життя суспільства після звільнення (п. 80 частини II) [3].

Як зауважує Н. Рябих, неабияку увагу міжнародно-правові стандарти звертають на духовну ізоляцію. Так, Мінімальні стандартні правила поводження з ув'язненими запровадили основну суть ізоляції засудженого, яка проявляється в тому, що позбавляють його свободи. Тому, крім випадків, коли сегрегація (відокремлення) видається виправданою або коли цього вимагає дисципліна, в'язнична система не повинна поглиблювати страждання, які випливають з такого становища [4, с. 176].

У більшості положення Європейських пенітенціарних (в'язничних) правил, затверджені Комітетом міністрів РЄ (1987 р.) [5] і рекомендовані державам – членам РЄ для реалізації у національному законодавстві та практичному використанні, схожі з Мінімальними стандартними правилами поводження з в'язнями. Ці правила регулярно оновлюються і не містять конкретних норм міжнародного права, але, у той же час, визнаються на міжнародному рівні як такі, що утворюють прогресивне розуміння всієї пенітенціарної системи, створеної для служіння інтересам суспільства та держави. Вони застосовуються щодо всіх осіб, узятих під варту судом, а також засуджених до позбавлення волі.

Основними принципами цих правил є те, що при поводженні з усіма особами, позбавленими волі, необхідно дотримуватися прав людини (п.1); життя в місцях позбавлення волі повинно бути,

настільки це можливо, наближене до позитивних аспектів життя у суспільстві (п. 5); утримання під вартою має здійснюватися таким чином, щоб сприяти поверненню до суспільства осіб, позбавлених волі (п. 6); персонал пенітенціарних установ виконує важливу суспільну функцію, і тому порядок їх набору, професійної підготовки та умови роботи повинні забезпечувати їм можливість підтримувати високі стандарти поведінки з ув'язненими (п. 8) [5].

Європейські пенітенціарні правила відображають прогресивний підхід до процесу впливу на засуджених, спрямований на їх виправлення завдяки трудовій діяльності, що не повинна мати елементи покарання. Так, згідно з п.26.1 Правил, працю в місцях ув'язнення варто розглядати як позитивний елемент внутрішнього режиму та ніколи не застосовувати як покарання [5]. Тільки так можна сприяти розвитку соціально корисних професійних навичок у засуджених, результатом яких є перспектива успішної реінтеграції.

Водночас, правилами передбачена відповідальність державних органів і їх посадових осіб за ставлення до ув'язнених з метою непорушення їх особистих прав. Зокрема, за пенітенціарні установи повинні відповідати органи державної влади (п.71); керування пенітенціарними закладами мусить здійснюватися в етичному контексті, у рамках якого визнається, що до ув'язнених необхідно ставитися гуманно та з повагою до невід'ємної гідності людини (п. 72.1) [5].

Отже, ключовою ідеєю європейських правил є виправлення засудженої особи через призму позитивного впливу на погляди і поведінку такої особи з боку персоналу установи, не порушуючи її особистості, а також сприяння формуванню навичок, які допомагають швидко реінтегруватися у суспільство.

Низку міжнародно-правових актів доповнюють Мінімальні стандартні правила ООН стосовно заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням. Ці правила прийнято називати Токійськими, оскільки вони були розроблені Інститутом

Азії і Далекého Сходу при ООН у Токіо у 1990 році.

На відміну від попередніх правил, Токійські правила складаються з основних принципів, що сприятимуть застосуванню до правопорушників (підозрюваного, обвинуваченого, засудженого) на всіх етапах відправлення кримінального судочинства певних видів заходів, не пов'язаних із позбавленням волі, а також мінімальних гарантій для таких осіб. Ними передбачено систему заходів, альтернативних позбавленню волі, а саме: усні санкції (зауваження, попередження, осуд), умовне звільнення від відповідальності, економічні санкції та грошове покарання (разові й щоденні штрафи), конфіскація або постанова про позбавлення права на майно, повернення майна жертві або його компенсація, умовне покарання або покарання з відстрочкою, виконання громадсько-корисних робіт, домашній арешт, направлення у виправну установу з обов'язковою щоденною присутністю, будь-яке інше поведіння, не пов'язане з тюремним ув'язненням (п.8.2.) [6]. Перелічені альтернативні заходи можуть застосовуватися як досудові заходи, так і після винесення вироку з урахуванням ступеня тяжкості скоєного правопорушення, особистості та біографії правопорушника.

