

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ  
ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА  
ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА  
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

081 «Право»  
293 «Міжнародне право»

# ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

*Збірник наукових праць*

**Випуск 21**

**КИЇВ 2022**

**Засновник:**

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

**Приватне право і підприємництво.** Збірник наукових праць. 2022 Вип. 21. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, 2022. 178 с.

*Всебічно аналізуються та узагальнюються теоретико-методологічні підходи до розуміння приватного права в умовах правової держави, розкриваються актуальні питання цивільного права та цивільного процесу. Значна увага приділяється питанням розвитку договірних правовідносин, розглядаються проблеми сучасного житлового права. Досліджуються актуальні проблеми господарського права. Суттєва увага приділяється проблемам міжнародного приватного права.*

*Для вчених-правознавців, викладачів, докторантів, працівників органів державної влади та місцевого самоврядування, усіх, хто цікавиться розвитком наукової думки в юридичній галузі.*

*Затверджено до друку вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України (протокол № 12 від 28 грудня 2022 р.)*

**Редакційна рада:**

Ольга БАКАЛІНСЬКА, Юрій БУРИЛО, Оксана ВІННИК, Микола ГАЛЯНТИЧ, Богдан ДЕРЕВ'ЯНКО Володимирович, Юрій ЗАЙКА, Олег ЗАЙЧУК, В'ячеслав КОМАРОВ, Василь КОСТИЦЬКИЙ, Віталій КОРОЛЕНКО, Володимир КОРОЛЬ, Олександр КРУПЧАН, Віталій МАХІНЧУК, Галина МИРОНОВА, Володимир ПРИМАК, Михайло ТЕПЛЮК, Олена ШТЕФАН

**Редакційна колегія:**

Олександр КРУПЧАН (гол. ред.), Володимир БОБРИК, Валентина ВАСИЛЬЄВА, Микола ГАЛЯНТИЧ, Олена ГОНЧАРЕНКО, Юрій ЗАЙКА, Іван КАЛАУР, Анатолій КОСТРУБА, Володимир КОРОЛЬ, Жабя МАТЕУШ, Віталій МАХІНЧУК, Наталія МИРОНЕНКО, Дмитрій ПОСТОВАН, Вільям САЙМОНС, Тетяна ПОПОВИЧ (відп. секр.), Олена ШТЕФАН, Валентин ЩЕРБИНА

*На підставі Наказу Міністерства освіти та науки України № 894 від 10.10.2022 р. (Додаток 2) журнал внесений до переліку фахових видань категорії "Б" у галузі юридичних наук (081 "Право", 293 "Міжнародне право").*

*Журнал включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International (Республіка Польща).*

*Статті у виданні перевірені на наявність плагіату за допомогою програмного забезпечення Unichack.*

*Офіційний сайт: [ppp-journal.kiev.ua](http://ppp-journal.kiev.ua)*

*Розповсюдження та тиражування без офіційного дозволу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України забороняється.*

*За достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах, несуть відповідальність автори.*

*Надруковані в інших виданнях матеріали до розгляду не приймаються.*

*У передрукованих публікаціях посилання на «Приватне право і підприємництво» обов'язкове.*

**<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2022.21>**

Адреса редколегії: 01042, Київ, вул. М. Раєвського, 23-А, а/с 136

[www.ndippp.gov.ua](http://www.ndippp.gov.ua)

[ndippp@adamant.net](mailto:ndippp@adamant.net)

# Зміст

# Content

**Олександр КРУПЧАН, Юрій БУРИЛО**  
Виклики штучного інтелекту для приватного права та його методології

5-15

**Oleksandr KRUPCHAN, Yuriy BURYLO**  
Artificial Intelligence Challenges for Private Law and its Methodology

## I. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА В СУЧАСНИХ УМОВАХ

## I. THEORETICAL AND METHODOLOGICAL APPROACHES TO THE UNDERSTANDING OF PRIVATE LAW IN MODERN CONDITIONS

**Олександр БЕЗУХ**  
Принципи правового регулювання приватних господарських відносин

16-23

**Oleksandr BEZUKH**  
The Principles of Legal Regulation of Private Business Relations

**Володимир БОБРИК**  
Методологія визначення стадійності цивільного судочинства

24-32

**Volodymyr BOBRYK**  
Methodology for Determining the Stages of Civil Proceedings

**Оксана ВІННИК**  
Систематизація законодавства про цифровізацію

33-40

**Oksana VINNYK**  
Systematization of Digitalization Legislation

**Юрій ЗАЙКА**  
Право власника на розпорядження майном і житлові права спадкоємців

41-47

**Yuri ZAIKA**  
Owner's Right to Property Disposal and Housing Rights of Heirs

## II. ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАВДАНЬ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ

## II. THEORETICAL AND PRACTICAL PROBLEMS OF THE IMPLEMENTATION OF THE TASKS OF THE CIVIL AND ECONOMIC JUSTICE IN UKRAINE

**Ірина БЕРЕСТОВА**  
Проблема застосування судами застарілих норм, які за змістом суперечать Конституції України (на прикладі норм Житлового кодексу УРСР)

48-58

**Iryna BERESTOVA**  
The Problem of Application by Courts of Outdated Norms, which Contradict the Constitution of Ukraine (On the Example of The Norms of The Housing Code of Ukraine)

**Віталій МАХІНЧУК**  
До питання подачі позову про визнання іпотеки припиненою та зняття заборони

59-68

**Vitalii MAKHINCHUK**  
On the Issue of Filing a Claim for Recognition of the Mortgage Terminated and Lifting the Ban

**Костянтин ПІЛЬКОВ**  
Принцип RES JUDICATA у практиці Верховного Суду з розгляду господарських справ

69-85

**Konstantin PILKOV**  
RES JUDICATA Principle in Jurisprudence of the Supreme Court in Commercial Cases

## III. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ

## III. PROBLEMS OF LEGAL SECURITY OF ENTREPRENEURSHIP IN UKRAINE

**Алла ЗЕЛІСКО**  
Вихід із складу членів виробничого кооперативу

86-91

**Alla ZELISKO**  
Withdrawal from Membership in a Production Cooperative

<b>Ольга ЗОЗУЛЯК, Андрій СУЛИМА</b> Локальна корпоративна правотворчість: визначення поняття та ознак	92-100	<b>Olha ZOZULIAK, Andrii SULYMA</b> Local Corporate Lawmaking: Defining the Concept and Features
<b>Роман ПОЖОДЖУК</b> Правовий аспект довіри споживача до реклами	101-107	<b>Roman POZHODZHUK</b> Legal Aspect of Consumer Trust in Advertising
<b>Іван ТРИЛІНСЬКИЙ, Тетяна ПОПОВИЧ</b> Зміст правового регулювання маркетингової діяльності в Україні і світі	108-114	<b>Ivan TRILINSKYI, Tetyana POPOVYCH</b> The Content of Legal Regulation of Marketing Activity in Ukraine and the World
<b>Андрій ЦВЕТКОВ</b> Правове регулювання та порядок реєстрації банків з іноземним капіталом Національним банком України	115-123	<b>Andriy TSVYETKOV</b> Legal Regulation and Registration Procedure of Banks with Foreign Capital by the National Bank of Ukraine
<b>IV. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО ТА ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ</b>		<b>IV. INTERNATIONAL PRIVATE LAW AND LEGAL PROBLEMS OF EUROPEAN INTEGRATION</b>
<b>Юрій БУРИЛО</b> Перспективи цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану штучним інтелектом в Європейському Союзі	124-131	<b>Yuriy BURYLO</b> The Prospects of Civil Liability for Damage Caused by Artificial Intelligence in the European Union
<b>Євгенія ДУЛІБА, Владислав ТЕРЕМЕЦЬКИЙ</b> Юридична клініка як форма навчання і забезпечення реалізації права на правову допомогу	132-139	<b>Yevgenia DULIBA, Vladyslav TEREMETSKY</b> Legal Clinic as a Form of Training and Ensuring the Realization of the Right to Legal Aid
<b>Галина МИРОНОВА</b> Впровадження електронних медичних записів пацієнта: проблеми правового регулювання в Україні	140-149	<b>Galyna MYRONOVA</b> Implementation of Electronic Patient Medical Records: Problems of Legal Regulation in Ukraine
<b>Ірина МУДРА</b> Підходи до створення спеціальних інституційних механізмів компенсації шкоди, завданої міжнародними збройними конфліктами	150-156	<b>Iryna MUDRA</b> Approaches to the Creation of Special Institutional Mechanisms for Compensation of Damage Caused by International Armed Conflicts
<b>Тетяна ПОПОВИЧ</b> Застава земельних ділянок: особливості договірних правовідносин в умовах євроінтеграції	157-163	<b>Tetyana POPOVYCH</b> Pledge of Land Plots: Features of Contractual Legal Relations in the Conditions of European Integration
<b>Володимир ПРИМАК</b> Деліктна відповідальність держави Україна в умовах війни	164-169	<b>Volodymyr PRYMAK</b> Tort Liability of the State of Ukraine During the War
<b>Світлана СЕМІНОГ</b> Пошук та забезпечення балансу публічних інтересів держави та прав, свобод, інтересів людини щодо примусового відчуження майна в умовах європеїзації	170-177	<b>Svitlana SEMINOH</b> The Search and The Balance Ensure of The Country Public Interest and The Rights, Freedoms and Human Interests Regarding the Forced Estate Alienation During the Europeanization