Поміж іншим, ці правила мають на меті забезпечення більш активної участі громадськості у здійсненні правосуддя за кримінальними справами, а також сприяння розвитку в правопорушників відчуття відповідальності перед суспільством. Гуманістичний підхід правил ще раз підтверджує залучення громадянського суспільства до участі у відправленні кримінального судочинства та розглядається, з одного боку, як відповідний внесок у справу щодо захисту інтересів суспільства, а з другого – для запобігання невинуватого застосування до правопорушника тюремного ув'язнення.

Як і всі інші міжнародні нормативно-правові акти, Токійські правила мають рекомендаційний характер та можуть

застосовуватися у кожній країні з урахуванням її економічних, соціальних і культурних умов, а також цілей та задач системи кримінального правосуддя.

Варто окреслити, що у класифікації міжнародних стандартів діють Мінімальні стандартні правила ООН, які стосуються відправлення правосуддя стосовно неповнолітніх, – «Пекінські правила» (1985 р.). Дані правила визначають принципи поведінки з неповнолітніми правопорушниками на всіх стадіях кримінального судочинства, включаючи відбування ними кримінального покарання. Водночас, у правилах акцентується увага на вдосконаленні системи правосуддя стосовно неповнолітніх, яка насамперед має бути направлена на забезпечення благополуччя неповнолітнього і будь-які заходи кримінального впливу стосовно нього мають завжди бути співмірні як з особливостями його особистості, так і з обставинами правопорушення.

Важливе місце у вказаних правилах займають основні процесуальні гарантії для неповнолітніх, якими є: презумпція невинуватості, право бути повідомленим у пред'явленні обвинувачення, на відмову давати показання, мати адвоката, на присутність батьків або опікуна, на очну ставку зі свідками та їх перехресний допит, на апеляцію до вищої інстанції. Ці права повинні бути гарантовані неповнолітньому на всіх етапах судового розгляду (п.7.1). Загальновизнаним є те, що судовий розгляд має відповідати інтересам неповнолітнього і здійснюватися в атмосфері розуміння, що дозволить неповнолітньому брати участь у ньому та вільно висловлювати свою думку (п. 14.2) [7].

Пекінські правила, хоча й акцентують увагу на дотриманні процесуальних гарантій неповнолітніх, але віддають центральне місце виховному впливу стосовно них, ставлячи їх виправлення переважним без ізоляції від суспільства.

До речі, щоб уникнути тюремного ув'язнення, до неповнолітніх застосовуються альтернативні заходи (п.

18.1). Поміщення неповнолітнього в якусь виправну установу завжди має бути крайнім заходом, який застосовується протягом мінімально необхідного терміну (п. 19.1). Метою виховної роботи з неповнолітніми у виправних установах є забезпечення опіки, захисту, освіти та професійної підготовки для надання їм допомоги щодо виконання соціально-корисної і плідної ролі в суспільстві (п. 21.1). Умовне звільнення з виправної установи застосовується відповідними організаціями в максимально широких масштабах і в максимально ранні терміни (п. 28.1) [7].

Отже, аналіз вищевказаних міжнародних стандартних правил свідчить, що вони мають на меті запропонувати свої рекомендації щодо створення у країнах мінімальних загальновизнаних гуманних умов поведінки та тримання позбавлених волі осіб, щоб забезпечити повагу до людської гідності й усебічного дотримання прав людини на всіх етапах кримінального судочинства.

Проте, системні порушення прав людини у місцях несвободи продовжують мати місце, про що згадується у повідомленнях і щорічній доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини Л.Денісової про стан додержання та захисту прав і свобод людини й громадянина в Україні за 2019 рік, опублікованій у березні 2020 року. Зокрема, з доповіді вбачається, що протягом 2019 року було проведено 711 моніторингових візитів до місць несвободи, а також розглянуто 1775 повідомлень громадян, які перебували у місцях несвободи та членів їх сімей щодо порушень прав таких громадян. За результатами візитів правоохоронними органами було розпочато досудове розслідування у 63 кримінальних провадженнях за фактами дій працівників правоохоронних органів, нанесення тілесних ушкоджень, катувань, зловживання службовим становищем, залишення в небезпеці. За її словами, заходи, здійснені Уповноваженим, дали змогу виявити основні порушення прав людини в місцях несвободи, зокрема:

катування, жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження чи покарання; порушення прав на свободу та особисту безпеку; достатній життєвий рівень, що включає достатнє харчування, одяг, житло; охорону здоров'я та медичну допомогу; професійну правничу допомогу. Наприклад, залишаються не вирішеними питання щодо проведення медичних оглядів засуджених, які утримуються у виправних центрах (медичні частини при таких установах не функціонують); належного рівня обстеження в'язнів на туберкульоз і надання медичної допомоги хворим на різні форми туберкульозу [8, с. 137, 156].

Враховуючи щорічну доповідь Уповноваженого, яка звертає увагу на наявність чисельних фактів недотримання прав людини, вважаємо за необхідне приведення умов тримання та поводження з засудженими особами у місцях неволі й в інших установах виконання покарань максимально наближеними до вимог, встановлених міжнародними нормативно-правовими актами. Це дозволить мінімізувати порушення фундаментальних прав людини та посилити ефективність практичних інститутів кримінально-виконавчих правовідносин.

Висновки і перспективи подальшого дослідження. Зробивши теоретико-правовий аналіз низки міжнародних нормативно-правових актів, можна зробити висновки, що пріоритетами у сфері виконання покарань повинні стати: забезпечення прав людини в системі виконання покарань; дотримання Мінімальних стандартних правил щодо поводження й тримання засуджених осіб; підвищення ефективності діяльності органів кримінально-виконавчої спрямованості.

Отже, існує реальна потреба у виявленні проблемних моментів у діяльності установ виконання покарань. Для цього варто окреслити деякі напрями діяльності, які слід упроваджувати на сучасному етапі з метою забезпечення прав людини в установах відбукання покарань:

Література:

- надалі продовжувати прийняття та впровадження у національне законодавство норм міжнародно-правових актів, які закріплюють права і свободи людини;

- з погляду відповідності чинного кримінально-виконавчого законодавства нормам міжнародних стандартів бажано було б наповнити їх більш стимулюючим змістом заохочувальних заходів, а також запровадити в установах кримінально-виконавчої системи відповідні умови для сприяння поверненню засуджених (після відбуття покарання) до правослухняного способу життя у надзвичайно короткі строки;

- постійно вивчати матеріали інспектувань і щорічних доповідей Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини та виявлені ним факти порушень прав і свобод громадян з метою їх запобігання у подальшому, підвищення ефективності діяльності установ виконання покарань;

- забезпечити відповідність умов тримання та поводження з засудженими особами вимогам людської гідності й нормам, встановленим міжнародними нормативно-правовими актами;

- не допускати випадків нехтування прав людини в установах виконання покарань та віднесення засуджених до осіб «поза суспільством».

Таким чином, запровадження в Україні міжнародних стандартів з прав і свобод засуджених осіб є одним з актуальних питань сьогодення, які стоять перед державою з огляду на необхідність реалізації конституційних положень щодо прав людини. Для набуття результативності ефективності діяльності органів та установ виконання покарань, слід детально регламентувати її за допомогою теоретико-правового аналізу міжнародних нормативно-правових актів, у яких закріплені основні міжнародні стандарти захисту прав людини, а також шляхом імплементації міжнародних норм у національне законодавство.