УДК 33:004.738.5]:34.06(477)](075.8)  
**ВИКЛИКИ ШТУЧНОГО  
ІНТЕЛЕКТУ ДЛЯ ПРИВАТНОГО  
ПРАВА ТА ЙОГО МЕТОДОЛОГІЇ**

**Олександр КРУПЧАН**

доктор юридичних наук, професор, дійсний  
член (академік) НАПрН України, директор

Науково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

<https://orcid.org/0000-0002-3701-5658>

**Юрій БУРИЛО**

доктор юридичних наук, доцент, провідний  
науковий співробітник

Науково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

<https://orcid.org/0000-0001-8743-7739>

Розвиток суспільства у майбутньому значною мірою спиратиметься на штучний інтелект. Очевидно, що країни, які зможуть якнайшвидше опанувати технології штучного інтелекту, стануть технологічно і економічно найбільш потужними світовими лідерами і визначатимуть хід історії майбутніх десятиліть. Хоча про штучний інтелект поки що говорять переважно як про майбутнє явище, вже сьогодні ми маємо справу з першими проявами цього феномену у реальному житті.

Попри те, що на даний час ми маємо справу з так званим "слабким штучним інтелектом" і не повною мірою розуміємо всі потенційні можливості штучного інтелекту на більш високих стадіях його розвитку, вже можна побачити цілий ряд викликів, які стоять або невдовзі постануть перед людством, конкретними суспільством, державою і правом. До таких викликів найчастіше відносять недостатню прозорість та

UDC 33:004.738.5]:34.06(477)](075.8)  
**ARTIFICIAL INTELLIGENCE  
CHALLENGES FOR PRIVATE LAW  
AND ITS METHODOLOGY**

**Krupchan, Oleksandr D.**

Doctor of Law Sciences, Professor, Full  
Member (Academician) of the NALS of  
Ukraine, Director

Academician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

**Yuriy BURYLO**

Doctor of Law Sciences, Associate Professor,  
Leading Researcher

Academician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The development of society in the future will largely rely on artificial intelligence. It is obvious that the countries that will be able to master the technologies of artificial intelligence as soon as possible will become technologically and economically the most powerful world leaders and will determine the course of history in the coming decades. Although artificial intelligence is still mostly talked about as the future, today we are already dealing with the first manifestations of this phenomenon in real life.

Despite the fact that we are currently dealing with the so-called "weak artificial intelligence" and do not fully understand all the potential possibilities of artificial intelligence at higher stages of its development, already today we can see a number of challenges that are or will soon be faced by humanity, specific society, state and law. Such challenges most often include insufficient transparency and controllability of artificial intelligence

---

контрольованість алгоритмів штучного інтелекту; вразливості кібер-безпеки; негативний вплив на ринок праці та працюючих; проблеми інтелектуальної власності; проблеми захисту персональних даних та приватності особи; відповідальність за шкоду, завдану штучним інтелектом тощо.

З методологічної точки зору важливо виділити основні фактори, які впливатимуть на вибір оптимального варіанту вирішення піднятої проблеми. Такими факторами або щонайменше основними із них можна вважати співвідношення інтересів учасників приватно-правових відносин, так чи інакше причетних до розробки, впровадження та використання робото-технічних систем на основі штучного інтелекту, а також технічну готовність таких систем стати учасниками приватно-правових відносин. Якщо говорити про інтереси учасників приватно-правових відносин щодо штучного інтелекту, то у випадку розробників та операторів робото-технічних систем вони цілком зрозумілі і зводяться до бажання обмежити свою майнову відповідальність або перекласти її на когось іншого – на так званих “електронних осіб”.

З іншого боку інтереси користувачів таких систем полягають в тому, щоб насамперед запобігти шкоді від цих систем для життя, здоров'я та майна громадян, а у разі, якщо вона завдана – своєчасно отримати максимально можливу компенсацію.

Від того, як буде вирішена зазначена фундаментальна проблема залежать не тільки традиційні теоретичні уявлення про суб'єктів правовідносин, а й вирішення інших проблем, які мають переважно прикладне значення, зокрема врегулювання цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану робото-технічними системами зі штучним інтелектом, особливості укладення та виконання договорів з залученням штучного інтелекту, належність прав інтелектуальної власності на результати творчості автономних систем штучного інтелекту та ін.

algorithms; cyber security vulnerabilities; negative impact on the labor market and employees; intellectual property problems; problems of personal data protection and personal privacy; liability for damage caused by artificial intelligence, etc.

From a methodological point of view, it is important to highlight the main factors that will influence the choice of the optimal solution to the problem. Such factors, or at least the main ones, can be considered to be the balance of interests of the participants in private legal relations, one way or another involved in the development, implementation and use of robotic systems based on artificial intelligence, as well as the technical readiness of such systems to become participants in private legal relations. If we talk about the interests of participants in private legal relations regarding artificial intelligence, then in the case of developers and operators of robotic systems, they are quite understandable and boil down to the desire to limit their property responsibility or transfer it to someone else - to the so-called "electronic persons".

On the other hand, the interests of the users of such systems are primarily to prevent damage from these systems to life, health and property citizens, and in case it is caused, to receive the maximum possible compensation in a timely manner.

Not only traditional theoretical ideas about the subjects of legal relations depend on how the specified fundamental problem will be solved, but also the solution of other problems that are mainly of applied importance, in particular the regulation of civil liability for damage caused by robotic systems with artificial intelligence, features of concluding and executing contracts with the participation of artificial intelligence, ownership of intellectual property rights to the creative results of autonomous artificial intelligence systems, etc.

---

Ключові слова: штучний інтелект, цивільні права, інтереси, шкода, компенсація, приватне право, методологія, правосуб'єктність, договори

Keywords: artificial intelligence, civil rights, interests, damage, compensation, private law, methodology, legal personality, contracts

Розвиток суспільства у майбутньому значною мірою спиратиметься на штучний інтелект. Від штучного інтелекту залежатимуть усі без виключення сфери суспільного життя – економіка, освіта, культура, соціальна сфера, оборона держави і національна безпека. За оцінками Глобального Інституту Маккінсі впровадження штучного інтелекту потенційно може збільшити світовий ВВП на 16% або на 13 трлн. доларів до 2030 року, щороку підвищуючи загальну продуктивність праці 1.2 % [1]. Очевидно, що країни, які зможуть якнайшвидше опанувати технології штучного інтелекту, стануть технологічно і економічно найбільш потужними світовими лідерами і визначатимуть хід історії в майбутньому. Тому питання розвитку штучного інтелекту має стратегічне значення для кожної країни та людства в цілому.

Враховуючи технічний і економічний потенціал та суспільне значення технологій штучного інтелекту, вони не можуть залишатися поза увагою держави. Тому рано чи пізно державі доведеться регулювати їх розвиток і застосування за допомогою наявних у неї інструментів, в першу чергу за допомогою права. В свою чергу, в правовій площині суспільні відносини, пов'язані з штучним інтелектом, можуть бути предметом правового регулювання як публічного, так і приватного права. Отже, з правової точки зору важливо зрозуміти, які з цих суспільних відносин стосуються публічного інтересу і мають бути регламентовані нормами публічного права, а які з них стосуються інтересів насамперед приватних осіб і мають бути врегульовані нормами приватного права. При цьому варто акцентувати увагу саме на інструментах приватно-правового регулювання суспільних відносин щодо штучного інтелекту, враховуючи те, що відповідні технології сьогодні розробляються і застосовуються насамперед в приватному секторі економіки та є переважно комерційними проектами, спрямованими в першу чергу на отримання прибутку та задоволення потреб та інтересів широкого кола суб'єктів приватного права (суб'єктів господарювання та споживачів). Саме методологія приватного права, як відзначає Р. Майданик, відображає специфіку суб'єктивних цивільних прав та інтересів, їх співвідношення з публічними правами й інтересами, що зумовлює особливості застосування або й наявність невідомих публічним правам методів, принципів і правових конструкцій [2].

Хоча про штучний інтелект поки що говорять переважно як про майбутнє, вже сьогодні ми маємо справу з першими проявами цього феномену у реальному житті. Так, наприклад, під час пошуку інформації в Google або будь-якій іншій сучасній пошуковій системі користувач отримує рекомендації, які допомагають уточнити пошуковий запит. Такий механізм надання підказок, як правило, має в своїй основі алгоритми штучного інтелекту, які аналізують попередні пошукові запити відповідного користувача і на основі цього аналізу пропонують персоналізовані рекомендації.

Штучний інтелект також широко використовується в соціальних мережах. Так, Facebook використовує алгоритми штучного інтелекту для верифікації користувачів по обличчю, а також пропонування їм різної інформації на основі аналізу їх інтересів. Twitter застосовує штучний інтелект для виявлення у дописах користувачів ознак тероризму, ненависті та образ [3].