1. Кирилюк В.А., Стеблинська О.С. Імплементація міжнародних стандартів щодо забезпечення прав засуджених у діяльності органів та установ виконання покарань. *Альманах права*. 2017. Вип. 8. С. 323-327.
2. Почанська О. Основні форми використання міжнародно-правових стандартів у сфері забезпечення прав осіб, засуджених до позбавлення волі в Україні. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 1. Том. 2. С. 166-172. URL: http://www.nvppp.in.ua/vip/2018/1/tom_2/34.pdf (дата звернення 08.08.2020).
3. Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями від 30.08.1955 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_212#Text (дата звернення 08.08.2020).
4. Рябих Н.В. Міжнародно-правові стандарти у галузі захисту прав осіб, засуджених до позбавлення волі. *Форум права*. 2016. № 2. С. 175–179. URL: <https://nbuv.gov.ua/UJRN/FP> (дата звернення 08.08.2020).
5. Європейські пенітенціарні правила, затверджені Комітетом міністрів РЄ (1987 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_032#Text (дата звернення 08.08.2020).
6. Мінімальні стандартні правила ООН відносно заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням («Токійські правила») від 14 грудня 1990 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_907#Text (дата звернення 19.11.2020).
7. Мінімальні стандартні правила ООН, які стосуються відправлення правосуддя у відношенні неповнолітніх («Пекінські правила») від 29 листопада 1985 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_211#Text (дата звернення 19.11.2020).
8. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2019 рік. URL: <http://ombudsman.gov.ua/> (дата звернення 22.11.2020). С. 137, 156.

Reference:

1. Kirilyuk, V.A. and Steblinska, O.S. (2017), «Implementation of international standards for ensuring the rights of convicts in the activities of bodies and institutions for the execution of sentences», *Almanach of law*, vol. 8, pp. 323-327.
2. Pochanska O. (2018), «The main forms of using international legal standards in the field of ensuring the rights of persons sentenced to imprisonment in Ukraine», *Scientific bulletin of public and private law*, vol.1, tom. 2, pp.166-172. available at: http://www.nvppp.in.ua/vip/2018/1/tom_2/34.pdf (Accessed 8 Aug 2020).
3. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners of 30.08.1955 in edition of 30.08.1955 (1955). Available at: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_212#Text (Accessed 8 Aug 2020).
4. Ryabyx N.V. (2016). «International legal standards in the field of protection of the rights of persons sentenced to imprisonment», *Forum of law*, No. 2, pp. 175-179. available at: https://www.nvppp.in.ua/vip/2018/1/tom_2/34.pdf (Accessed 8 Aug 2020).
5. European Prison Rules of 12.02.1987 in edition of 11.01.2006 (2006). Available at: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_032#Text (Accessed 8 Aug 2020).
6. United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules) of 14.12.1990 in edition of 14.12.1990 (1990). Available at: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_907#Text (Accessed 8 Aug 2020).
7. United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules) of 29.11.1985 in edition of 29.11.1985 (1985). Available at: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_211#Text (Accessed 8 Aug 2020).
8. Annual report of the Authorized Person of the Verkhovna Rada of Ukraine for Human Rights on the state of observance and protection of human and civil rights and freedoms in Ukraine in 2019 of march 2020 in edition of 20.03.2020 (2020). Available at: <https://www.ombudsman.gov.ua> (Accessed 8 Aug 2020).

Стаття надійшла до друку 14.08.2020

УДК 351.746.2 (477)

ЛЕГАЛІЗАЦІЯ ПРИВАТНОЇ ДЕТЕКТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Гіжевський В.К.

проректор, кандидат юридичних наук, професор, ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК»,
м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна, тел.: (044) -45-569-85, e-mail: gvk@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0001-9697-6718

Коновалов О.А.

здобувач ступеня вищої освіти «магістр», ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК»,
м. Київ, вул. Табірна, 30-32, 03113, Україна, тел.: (044) -45-569-85, e-mail.: KonovalovOA@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0001-7031-3561

LEGALIZATION OF PRIVATE DETECTIVE ACTIVITY IN UKRAINE: PROBLEMATIC ISSUES

Hizhevskyy V.

Vice-Rector, Candidate of Law Sciences (Ph.D), Professor
“KROK” University, st. Tabirna, 30-32, 03113, Kyiv, Ukraine, tel.: (044) -45-569-85, e-mail: gvk@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0001-9697-6718

Konovalov O.

Master's Degree Student, “KROK” University, st. Tabirna, 30-32, 03113, Ukraine tel.: (044) -45-569-85,
e-mail.: KonovalovOA@krok.edu.ua
ORCID: 0000-0001-7031-3561

Анотація. У статті досліджено проблемні питання легалізації приватної детективної діяльності в Україні. Насамперед аналізується необхідність існування такого виду діяльності в Україні та потреба у його ліцензуванні на законодавчому рівні. Акцентовується увага на проблемах існуючих законопроектів, що пропонують способи врегулювання приватної детективної діяльності у законодавстві. Зазначено, які саме пропозиції існуючих законопроектів суперечать чинному законодавству України, розглянуто розвиток законопроектів про легалізацію приватної детективної діяльності та зміни у їх підходах щодо вирішення конфліктів із законодавчою системою. Також розглядаються можливі варіанти визначення приватної детективної діяльності, які пропонуються законопроектами, створеними за роки існування незалежної України. Обговорюється проблема висування запропонованих законопроектів вимог до осіб, що мають намір займатися приватною детективною діяльністю. Автор порівнює приватну детективну діяльність з іншими видами правозахисної діяльності, яка здійснюється недержавними фізичними та юридичними особами, та пропонує використовувати їх досвід для приватної детективної діяльності. Крім того, вивчено зарубіжний досвід урегулювання такої діяльності та зроблено висновки на його основі. Автором сформульовано основні зауваження до існуючих пропозицій щодо ліцензування приватної детективної діяльності та запропоновано деякі варіанти вирішення таких проблем. Зокрема, висунуто пропозицію щодо органу ліцензування цього виду діяльності та можливі варіанти вирішення конфлікту законопроектів про приватну детективну діяльність з існуючими положеннями в законодавстві України. Автором розглядаються права та обов'язки суб'єктів, що займаються приватною детективною діяльністю, на основі чого можна законодавчо врегульовувати таку діяльність.

Ключові слова: приватна детективна діяльність, легалізація, зарубіжний досвід, регулювання, законопроект.

Формул.: 0, рис.: 0, табл.: 0, бібл.: 9.

Annotation. The article explores the problematic issues of the legalization of private detective activity in Ukraine. First of all, it analyzes the need for this type of activity in Ukraine and the need for its licensing at the legislative level. Attention is drawn to the problems of existing bills that offer ways of regulating private detective activity at the legislative level. It is pointed out what proposals of the existing bills are contrary to the current legislation of Ukraine, the development of bills on the legalization of private detective activity and changes in their

approaches to resolving conflicts with the legislative system are considered. Possible options for identifying private detective activity that are proposed by bills created during the years of existence of an independent Ukraine are also considered. Discusses the problem of putting forward the requirements of the draft laws to persons who intend to engage in private detective activity. The author compares private detective activities with other types of human rights activities carried out by non-state individuals and legal entities, and suggests using their experience for private detective activities. In addition, the foreign experience of regulating such activity is studied and conclusions are drawn on its basis. The author formulated the main comments on the existing proposals for licensing private detective activity and suggested some options for solving such problems. In particular, a proposal was made for a licensing authority for this type of activity and possible options for resolving the conflict of bills on private detective activity with the existing provisions in the legislation of Ukraine. The author examines the rights and obligations of subjects engaged in private investigative activities, which can be used to regulate such activities by law.

Keywords: private detective activity, legalization, foreign experience, regulation, bill

Formulas: 0, fig.: 0, tabl.: 0, bibl.: 9.

Постановка проблеми. Сучасний міжнародний досвід свідчить про те, що в питаннях забезпечення безпеки суспільства багато країн світу покладається не лише на державні органи, а й на приватні детективні (охоронні) структури [1]. За всю історію незалежної України було зареєстровано низку законопроектів, які пропонували шляхи легалізації такого виду діяльності. Не є секретом те, що приватна детективна діяльність і наразі здійснюється в Україні певними суб'єктами, незважаючи на відсутність її регулювання на законодавчому рівні. Прийняття відповідного закону сприяло би покращенню можливостей захисту своїх законних прав та інтересів громадянами. Також це позитивно вплинуло би на імідж України як демократичної держави. Утім, існуючі законопроекти не до кінця відповідають реаліям, які склалися навколо цього питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. За останні роки вивченню проблеми легалізації приватної детективної діяльності було приділено чимало уваги. Розглядалися основні питання законодавчого врегулювання приватних детективів, та нині вже ветований Президентом України Законопроект №3726 [2]. Ці теми розглядалися у працях І. В. Леоненко [3], І. Б. Гончаренко, Ю. О. Михайлової [4] та інших. Утім, більш новому Законопроекту №10024 [5] уваги приділено ще не достатньо.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми. Актуальними є вивчення й використання зарубіжного досвіду щодо приватної детективної