Вражаючими є досягнення штучного інтелекту у сфері охорони здоров'я. Так, наприклад, система Watson від IBM здатна діагностувати серцеві хвороби краще, ніж кардіологи. Так само алгоритми штучного інтелекту можуть виявляти захворювання органів зору не гірше за лікарів [4].

Серед перспективних технологій штучного інтелекту, які сьогодні проходять стадію випробувань, можна виділити технології автономного водіння транспортних засобів. Найбільш відомі приклади включають в себе автономні автомобілі (автомобілі з автопілотом) Motional, Refraction AI, Optimus Ride, Waymo, nuTonomy, AutoX, Drive.ai, Zoox [5].

---

На даний час технології штучного інтелекту перебувають на початковій стадії свого розвитку. Технології штучного інтелекту, які ми можемо бачити сьогодні, відносяться до так званого “Artificial Narrow Intelligence (ANI)” або “Weak AI” (“вузький штучний інтелект”, “слабкий штучний інтелект”). Це лише перша із трьох стадій розвитку штучного інтелекту, на якій системи штучного інтелекту запрограмовані виконувати лише окремі конкретні завдання, наприклад, грати в шахи, розпізнавати мову або робити переклад. Далі має слідувати стадія “Artificial General Intelligence (AGI)”, також відома як “Strong AI” (“штучний загальний інтелект”, “сильний штучний інтелект”), на якій машинний інтелект буде здатний розуміти і вчитися вирішувати інтелектуальні завдання на рівні людського інтелекту. Врешті-решт, на третій стадії розвитку штучного інтелекту “Artificial Super Intelligence (ASI)” (“штучний супер інтелект”), інтелект машин перевищить інтелект людини у всіх його проявах – починаючи від здатності до творчості, закінчуючи загальним інтелектом і здатністю до вирішення конкретних проблем. На цій стадії машини вже матимуть інтелект вищий, ніж у найрозумніших людей [6].

Попри те, що на даний час ми маємо справу з так званим “слабким штучним інтелектом” і не повною мірою розуміємо всі потенційні можливості штучного інтелекту на більш високих стадіях його розвитку, вже сьогодні можна побачити цілий ряд викликів, які стоять або невдовзі постануть перед людством, державами, правовими системами. До таких викликів найчастіше відносять недостатню прозорість та контрольованість алгоритмів штучного інтелекту; вразливості кібербезпеки; негативний вплив на ринок праці та працюючих; проблеми інтелектуальної власності; проблеми захисту персональних даних та приватності особи; відповідальність за шкоду, завдану штучним інтелектом тощо [7]. Звісно, не всі проблеми, обумовлені розвитком штучного інтелекту, стосуються права, а ті з них, які мають правовий аспект, не завжди можна вирішити за допомогою приватно-правових засобів.

Серед тих викликів штучного інтелекту, які стосуються приватного права, можна виокремити питання правосуб’єктності систем, в основі яких лежить штучний інтелект; проблеми відповідальності за шкоду, спричинену системами, що використовують штучний інтелект; проблеми укладення та виконання договорів за участі штучного інтелекту; проблеми інтелектуальної власності на результати творчості автономних систем штучного інтелекту [8].

Штучний інтелект здатен не тільки докорінно змінити технологічний уклад сучасного суспільства, а й поставити новітні фундаментальні питання правового характеру. З точки зору методології приватного права найбільш глобальні наслідки може мати сучасна полеміка щодо визнання правосуб’єктності робото-технічних систем із штучним інтелектом.

Сама постановка питання про визнання правосуб’єктності чогось іншого, крім мислячої істоти, тобто людини, викликає як мінімум подив у переважної більшості юристів. Традиційно теорія права говорить про те, що лише людина або певна спільнота людей здатна мати та реалізовувати права та обов’язки, бути учасником правовідносин. Отже, правосуб’єктність може бути притаманна лише людині або певній спільноті (організації) людей. Даний постулат теорії права сприймається всіма як аксіома і не ставиться ніким під сумнів. Точніше сказати, не ставився до появи сучасних високоінтелектуальних і автономних робото-технічних систем.

В останні роки в зарубіжній юридичній літературі цілком серйозно обговорюється можливість визнання правосуб’єктності роботів, наділених штучним інтелектом [7]. Значного імпульсу цій дискусії додала Резолюція Європейського Парламенту від 16 лютого 2017 року з рекомендаціями для Комісії ЄС щодо правил цивільного права для робототехніки. В цій резолюції пропонується в довгостроковій перспективі створити спеціальний правовий статус для роботів для того, щоб хоча б найбільш складні автономні роботи мали статус “електронних осіб”, відповідальних за відшкодування спричиненої ними шкоди, а також можливо застосовувати “електронну правосуб’єктність” у випадках, коли роботи приймають автономні рішення або іншим чином незалежно взаємодіють з третіми особами [9].



---

Такий статус дозволив би роботам мати власну страховку і відповідати за шкоду, якщо вони вийдуть з-під контролю і почнуть завдавати шкоду людям або майновим відносинам. Прибічники цього підходу, до яких належать насамперед виробники відповідних робото-технічних систем та афілійовані з ними особи, стверджують, що ця пропозиція має практичний сенс. На їх думку правосуб'єктність не перетворить роботів на віртуальних людей, які можуть одружуватися або користуватися іншими благами, які дають права людини. Натомість, це поставило б їх на один рівень з корпораціями, які вже давно мають статус “юридичних осіб” і це визнається судами у всьому світі. У цьому зв'язку Стефанія Лючетті зазначає, що сучасна модель правового регулювання, коли виробник, власник або вони обидва разом несуть відповідальність має відмерти в епоху повністю автономних роботів, а ЄС варто надати роботам певну правосуб'єктність, подібну до тої, яку мають компанії [10]. Таким чином складається враження, що прибічники визнання електронної правосуб'єктності роботів натякають на необхідність чергової ітерації теорії фікції, на цей раз по відношенню до робото-технічних систем.

Водночас серед прибічників визнання електронної правосуб'єктності робото-технічних систем зустрічаються й ті, хто допускають надання роботам громадянства [7, 11]. Незважаючи на всю дивовижність такої пропозиції, в ній є певне раціональне зерно, якщо допустити існування електронної правосуб'єктності роботів, тобто існування так званих електронних осіб. Так, наприклад, що якщо така електронна особа укладатиме договори, що технічно цілком можливо вже сьогодні за допомогою, зокрема смарт-контрактів, виникне питання юрисдикції, що має поширюватися на ці контракти. За таких умов визначення громадянства так званих електронних осіб було б логічним кроком.

Серед аргументів, що висувуються на підтримку електронної правосуб'єктності роботів зі штучним інтелектом, також заслуговує на увагу думка про те, що в умовах, коли позивачу неможливо або занадто дорого встановити особу, яка контролює ризики, що походять від продуктів або послуг на основі штучного інтелекту, краще мати заздалегідь визначену особу, яка нестиме відповідальність перед потерпілим. Це може бути актуально, коли продукт або послуга на основі штучного інтелекту створюється або надається за участі багатьох осіб, які створюють, навчають, керують та надають інші необхідні послуги щодо штучного інтелекту (як, наприклад, експертні системи, що використовуються в консалтингу), які важко відділити одні від одних та виділити одну конкретну відповідальну особу [12]. Зазначена позиція не позбавлена певного прагматизму. Щонайменше з мотивацією зазначеної пропозиції можна погодитися. Однак, у цьому зв'язку виникає інше питання – чому для того, щоб заздалегідь визначити особу, відповідальну за шкоду, яку може спричинити робото-технічна система на основі штучного інтелекту, потрібно створювати так звану “електронну особу”. Чому б, наприклад, не покласти таку відповідальність на вже давно існуючих у правовому полі осіб?

З іншого боку, ідея визнання електронної правосуб'єктності роботів, що використовують штучний інтелект, має чимало противників, які висловлюють свої застереження. Так, у 2018 році 156 експертів з питань штучного інтелекту, зокрема фахівців з комп'ютерних наук, вчених-юристів та керівників корпорацій, з 14 європейських країн звернулися з листом до Європейської Комісії, в якому висловили застереження, що визнання правосуб'єктності роботів було б недоцільним з правової та етичної точки зору. Так, наприклад, Ноел Шаркі – професор з питань штучного інтелекту та робототехніки Університету Шефїлд, у цьому зв'язку зазначив, що, намагаючись визнати правосуб'єктність роботів, виробники хочуть зняти з себе відповідальність за дії їх машин із штучним інтелектом. Так само, Наталі Нейвжанс професор права зазначає, що визнання правосуб'єктності роботів ліквідує відповідальність виробників [10]. Зазначені точки зору далеко не безпідставні, зважаючи на ті комерційні інтереси, які присутні в індустрії штучного інтелекту. Так, за даними International Data Corp. (IDC) до 2024 року сукупний дохід ринку штучного інтелекту може перевищити 500 мільярдів доларів, демонструючи середні темпи зростання 17.5 % річних в останні п'ять років [13].