діяльності, а також застосування, як прикладу, законодавчих норм, що регулюють діяльність, схожу за своєю ціллю на приватну детективну. Автор звертає увагу на визначення та запропоновані шляхи регулювання, які використовувалися останніми законопроектами,

Формулювання цілей статті.

Метою статті є дослідження й аналіз проблем легалізації приватної детективної діяльності в Україні, а також пропонування шляхів їх подолання.

Виклад основного матеріалу дослідження. Перший проект Закону про приватну детективну діяльність (№5237 [6] від 05.04.2000) був запропонований майже 20 років тому народним депутатом Ю. Кармазіним. З того часу продовжують з'являтися ініціативи, покликані узаконити діяльність приватних детективів в Україні. Найбільш вдалою спробою це зробити став Законопроект №3726 від 28.12.2015, прийнятий Верховною Радою, але пізніше ветований Президентом України. У цьому Законопроекті приватна детективна діяльність визначається таким чином: «дозволено органами Національної поліції України незалежна професійна діяльність приватних детективів або приватних детективних підприємств (агентств) щодо надання клієнтам на платній договірній основі детективних послуг з метою захисту їхніх законних прав та інтересів на підставах та в порядку, що передбачені цим Законом». У Законопроекті №10024 контролюючий орган називається інакше: «приватна детективна (розшукова) діяльність – дозволена центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сферах

забезпечення охорони прав і свобод людини, інтересів суспільства і держави, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку, а також надання поліцейських послуг, підприємницька діяльність приватних детективів або об'єднань приватних детективів щодо надання замовникам на платній договірній основі детективних послуг з метою захисту їхніх законних прав та інтересів на підставах та в порядку, що передбачені цим Законом», тобто такі повноваження надаються МВС [7]. Таким чином, передбачалося, що контролювати роботу приватних детективів буде Національна поліція. Варто зауважити, що метою названо захист законних прав й інтересів клієнтів. Тут доцільно порівняти приватну детективну діяльність із адвокатською діяльністю. Згідно із Законом України про адвокатуру та адвокатську діяльність [8] її визначення є таким: «незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту». В даному випадку ключовим є слово «незалежна». Якщо мова йде про захист інтересів громадян, то це можливо лише за відсутності стороннього тиску, який може мати місце, коли йдеться про державні органи. З погляду демократії, приватну детективну діяльність, так само, як і адвокатську, слід розглядати як, свого роду, альтернативу державним правозахисним інстанціям. Тому надання Національній поліції контролю над приватними детективами суперечило би самому визначенню, що надається в Законопроекті. Натомість, автор пропонує використовувати досвід вищезгаданої адвокатської діяльності, де контролюючим органом є Рада адвокатів України. Саме вона визначає порядок отримання ліцензії, проводить атестацію, а також висуває умови, за яких ліцензія може бути анульована. Рада адвокатів — це недержавна організація, проте є монополістом, тобто вона єдина має право проводити атестацію, видавати ліцензії та стежити за адвокатською діяльністю. Створення подібного органу в рамках

Закону про приватну детективну діяльність дозволило б як зберегти цілі такої діяльності, так і встановити певний контроль за нею.

Окрім того, сумнівними також є деякі положення Законопроекту, що порушують ст. 32 Конституції України [9], яка затверджує таке: «Ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України. Не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини». З цього витікає, що перелік прав суб'єктів приватної детективної діяльності має бути чітко регламентований, а також не повинен порушувати Конституцію України. Наприклад, одним зі способів вирішення цієї проблеми є обов'язкове отримання детективом згоди на проведення детективних (розшукових) дій з боку особи, стосовно якої вони проводяться. Утім, тут уже постає питання про ефективність такої діяльності й доцільність її застосування.