Як бачимо, ідея визнання електронної правосуб'єктності роботів зі штучним інтелектом

---

має як своїх прихильників, так і противників. Наявні аргументи як за, так і проти створення у правовому полі так званих “електронних осіб”. Відтак, виникає питання як краще підійти до вирішення цієї дилеми з точки зору методології приватного права.

З методологічної точки зору важливо виділити основні фактори, які впливатимуть на вибір оптимального варіанту вирішення піднятої проблеми. Такими факторами або щонайменше основними із них можна вважати співвідношення інтересів учасників приватно-правових відносин, так чи інакше причетних до розробки, впровадження та використання робото-технічних систем на основі штучного інтелекту, а також технічну готовність таких систем стати учасниками приватно-правових відносин.

Якщо говорити про інтереси учасників приватно-правових відносин щодо штучного інтелекту, то у випадку розробників та операторів робото-технічних систем вони цілком зрозумілі і зводяться до бажання обмежити свою майнову відповідальність або перекласти її на так званих “електронних осіб”. З іншого боку, інтереси користувачів таких систем полягають в тому, щоб насамперед запобігти шкоді від цих систем для життя, здоров’я та майна, а у разі, якщо вона завдана – своєчасно отримати максимально можливу компенсацію. Якщо співставити ці інтереси, то виявляється, що визнання електронної правосуб’єктності та створення електронних осіб в цілому не суперечить ідеї створення простого механізму компенсації шкоди, завданої робото-технічними системами на основі штучного інтелекту, за умови, що такі електронні особи будуть забезпечені відповідними грошовими фондами. В цьому плані узгодити інтереси розробників і операторів робото-технічних систем з інтересами їх користувачів в принципі можливо. Однак, в такому випадку виникає інший ризик для інтересів користувачів – покладення відповідальності на так званих електронних осіб може стимулювати безвідповідальне ставлення розробників і операторів цих систем до їх безпечності. В такому випадку матиме місце протиріччя із фундаментальним інтересом користувачів – запобігти шкоді від роботи технічних систем.

Оцінюючи технічну готовність робото-технічних систем бути учасниками приватно-правових відносин, слід знову ж таки відмітити, що на сучасному етапі ми маємо справу з першою стадією розвитку штучного інтелекту, який може ефективно вирішувати окремі завдання, але ще не володіє загальним інтелектом як людина. З огляду на це, було б методологічно невірно говорити про електронну особу та фізичних і юридичних осіб (розуміючи під юридичними особами певні спільноти (організації) людей) як про категорії одного порядку. Іншими словами, на даний момент досить важко уявити електронних осіб в якості повноправних учасників приватно-правових відносин.

Водночас потрібно розуміти, що з часом штучний інтелект досягне другої стадії свого розвитку “Artificial General Intelligence (AGI)”, тобто стадії штучного загального інтелекту, і зрівняється з людським. За таких умов перспектива появи і функціонування в правовому полі електронних осіб виглядає достатньо вірогідною.

Ще більш вірогідною перспектива появи електронних осіб виглядатиме після досягнення третьої стадії розвитку штучного інтелекту “Artificial Super Intelligence (ASI), тобто стадії штучного супер інтелекту, який перевищуватиме розум людини. Разом з тим, не потрібно забувати, що штучний супер інтелект може становити екзистенціальну загрозу для людства. Так, за словами відомого вченого Стівена Хокінга: “повноцінний розвиток штучного інтелекту може означати кінець людства” [14].

Якщо ж говорити про приватно-правові відносини за участі роботів в якості електронних учасників таких правовідносин на стадії штучного супер інтелекту, можна цілком обґрунтовано припустити, що в таких правовідносинах інтелектуально слабшою стороною виступатиме людина. За таких умов з методологічної точки зору було б доцільно заздалегідь обмежити правосуб’єктність електронних осіб з метою захисту інтересів слабших учасників приватно-правових відносин. Таким чином електронна правосуб’єктність у разі її визнання на законодавчому рівні має бути лише обмеженою і не може бути однаковою за обсягом із правосуб’єктністю фізичних осіб.

Проблема визнання електронної правосуб’єктності робото-технічних систем зі штучним

---

інтелектом безпосередньо пов'язана проблемою відповідальності за шкоду, спричинену такими системами.

Чинне законодавство України, так само як і законодавство інших країн, поки що не містить спеціальних норм, що регулюють відповідальність за шкоду, спричинену роботами зі штучним інтелектом. Натомість, в цій сфері діють загальні правила цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану джерелом підвищеної небезпеки. Виходячи з положень ст.1187 Цивільного кодексу України [15]. Так, шкода, завдана джерелом підвищеної небезпеки, відшкодовується особою, яка на відповідній правовій підставі (право власності, інше речове право, договір підряду, оренди тощо) володіє транспортним засобом, механізмом, іншим об'єктом, використання, зберігання або утримання якого створює підвищену небезпеку. Отже, цивільно-правову відповідальність за шкоду, спричинену роботом зі штучним інтелектом повинна нести особа, яка володіє цим роботом.

Разом з тим, потрібно мати на увазі, що зазначені норми про відповідальність були розроблені задовго до появи робототехніки і штучного інтелекту. Вони були розраховані на людей, які управляють технічними пристроями без будь-яких ознак власного мислення. Механізм правового регулювання завжди був налаштований таким чином, щоб впливати на людину як свідому розумну істоту, яка має певні уявлення про добро і зло і завдяки цьому може сприймати правові настанови та коригувати свою поведінку відповідно до них [16]. Виходячи з цієї логіки і відповідальність за шкоду має нести розумна істота, яка приймає ті чи інші рішення стосовно об'єктів підвищеної небезпеки.

Ситуація виглядає по-іншому, коли у правовідносинах крім людини як розумної істоти (юридичної особи як певної організації людей) власні рішення можуть прийматися також певними технічними пристроями, наділеними штучним інтелектом. При цьому необхідно розуміти, що шкода спричиняється хибними рішеннями самої робото-технічної системи, а не людини, яка за неї відповідає згідно закону. Людина, яка відповідає за робота зі штучним інтелектом, наприклад, його оператор, скоріше за все, навіть не розуміє в повній мірі, які рішення може прийняти штучний інтелект, що здатний самостійно навчатися і змінювати алгоритми своєї роботи.

Таким чином, виникає питання – чи було б вірно з методологічної точки зору застосовувати до правовідносин щодо відшкодування шкоди, завданої роботом зі штучним інтелектом, класичний підхід до відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, закріплений у ст.1187 Цивільного кодексу України, враховуючи те що зазначений підхід розрахований на розумну людину, а не на розумну річ, що становить підвищену небезпеку, при тому, що людина може бути навіть не здатна повністю контролювати таку розумну річ? Скоріше за все, відповідь на це питання буде – ні. Необхідно визнати, що чинне цивільне законодавство України, так само як і цивільне законодавство інших країн, поки що не готові адекватно регулювати зазначені суспільні відносини. Універсальної, науково обгрунтованої відповіді на цю проблему поки що немає.

Разом з тим, є спроби запропонувати якщо не методологічно вивірене, то хоча б практично прийнятне рішення. Так, наприклад, Європейський парламент бачить вирішення цієї проблеми у встановленні обов'язкової схеми страхування для виробників та власників робото-технічних систем, подібної до страхування цивільно-правової відповідальності власників транспортних засобів. Крім того, допускається обмежена відповідальність виробників, програмістів та власників роботів, якщо вони зроблять внесок до спеціального компенсаційного фонду або скористаються страхуванням для відшкодування шкоди, завданої роботами [8]. Можливо саме такий гібридний підхід, що поєднує обмежену відповідальність виробника і власника (оператора) робото-технічної системи з інструментами страхування цивільно-правової відповідальності, і є оптимальним в сучасних умовах, коли важко або взагалі неможливо встановити особу, винну у спричиненні шкоди.

Попри ризики спричинення шкоди роботами зі штучним інтелектом не варто сприймати штучний інтелект виключно в темних кольорах, адже він може надати чимало переваг, наприклад, у сфері договірної роботи. Так, наприклад, вже сьогодні штучний інтелект

---

здатний працювати з шаблонами договорів, розпізнавати стандартні договірні умови, пропонувати альтернативні варіанти цих умов, отримувати необхідні дані з договорів та ін. Завдяки системам управління контрактами, що працюють на основі штучного інтелекту, компанії можуть суттєво вдосконалити договірну роботу, зокрема швидше переглядати договірні умови, краще організовувати великі обсяги інформації, що міститься в контрактах, зменшити вірогідність договірних спорів тощо. Штучний інтелект можна також використовувати в процесі ведення переговорів щодо укладення договорів та для організації їх виконання. Невдовзі штучний інтелект зможе також аналізувати дані, що містяться у договорах, та пропонувати сторонам найкращі можливі договірні умови [8].

Останнім часом все більшого поширення набувають смарт контракти, під якими розуміють договори, виконання яких автоматизовано завдяки відповідному комп'ютерному коду (програмному забезпеченню), що контролює фізичні або цифрові об'єкти, необхідні для виконання договору. Приладом цього є, наприклад, банківське програмне забезпечення, яке автоматично перераховує кошти, обумовлені договором, якщо його умови виконані [17].