Окремо слід зазначити зауваження до вимог, що ставляться перед особою, яка бажає займатися приватною детективною діяльністю. У ветоаному Законопроекті №3726 вимоги виглядають таким чином: «Приватним детективом може бути громадянин України, який володіє державною мовою, має вищу юридичну освіту, пройшов спеціальну підготовку з метою здійснення приватної детективної (розшукової) діяльності чи має стаж роботи в оперативних підрозділах або органах досудового розслідування не менше трьох років та отримав у встановленому порядку свідоцтво про право на заняття приватною детективною (розшуковою) діяльністю».

Досить схожі вимоги ставить і більш новий Законопроект №10024, який наразі є відкликаним: «Приватним детективом може бути громадянин України, який досяг 21 року, володіє державною мовою, має вищу освіту або стаж роботи в оперативних підрозділах чи органах

досудового розслідування не менше трьох років, пройшов відповідне навчання з метою здійснення приватної детективної (розшукової) діяльності та отримав у встановленому законом порядку свідоцтво про право на зайняття приватною детективною (розшуковою) діяльністю».

Автор вважає, що необхідно вимагати від майбутнього приватного детектива і вищу юридичну освіту, і проходження спеціальної підготовки. Для осіб, які мають стаж роботи в оперативних підрозділах чи органах досудового розслідування, проходження спеціальної підготовки все одно має бути обов'язковим, оскільки здійснення приватної детективної діяльності має більше обмежень, ніж здійснення оперативно-розшукової діяльності, на що доцільно буде звернути увагу колишнього співробітника правоохоронних органів, який планує стати детективом.

Порівняно із Законопроектом №3726, Законопроект №10024 сильніше обмежує суб'єктів приватної детективної діяльності, утім, наближуючи ведення такої діяльності до законодавчих норм, що наразі діють в Україні. Так, наприклад, до списку заборонених дій додаються такі пункти:

«5) у будь-який спосіб перешкоджати діям органів державної влади, органів місцевого самоврядування, правоохоронних органів під час виконання ними їхніх законних повноважень;

6) фальсифікувати матеріали та отриману інформацію;

7) збирати інформацію про органи державної влади, що становить державну

таємницю, інформацію з обмеженим доступом».

Також автор вважає необхідним додати пункт, що заборонятиме збір інформації з ненадійних джерел та використання інформації, яка була отримана незаконним шляхом. Санкцією за порушення цієї заборони можна зробити усунення від зайняття приватною детективною діяльністю на строк до 3-х років. Наразі, деякі приватні детективи використовують особисті зв'язки з працівниками правоохоронних органів задля отримання доступу до закритої інформації. Процес легалізації приватних детективів має ставити на меті не лише узаконення дій, що не порушують чинне законодавство і здійснюються суб'єктами приватної детективної діяльності, а й боротьбу з незаконними діями, які через відсутність контролюючих органів мають місце у сфері приватних детективних (розшукових) послуг.

Висновки. Слід зазначити, що список законодавчих проблем, розглянутих у статті, не є вичерпним. Усі законопроекти, запропоновані до цього часу, потребують перегляду і внесення багатьох змін. Одним із можливих способів покращення існуючих законопроектів або створення нових є запозичення рішень як з міжнародної практики, так і зі схожих випадків у законодавстві України. Найважливішим зауваженням до існуючих законопроектів є відсутність узгодження їх положень із чинним законодавством.

Література:

1. Черков В. О. Приватна детективна діяльність в розвинутих країнах світу / В. О. Черков, П. О. Попов // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2010. Вип. 2. С. 248-259. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlduvs_2010_2_35. (дата звернення 04.08.2020)
2. Проект Закону про приватну детективну (розшукову) діяльність №3726 від 28.12.2015 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1. (дата звернення 04.08.2020)
3. Тези Міжнародної науково-практичної конференції «Теоретико-правові засади становлення, розвитку та діяльності інституту приватних детективів: вітчизняна та зарубіжна практика». Київ: Університет економіки та права «КРОК», 2017. URL: https://library.krok.edu.ua/media/library/category/materiali-konferentsij/2017-03-02_tezy-mizhnarodnoyi-naukovo-praktychnoyi-%D1%81onference-krok.pdf. (дата звернення 04.08.2020)
4. Гончаренко І. Б. Проблемні питання законодавчих пропозицій щодо легалізації приватної детективної діяльності в Україні / І. Б. Гончаренко, Ю. О. Михайлова // Публічне право. 2016. № 2. С. 196-203. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/pp_2016_2_28 (дата звернення 04.08.2020)