Сучасні смарт контракти, як правило, працюють на основі технології блокчейн. В експертному середовищі прогнозують поєднання технологій блокчейну та штучного інтелекту, що дасть додатковий стимул для подальшого розвитку і поширення смарт контрактів. Штучний інтелект і блокчейн розглядають як взаємодоповнюючі синергетичні технології для цифрового бізнесу. Тоді як штучний інтелект допомагає нам оцінити, зрозуміти та прийняти рішення, блокчейн допомагає перевірити, виконати та зареєструвати. При цьому, як методи машинного навчання “machine learning” (ML), які на сьогоднішній день є найбільш розвиненою частиною штучного інтелекту, допомагають знайти нові можливості та вдосконалити процес прийняття рішень шляхом прогнозування та обробки великих масивів даних, розумні контракти на основі блокчейн можуть автоматизувати перевірку (підтвердження) транзакцій, забезпечуючи незмінність, безпечність та децентралізований доступ до даних [18]. Крім того, штучний інтелект може бути корисним для подолання деяких проблем, пов'язаних із смарт контрактами, зокрема для виявлення помилок, недоліків та незаконних практик під час укладення смарт контрактів. Поряд із машинним навчанням ще одним напрямом розвитку штучного інтелекту є обробка природної мови “natural language processing” (NLP). Розвиток NLP є необхідним для того, щоб штучний інтелект (машинне навчання у поєднанні з обробкою природної мови (ML + NLP) розкрив свій справжній потенціал і зміг аналізувати не тільки смарт контракти, а й “традиційні” договори, відповідне законодавство та судову практику, а також аналізувати наміри сторін [18].

Як бачимо, штучний інтелект у поєднанні з іншими цифровими технологіями не тільки спрощує процес укладення та виконання договорів, а й поступово замінює собою в цьому процесі людину. З часом комп'ютерні системи на основі штучного інтелекту самостійно прийматимуть рішення щодо укладення договорів, визначатимуть їх умови, укладатимуть договори, забезпечуватимуть та відслідковуватимуть їх виконання. При цьому цілком можлива ситуація, коли такі комп'ютерні системи будуть взаємодіяти одна з одною без участі людини. Виникає закономірне питання – чи готове сучасне договірне право регулювати договірні відносини за участі штучного інтелекту ?

Сучасне договірне право, як і право в цілому, сформувалося на основі розуміння того, що учасниками правовідносин є людина або юридична особа, яка в свою чергу теж є спільнотою людей. Крім того, що людина є розумною істотою, вона має волю і може здійснювати волевиявлення. Як випливає з положень ст.203 Цивільного кодексу України, однією з умов дійсності правочину є відповідність волевиявлення учасника правочину його внутрішній волі (єдність волі і волевиявлення). Традиційно правочин «розглядається як вольовий акт і, отже, повинен володіти всіма характерними йому властивостями, включаючи внутрішню волю (бажання укласти правочин) і волевиявлення (висловлювання цього бажання ззовні тим або іншим способом). Іншими словами, він є необхідною єдністю внутрішньої волі і волевиявлення осіб, вчиняючих правочин».

---

Хоча штучний інтелект і відрізняється від людського досить суттєво, заперечувати наявність у нього розуму напевно ніхто не зможе. Водночас методологія приватного права вимагає поставити ще одне питання – чи має робот (комп'ютерна система) зі штучним інтелектом власну волю. З точки зору чинного цивільного законодавства це питання є принциповим для того, щоб зрозуміти чи можна вважати договір укладений роботом (комп'ютерною системою) зі штучним інтелектом дійсним, адже якщо немає волі, тоді не може бути єдності волі і волевиявлення.

Якщо відповідь на це питання буде позитивна, тоді цивільне законодавство в цій частині не потребуватиме ніяких змін для того, щоб регулювати договірні відносини за участі штучного інтелекту. Якщо ж відповідь буде негативна, тоді доведеться визнати, що чинне приватне право не готове регулювати такого роду суспільні відносини, а отже його базові підходи вимагають перегляду.

Штучний інтелект може використовуватися не лише для виконання рутинної роботи. Дедалі більшого поширення набуває використання штучного інтелекту для виконання творчих завдань. Здатність до творчості завжди вважалася особливістю людини, яка відрізняє її від інших живих істот. Однак, з появою штучного інтелекту творчість перестає бути суто людською діяльністю. Вже сьогодні штучний інтелект створює картини, сотні яких можна побачити, наприклад, на сайті [www.artaigallery.com](http://www.artaigallery.com). На основі штучного інтелекту створено ряд сервісів, які можуть писати вірші, наприклад, Google AI Poetry [19]. Штучному інтелекту сьогодні під силу навіть робити винаходи для створення нових лікарських засобів [20].

Дедалі більша автономність технологій штучного інтелекту піднімає питання про готовність сучасного права інтелектуальної власності до регулювання суспільних відносин щодо результатів творчої діяльності, досягнутих виключно системами зі штучним інтелектом, адже право інтелектуальної власності в його нинішньому вигляді сформувалося на основі ідеї про те, що творцем може бути виключно людина.

З аналізу положень чинного законодавства про інтелектуальну власність випливає, що автономна система зі штучним інтелектом не може вважатися творцем (автором, винахідником), оскільки вона не є людиною. У світлі цього доктор Рейчел Фрі зазначає, що у випадку створення автономною системою штучного інтелекту якогось винаходу у нього не буде правовласника, оскільки технологія штучного інтелекту не може бути власником винаходу... Існуючі норми у сфері інтелектуальної власності не дають відповіді у ситуації, коли права інтелектуальної власності не можуть захистити продукт автономної системи штучного інтелекту. Не розумно і не практично продовжувати такий підхід, коли у створених нематеріальних активів немає правовласника. Ситуація в цілому така сама в багатьох країнах світу [21].

Таким чином, постає питання, як методологічно правильно визначити суб'єкт прав інтелектуальної власності на результати творчості автономних систем штучного інтелекту?

Відповіді на це питання пропонуються різні. Так, наприклад, існує думка про те, що результати творчості штучного інтелекту слід вважати суспільним надбанням. Головна проблема такого підходу у відсутності стимулів здійснювати інвестиції у нові розробки [22].

Водночас висловлюються пропозиції прирівняти автономні системи штучного інтелекту до юридичних осіб, закріпивши за ними певні права інтелектуальної власності [21]. Така пропозиція нагадує дискусію про “електронних осіб” та “електронну правосуб'єктність”. Однак, навіть у випадку закріплення за цими системами статусу “юридичних осіб” або “електронних осіб”, що на даний час виглядає малоімовірним, це не вирішить усіх проблем, пов'язаних з правами інтелектуальної власності. Так, юридична особа може володіти майновими правами інтелектуальної власності, але не може бути суб'єктом особистих немайнових прав інтелектуальної власності. Тому питання, хто є автором твору, створеного штучним інтелектом залишиться відкритим. Що ж стосується статусу “електронних осіб”, то він поки що ніяким чином не конкретизований ані на теоретичному, ані на законодавчому рівні. Тому щодо того чи зможе у майбутньому електронна особа мати особисті немайнові

---

права інтелектуальної власності і вважатися автором чи винахідником сьогодні можна робити лише теоретичні припущення. І хоча в теорії виключати цього не можна, законодавча практика поки що далека від сприйняття цієї сміливої теорії.

Цікавою є думка про те, що автономні системи штучного інтелекту повинні мати статус подібний до статусу дитини [21]. В такому разі сама система штучного інтелекту матиме особисті немайнові права інтелектуальної власності, а майнові права інтелектуальної власності здійснюватимуться фізичною чи юридичною особою, яка контролює цю систему. Даний підхід здається досить прагматичним, хоча з іншого боку також вимагає створення певного штучного правового статусу для систем штучного інтелекту, що знову нагадає теорію фікції та “електронних осіб”.

Врешті-решт, можна закріпити усі права інтелектуальної власності на результати творчості автономних систем штучного інтелекту за особами, які створили ці системи. Із суто техніко-юридичної точки зору цей підхід здається найпростішим. Проте, з методологічної точки зору він є не зовсім послідовним, адже ігнорує ряд істотних обставин. Справа в тому, що системи штучного інтелекту здатні продукувати нові результати творчості завдяки машинному навчанню, яке, в свою чергу, використовує величезні обсяги інформації. Так, наприклад, для того щоб штучний інтелект почав малювати свої картини потрібно, щоб він спочатку вивчив тисячі картин, створених людьми. Звідси виникає питання – чому всіма правами інтелектуальної власності на результати творчості системи штучного інтелекту повинні володіти лише її розробники, а не всі ті хто створював твори, на основі яких ця система навчалася? Або в якій мірі, в якому співвідношенні всі названі особи повинні володіти відповідними правами?

Водночас, якщо виходити з того, що всі права інтелектуальної власності на результати творчості автономної системи штучного інтелекту належать особам, які створили таку систему, було б логічним припустити, що відповідальність за порушення прав інтелектуальної власності інших осіб, допущені цією системою, також мають нести її розробники. Так, наприклад, якщо в процесі машинного навчання автономна система штучного інтелекту протиправно використовує твори, знайдені в мережі Інтернет в закритих базах даних, відповідати за ці порушення прав інтелектуальної власності мають особи, які створили відповідну систему штучного інтелекту. Однак, чи було б методологічно вірно покласти відповідальність за такі порушення на осіб, які створили систему автономного штучного інтелекту, якщо система діяла самостійно, не отримуючи для протиправних дій жодних інструкцій від своїх творців?

Як бачимо, найпростіший і, здавалося б, найбільш прийнятний з практичної точки зору шлях вирішення проблеми наштовхується на низку методологічних питань, відповідей на які поки що немає.

Узагальнюючи сказане, необхідно констатувати, що поява та розвиток штучного інтелекту не тільки створюють нові можливості у всіх сферах суспільного життя, а й ставлять перед державою і правом, зокрема приватним правом чимало проблем. Деякі з них носять фундаментальний характер і вимагають ретельного опрацювання на науково-методологічному рівні. Так, наприклад, питання про те, чи слід надавати автономним робото-технічним системам зі штучним інтелектом власну “електронну правосуб’єктність” та визнавати за ними статус “електронних осіб” подібних до юридичних осіб – це суттєва теоретико-правова дилема для сучасного приватного права. Спроби її осмислення і вирішення на науково-методологічному рівні цілком можуть перерости у ще одну теорію фікції і матимуть далекосяжні наслідки як теоретичного, так і практичного характеру.

Від того, як буде вирішена зазначена фундаментальна проблема залежать не тільки традиційні теоретичні уявлення про суб’єктів правовідносин, а й вирішення інших проблем, які мають переважно прикладне значення, зокрема врегулювання цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану робото-технічними системами зі штучним інтелектом, особливості укладення та виконання договорів з залученням штучного інтелекту, належність прав інтелектуальної власності на результати “творчої діяльності” автономних систем

штучного інтелекту та ін. Вирішення цих практичних проблем також вимагає належного методологічного опрацювання для того, щоб ті зміни в законодавстві, які потягне за собою вживлення у суспільство систем штучного інтелекту, стали органічною частиною правового поля України.

#### Посилання:

1. Irving Wladawsky-Berger (2022) The Impact of Artificial Intelligence on the World Economy. URL: <https://www.wsj.com/articles/the-impact-of-artificial-intelligence-on-the-world-economy-1542398991>.
2. Майданик Р. (2019) Вчення про методологію приватного (цивільного) права України. Загальні положення. Право України. № 1. С. 58.
3. Aayushi Johari (2022) AI Applications: Top 10 Real World Artificial Intelligence Applications. URL: <https://www.edureka.co/blog/artificial-intelligence-applications>.
4. Chiara Longoni, Carey K. Morewedge (2019) AI Can Outperform Doctors. So Why Don't Patients Trust It? URL: <https://hbr.org/2019/10/ai-can-outperform-doctors-so-why-dont-patients-trust-it>.
5. Alyssa Schroer (2022) Artificial Intelligence in Cars Powers an AI Revolution in the Auto Industry. URL: <https://builtin.com/artificial-intelligence/artificial-intelligence-automotive-industry>.
6. Vikita Padaliya (2022) Decoding Artificial Intelligence. URL: <https://medium.com/decoding-artificial-intelligence/decoding-artificial-intelligence-8ed154f49c7>.
7. Rowena Rodrigues (2020) Legal and human rights issues of AI: Gaps, challenges and vulnerabilities. Journal of Responsible Technology. № 4. <https://doi.org/10.1016/j.jrt.2020.100005>.
8. Mina Krzysnik (2022) The Legal Challenges of Artificial Intelligence. URL: <https://www.iuricorn.com/the-legal-challenges-of-artificial-intelligence>.
9. European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017IP0051>.
10. Janosch Delcker (2022) Europe divided over robot 'personhood'. URL: <https://www.politico.eu/article/europe-divided-over-robot-ai-artificial-intelligence-personhood>.
11. Jaynes T, L (2020) Legal personhood for artificial intelligence: citizenship as the exception to the rule. AI & SOCIETY, 35(2), 343-35.
12. Artificial Intelligence and Civil Liability (2020). URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL\\_STU\(2020\)621926\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf).
13. Giovanni Moreano (2022) Investing in artificial intelligence (AI): A beginner's guide. URL: <https://www.bankrate.com/investing/investing-in-artificial-intelligence-ai>.
14. Kelsey Piper (2018) The case for taking AI seriously as a threat to humanity. URL: <https://www.vox.com/future-perfect/2018/12/21/18126576/ai-artificial-intelligence-machine-learning-safety-alignment>.
15. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV (2022). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
16. Бурило Ю. П. (2017) Правове регулювання електронного бізнесу: виклики штучного інтелекту. Інноваційна система та інформаційні технології в сучасній науці: Всеукраїнська науково-практична конференція (м. Харків, м. Київ, 20 жовтня 2017 р.) / ред. кол.: С.В. Глібко, О.Д. Крупчан, С.А. Бука. С.145-149.
17. Max Raskin (2018) The Law and Legality of Smart Contracts. URL: <https://www.ilsa.org/ILW/2018/CLE/Panel%20%2311%20-%20THE%20LAW%20AND%20LEGALITY%20OF%20SMART%20CONTRACTS%201%20Georgetown%20Law%20Technology%20Rev...pdf>.
18. Maria Luisa (2020) Mena Duran Does the future of smart contracts depend on artificial intelligence? . URL: <https://www.thetechnolawgist.com/2020/12/07/does-the-future-of-smart-contracts-depend-on-artificial-intelligence>.
19. Poem Generators (2022). URL: <https://www.writerswrite.com/poetry/poem-generators>.
20. Jane Wakefield (2022) Artificial intelligence-created medicine to be used on humans for first time. URL: <https://www.bbc.com/news/technology-51315462>.
21. Rachel Free (2022) Artificial Intelligence – Question of Ownership. URL: <https://cms.law/en/int/publication/artificial-intelligence-questions-of-ownership>.
22. Faruk Yamankaradeniz (2022) Artificial Intelligence And Intellectual Property Rights. URL: <https://www.mondaq.com/turkey/patent/1134652/artificial-intelligence-and-intellectual-property-rights>.

Статтю було подано	01.11.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	15.11.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	25.11.2022	The article was accepted

УДК 347.77(477)(082)

**ПРИНЦИПИ ПРАВОВОГО  
РЕГУЛЮВАННЯ ПРИВАТНИХ  
ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИН****Олександр БЕЗУХ**доктор юридичних наук, провідний науковий  
співробітникНауково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

Стаття відображає авторський погляд на принципи регулювання приватних господарських відносин в умовах ринкової економіки, де індивідуальні майнові і немайнові відносини повинні бути підкорені закономірностям ринку та його механізму регулювання – економічній конкуренції.

Згідно дискусійних думок щодо переваг правових норм в регулюванні приватних економічних відносин, основними законодавчими актами, що застосовуються в регулюванні приватних господарських відносин є ГК України і ЦК України. Ст. 3 ЦК України застосовує поняття загальних засад цивільного законодавства, а ст. 6 ГК України вказує на принципи господарювання. Буквального визначення, що таке господарювання немає, але є законодавче визначення поняття суб'єкта господарювання. Тому господарюванням є все те, чим займається суб'єкт господарювання, тобто і вступ у приватні економічні відносини. При цьому ст. 1 ГК України встановлює, що Кодекс визначає як засади господарювання, так і регулювання господарських відносин, що є різно-рідними правовими та економічними явищами.

Виникає просте питання, яким чином принципи доцільності, адекватності, ефективності, збалансованості, передбачуваності, прозорості та врахування громадської думки можуть бути застосовані при регулюванні приватних економічних

UDC 347.77(477)(082)

**THE PRINCIPLES OF LEGAL  
REGULATION OF PRIVATE  
BUSINESS RELATIONS****Bezukh, Oleksandr V.**

Doctor of Law Sciences, Leading Researcher

Academician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The article reflects the author's view on the principles of regulation of private economic relations in the conditions of a market economy, where individual property and non-property relations must be subject to the laws of the market and its regulation mechanism - economic competition.

According to debated opinions regarding the advantages of legal norms in the regulation of private economic relations, the main legislative acts used in the regulation of private economic relations are the Civil Code of Ukraine and the Central Committee of Ukraine. Art. 3 of the Civil Code of Ukraine applies the concept of general principles of civil legislation, and Art. 6 of the Civil Code of Ukraine indicates the principles of management. There is no literal definition of such a business, but there is a legal definition of the concept of a business entity. Therefore, management is everything that a business entity is engaged in, that is, entering into private economic relations. At the same time, Art. 1 of the Civil Code of Ukraine establishes that the Code defines both the principles of management and the regulation of economic relations, which are heterogeneous legal and economic phenomena.

A simple question arises as to how the principles of expediency, adequacy, efficiency, balance, predictability, transparency and consideration of public



відносин за допомогою норм цивільного права. Яким чином принципи певної галузі права співвідносяться із принципами правового регулювання для досягнення певної мети унаслідок такого регулювання.