5. Проект Закону України «Про приватну детективну (розшукову) діяльність» від 08.02.2019 р. № 10024 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65453 (дата звернення 04.08.2020)
6. Проект Закону України «Про приватну детективну діяльність» від 05.04.2000 р. № 5237 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=8121 (дата звернення 04.08.2020)
7. Про затвердження Положення про Міністерство внутрішніх справ України. – 2015. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/878-2015-п> (дата звернення 04.08.2020)
8. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). 2013. № 27. Ст. 1.
9. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. 1996. Ст. 32. С. 7.

References:

1. Cherkov V.O. (2010), “Private detective work in developed countries”, *Visnyk Luhans'koho derzhavnogo universytetu vnutrishnikh sprav imeni E.O. Didorenka*, vol. 2, pp. 248-259. available at: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlduvs_2010_2_35 (Accessed 4 Aug 2020).
2. The Verkhovna Rada of Ukraine (2015), The project of Law of Ukraine “About private detective (search) activity”, available at: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1 (Accessed 4 Aug 2020).
3. “Theoretical and legal bases of formation, development and activity of the institute of private detectives: domestic and foreign practice”, *Tezy mizhnarodnoyi naukovo-praktychnoyi konferentsiyi* [Conference Proceedings of the International Science Practical Conference], *Mizhnarodna Naukovo praktichna konferentsiya* [International Science Practical conference], (2017), University of Economics and Law “KROK”, Kyiv, Ukraine available at: https://library.krok.edu.ua/media/library/category/materiali-konferentsij/2017-03-02_tezy-mizhnarodnoyi-naukovo-praktychnoyi-%D1%81onference-krok.pdf (Accessed 4 Aug 2020).
4. Honcharenko I.B. (2016), “Problematic issues of legislative proposals on legalization of private detective activity in Ukraine”, *Publichne pravo*, vol.2, pp.196-203, available at: http://nbuv.gov.ua/UJRN/pp_2016_2_28 (Accessed 4 Aug 2020).
5. The Verkhovna Rada of Ukraine (2019), The project of Law of Ukraine “About private detective (search) activity” available at: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65453 (Accessed 4 Aug 2020).
6. The Verkhovna Rada of Ukraine (2019), The project of Law of Ukraine The project of law “About private detective activity” available at: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=8121 (Accessed 4 Aug 2020).
7. The Verkhovna Rada of (2015), “On approval of the Regulations on the Ministry of Internal Affairs of Ukraine”, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/878-2015-п> (Accessed 4 Aug 2020).
8. The Verkhovna Rada of (2012), The Law of Ukraine “About advocacy and advocacy”, *Vidomosti Verkhovnoyi Rady*, vol. 27., p. 1.
9. The Verkhovna Rada of Ukraine (1992), The Law of Ukraine “About Constitution of Ukraine”, *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 30. St. 141.

Стаття надійшла до друку 09.08.2020 року

Collection of scientific works
Збірник наукових праць

Legal Bulletin
Issue 1/ Випуск 1

KROK University and University of Economics and Human Sciences are not responsible for the content of publications and reliability of factual, statistical and other data provided by authors

ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК» та Варшавської економічно-гуманітарна академія не несуть відповідальності за зміст матеріалів публікацій та достовірність наведених авторами фактологічних, статистичних тощо даних

Підписано до друку 27.02.2020 р. Формат 64x84/8. Папір офсетний.
Друк офсетний. Гарнітура Times New Roman.
Ум. друк. арк. 10,6. Наклад 300 прим. Зам. 265.

ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК» Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до Державного реєстру ДК № 613 від 25.09.2001 р.

Надруковано департаментом поліграфії
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК»
місто Київ, вулиця Табірна, 30-32
тел.: (044) 455-69-80,
e-mail: polygrafika.krok@gmail.com