Виникаючі відносини повинні залежати не лише від волі сторін, які приймають автономні рішення, а й від закономірностей ринкової економіки та ринкового механізму. Саме закономірності ринкової економіки повинні визначати волю сторін, оскільки ігнорування економічних закономірностей призведе до свавілля та руйнування ринків, ринкових принципів та економіки. Необхідно підкреслити, що на волю сторін з боку держави здійснюється певний вплив шляхом встановлення правових приписів, які забезпечують встановлення правил економічної конкуренції на певних ринках, тобто регулюють приватні економічні відносини, так і встановленням правових заборон, які забезпечують попередження та припинення порушень правил економічної конкуренції.

Принципи правового регулювання приватних економічних відносин забезпечують певну еластичність принципів права, що регулюють відповідні приватні економічні відносини, направляючи їх вплив на підтримання та забезпечення таких відносин як ринкових, подолання конфліктів та забезпечення збалансованості інтересів різних учасників ринку, що вступають у приватні відносини.

Ключові слова: принципи правового регулювання, приватні господарські відносини

В Україні постійно точиться дискусія щодо врегулювання приватних економічних відносин різними галузями права. За думкою В. М. Махінчука, саме поява інших, відмінних від цивільно-правових, засад регулювання підприємницької діяльності і призводить до колізій у правозастосуванні [1]. Але дана проблема пов'язана не з об'єктивними закономірностями права, а скоріше з правосвідомістю та правовою необізнаністю суб'єктів застосування права. Як зазначив Ю. О. Тихомирів колізійність різноманітних правових норм є закономірністю правової дійсності, тому право передбачає чіткі механізми подолання таких правових колізій [2].

Незважаючи на успішний європейський досвід щодо виокремлення з приватного права цивільного права, що регулює приватні особисті відносини, і комерційного права, що регулює економічні відносини, та механізмів їх правового регулювання, в Україні

opinion can be applied in the regulation of private economic relations with the help of civil law norms. How the principles of a certain field of law correlate with the principles of legal regulation to achieve a certain goal as a result of such regulation.

The resulting relations must depend not only on the will of the parties, who make autonomous decisions, but also on the laws of the market economy and the market mechanism. It is the laws of the market economy that must determine the will of the parties, since ignoring economic laws will lead to arbitrariness and the destruction of markets, market principles and the economy. It should be emphasized that the will of the parties is exerted by the state through the establishment of legal prescriptions that ensure the establishment of the rules of economic competition in certain markets, i.e. regulate private economic relations, and by the establishment of legal prohibitions that ensure the prevention and termination of violations of the rules of economic competition.

The principles of legal regulation of private economic relations provide a certain elasticity of the principles of law regulating the relevant private economic relations, directing their influence on maintaining and ensuring such relations as market relations, overcoming conflicts and ensuring the balance of interests of various market participants entering into private relations.

Keywords: principles of legal regulation, private economic relations

нав'язується хибна думка, що відносини в сфері господарювання повинні регулюватися підгалуззями цивільного та адміністративного права [3].

В цій праці розглядаються принципи правового регулювання приватних економічних відносин в умовах ринкової економіки як керівні початки та їх відмінності від принципів цивільного права, що регулюють особисті майнові та немайнові відносини, розмежовуються розуміння принципів права і правового регулювання, які і забезпечують цілісний результативний вплив норм права на виникаючі відносини та досягнення мети правового регулювання, зокрема упорядкування приватних економічних відносин та усунення перешкод у функціонуванні відповідних ринків.

Метою дослідження є встановлення закономірностей правового регулювання приватних економічних відносин в умовах ринкової економіки, можливості застосування для цього ЦК України, необхідності забезпечення сталого розвитку вільної економічної конкуренції як стрижня ринкової економіки.

Згідно дискусійних думок щодо переваг правових норм в регулюванні приватних економічних відносин, основними законодавчими актами, що застосовуються в регулюванні приватних господарських відносин є ГК України і ЦК України. Ст. 3 ЦК України застосовує поняття загальних засад цивільного законодавства, а ст. 6 ГК України вказує на принципи господарювання. Буквального визначення, що таке господарювання немає, але є законодавче визначення поняття суб'єкта господарювання. Тому господарюванням є все те, чим займається суб'єкт господарювання, тобто і вступ у приватні економічні відносини. При цьому ст. 1 ГК України встановлює, що Кодекс визначає як засади господарювання, так і регулювання господарських відносин, що є різнорідними правовими та економічними явищами.

Згідно загального розуміння принцип це: Принцип (лат. *principium* — начало, основа): 1. Основне вихідне положення якої-небудь наукової системи, теорії, ідеології; засада. 2. Особливість, покладена в основу створення або здійснення чогось. 3. Переконавання, норма, правило, яким керується хтось у житті і поведінці [4].

Принципи можна розділити на аксіоматичні та систематичні. Аксіоматичні принципи — це принципи, які можуть бути постулатами, або які можуть базуватися на спостереженні.

Так з логіки та буквального тлумачення виходить, що коли розглядати принципи господарювання, то це засади, основні вихідні положення діяльності суб'єктів господарювання, які базуються на спостереженні змін економіки, ринків тощо, коли розглядати принципи цивільного законодавства, то їх можна розглядати як засади законодавства, оскільки це прямо вказано в правовій нормі, та постулати, оскільки вони відомі ще з часів римського права та певні права є природними. При цьому поняття законодавства і права як регуляторів не є тотожними.

За думкою Р. А. Майданика «в юридичній науці принципи права визначаються як основні засади правового регулювання суспільних відносин, які відображають найбільш суттєві властивості права, стабільність і здатність залишатися незмінними протягом тривалого часу» [5, с. 61]. Це розповсюджується на цивільне право та цивільні відносини.

Але з таким підходом не можна погодитися, оскільки за визначенням теоретика права Алесєєва С. С. принципи права це виражені в праві вихідні нормативно-керівні початки, що характеризують його зміст, його основи, закріплені в ньому закономірності суспільного життя [6, с. 75].

Правовим ж регулюванням Алесєєв С. С. вважає здійснення за допомогою правових засобів (юридичних норм, правовідносин, індивідуальних приписів та ін.) результативне, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини з метою їх впорядкування, охорони, розвитку відповідно до вимог економічного базису, суспільним потребам даного соціального устрою [6, с. 211]. Тобто принципи права, як керівні початки матеріальних норм права та принципи досягнення певної мети в процесі правового регулювання не є тотожними поняттями. Як ми вбачаємо принципи цивільного законодавства, принципи права (можливо в

тому числі і цивільного) і правове регулювання є різними явищами. При цьому правове регулювання може мати власні принципи.

За визначенням А. М. Колодія, принципи права та принципи правового регулювання не можна ототожнювати, оскільки принципи правового регулювання — «це принципи зовсім іншого рівня, форми, соціального спрямування дії права» [7, с. 37]. В системі принципів А. М. Колодій на першу позицію ставить загальносоціальні принципи; на другу — власне принципи права (системні і структурні); на третю — принципи правового регулювання [7, с. 38-39].

Підтвердженням самостійності принципів регулювання є ст. 4 закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», яка встановлює принципи державної регуляторної політики, а саме, доцільність, адекватність, ефективність, збалансованість, передбачуваність, прозорість та врахування громадської думки. Враховуючи, що в широкому сенсі політика це визначена частина напрям діяльності, сукупність засобів (інструментів) та методів для реалізації певних інтересів задля досягнення визначених цілей в певному соціальному середовищі, то правомірно розглядати наведені принципи регуляторної політики як принципи – засоби щодо здійснення регулювання господарських відносин.

Виникає просте питання, яким чином принципи доцільності, адекватності, ефективності, збалансованості, передбачуваності, прозорості та врахування громадської думки можуть бути застосовані при врегулюванні приватних економічних відносин за допомогою норм цивільного права. Яким чином принципи певної галузі права співвідносяться із принципами правового регулювання для досягнення певної мети унаслідок такого регулювання.

А. М. Колодій розподіляє, деталізує принципи правового регулювання на: загальноправові, міжгалузеві, галузеві, принципи інститутів права, структури права (загальносоціального і юридичного, публічного і приватного, регулятивного і охоронного, матеріального і процесуального, об'єктивного і суб'єктивного). На думку А. М. Колодія якість цих принципів відображає особливу залежність їх від сутності права, специфіки правового регулювання суспільних відносин, що теж їх об'єднує та наближає один до одного. Отже, принципи правового регулювання — специфічно юридичні принципи, які виражають характер регульованих відносин (предмет), зміст регулювання (його сутність) і його засоби (методи) [7, 109-110].

Враховуючи вищезазначене, принципи викладені у ст. 4 закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» слід вважати загальними принципами правового регулювання господарських відносин, але цей перелік не є вичерпним.

Разом з тим, сфера господарювання (сфера діяльності суб'єктів господарювання як приватних осіб) є багатогранною, яка стосується певних ринків, галузей (укладення горизонтальних угод), міжгалузевих зав'язків (укладення вертикальних угод), певних інститутів, в решті решт підтримання конституційного господарського правопорядку та економічної системи в цілому. Для порівняння цивільне законодавство регулює особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників без будь якого зв'язку із ринками та притаманними йому явищами – цінами, за якими обмінюються товари, які мають не просто мінову вартість, як у цивільних правовідносинах, а й собівартість, додану вартість та прибуток), види і характеристики вироблених товарів, мінові відносини за формулою гроші – товар – гроші ( в той час цивільні мінові відносини відбуваються за формулою товар – гроші – товар), фактори виробництва, фактори споживання, структура та бар'єри ринків, багато інших факторів і чинників, які існують не як окремі ізольовані явища, а як прояв системних зв'язків.

Розглядаючи принципи господарювання, визначені у ст. 6 ГК України, необхідно констатувати, що принципи регулювання господарських відносин мають залежність від зазначених принципів та взаємозв'язок з ними. Наприклад, ефективність регулювання згідно

ст. 4 закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» це «забезпечення досягнення внаслідок дії регуляторного акта максимально можливих позитивних результатів за рахунок мінімально необхідних витрат ресурсів суб'єктів господарювання, громадян та держави». Ефективність у сучасній ринковій економіці неможливо досягнути без забезпечення економічної багатоманітності та рівного захисту державою усіх суб'єктів господарювання, свобода підприємницької діяльності у межах, визначених законом, вільний рух капіталів, товарів та послуг на території України. В свою чергу таке забезпечення повинне бути ефективним, мати економічний результат, оскільки це впливає на результат та добробут як країни, так і кожної приватної особи.

Таке твердження вступає у суперечність або не забезпечується загальним принципом свободи волі сторін. В економічному обороті здійснюється передача певних об'єктів, які є, в тому числі об'єктами цивільного права, але які в умовах ринку набувають правовий статус товару, від одних суб'єктів до інших. Як справедливо зазначив К Маркс, капіталіст виробляє товар не заради самого товару, його споживчої вартості або особистого споживання. Його інтересує відношення додаткової вартості, тобто надлишку вартості, з яким він продає товар до всього капіталу, витраченого на виробництво товару. Інтересом капіталіста є затуманити це співвідношення і внутрішній зв'язок надлишкової вартості та витраченого капіталу [8]. Теорія додаткової вартості є визнаною у всьому світі. Цей принцип, визначений К. Марксом, є одним з головних в розумінні змісту всіх приватних економічних відносин в ринкових умовах та економічної конкуренції, яка виникає унаслідок приватної автономії та незалежності учасників економічних ринкових відносин (приватні відносини).

Слушними є висновок Р.З. Лівшиця, що еволюція права походить від ідей до норм, потім через реалізацію норм – до суспільної практики. Починаючи з виникнення ідеї, а ідея дуже часто формується у вигляді правового принципу, принцип визначає і направляє розвиток права» [9, с. 195].

Виникаючі відносини повинні залежати не лише від волі сторін, які приймають автономні рішення, а й від закономірностей ринкової економіки та ринкового механізму. Саме закономірності ринкової економіки повинні визначати волю сторін, оскільки ігнорування економічних закономірностей призведе до свавілля та руйнування ринків, ринкових принципів та економіки. Необхідно підкреслити, що на волю сторін з боку держави здійснюється певний вплив шляхом встановлення правових приписів, які забезпечують встановлення правил економічної конкуренції на певних ринках, тобто регулюють приватні економічні відносини, так і встановленням правових заборон, які забезпечують попередження та припинення порушень правил економічної конкуренції.

Або, якщо можливість збільшувати додаткову вартість (прибуток) у співвідношенні з витраченим капіталом і є головним економічним стимулом підприємництва та конкуренції, який досягається за допомогою правомірних та неправомірних заходів, застосування яких і підлягає врегулюванню. Не випадково правовим принципом регулювання господарських відносин у ст. 6 ГК України визначено свобода підприємницької діяльності у межах, визначених законом. Безмежна свобода у погоні за отриманням прибутку руйнує чесні і справедливі економічні відносини. У зв'язку з цим, свобода підприємницької діяльності вимагає встановлення меж та правил її існування, як гарантія існування певного господарського правового порядку.

М. О. Казачуком слушно визначено поняття «обмеження свободи підприємницької діяльності (в розумінні суб'єктивного права) як звуження змісту (умов та засобів, що складають правомочності) та/або обсягу (кількісних показників правомочностей) права на підприємницьку діяльність, а також як правила, що визначає та окреслює зміст свободи підприємницької діяльності та/або її обсягу» [10]. Тобто свобода підприємницької діяльності в ринкових умовах має свій зміст, обсяг та порядок реалізації, що визначені правилами економічної конкуренції, відмінними від визначених ЦК України.

Розглядаючи правила підприємництва та економічної конкуренції через призму її свободи необхідно зазначити, що за визначенням Д. Ролза будь-яку свободу можливо

об'яснити за допомогою вказівок на три моменти: вільні діючі суб'єкти, обмеження від яких вони вільні, і те, що вони вільні робити або не робити[11]. Необхідно звернути увагу, що наявність обмежень, від яких суб'єкти господарювання вільні, передбачає також обмеження від яких вони не вільні. Встановлення того, що суб'єкти економічних відносин вільні робити або не робити передбачає те, від чого вони не вільні.

Можливість збільшувати додаткову вартість (прибуток) у співвідношенні з витраченим капіталом і є головним економічним стимулом підприємництва та конкуренції, який досягається за допомогою правомірних та неправомірних заходів, застосування яких і підлягає врегулюванню. Не випадково правовим принципом регулювання господарських відносин у ст. 6 ГК України визначено свобода підприємницької діяльності у межах, визначених законом. Безмежна свобода у погоні за отриманням прибутку руйнує чесні і справедливі економічні відносини. У зв'язку з цим, свобода підприємницької діяльності вимагає встановлення меж та правил її існування, як гарантія існування певного господарського правового порядку. Тому як принцип ст. 6 ГК України встановлено, що свобода підприємницької діяльності реалізується у межах, визначених законом.

Встановлення таких меж та правил існування свободи в приватних економічних відносинах і забезпечується принципами регуляторної політики або принципами правового регулювання.

Необхідно зазначити, що всі розвинуті економіки в більшому чи меншому ступені зазнають державного регулювання. Незважаючи на те, що в ст. 6 ГК України як принцип регулювання названо обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємстві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави, такий підхід є невдалим. Він вступає в певну суперечку з таким принципом державного регулювання як доцільність, це обґрунтована необхідність державного регулювання господарських відносин з метою вирішення існуючої проблеми. Як вже зазначалося унаслідок збоїв ринкових механізмів виникають різноманітні проблеми, реальні конфлікти економічних інтересів різноманітних приватних відносин в умовах ринку. Цивільне право не передбачає вирішення виникаючих економічних конфліктів на ринку та гармонізацію впорядкування виникаючих відносин.

Встановлення правил передбачає, насамперед, позитивне зобов'язування суб'єктів господарювання діяти певним чином або встановлення правових заборон. Просто державне регулювання в кожній сфері, на ринку повинне бути адекватним і збалансованим.

Згідно ст. 4 закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» адекватність це відповідність форм та рівня державного регулювання господарських відносин потребі у вирішенні існуючої проблеми та ринковим вимогам з урахуванням усіх прийнятних альтернатив.

Принцип збалансованості це забезпечення у регуляторній діяльності балансу інтересів суб'єктів господарювання, громадян та держави, тобто публічних і приватних. Принципи цивільного права як регулятора приватних відносин взагалі не передбачають такого поняття як адекватність і збалансованість. Є абсолютні цивільні права, наприклад, право власності, де власник протистоїть невизначеному колу осіб, які можуть його порушити, та відносні права, коли сторони беруть на себе певні зобов'язання.

В системі приватних цивільних відносин така мета регулювання не ставиться, самі принципи правового регулювання не виокремлюються, а як наголошується, саме регулювання здійснюється на основі засад цивільного законодавства. Це на думку автора пояснюється певною статичністю цивільних правовідносин, які регулюють відносини певних осіб щодо забезпечення лише їх цивільних прав в конкретній ситуації, та використання постулатів, які відомі з часів римського права і де не було відомо про ринкову економіку і її фактори, які динамічно змінюються, що впливає на приватні економічні відносини.

Механізм конкуренції та правового регулювання в умовах ринку передбачає підтримку лише тих дій та економічних відносин між приватними особами, які корисні для суспільства,

тобто відповідають публічному інтересу. При цьому публічний інтерес може розглядатися не як суспільний або державний, а як сукупний інтерес певної групи приватних осіб. Ще раз необхідно акцентувати увагу на тому, що економічна конкуренція перетворює певну сукупність приватних інтересів в публічний інтерес, коли інтереси певної групи приватних осіб розглядаються як один інтерес, а група суб'єктів права розглядається як один суб'єкт права.

Окрім іншого економічні відносини повинні приносити результат, корисний як для приватних осіб, так і суспільства в цілому. Тому ст. 4 закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» встановлює принцип ефективності державного регулювання як забезпечення досягнення внаслідок дії регуляторного акта максимально можливих позитивних результатів за рахунок мінімально необхідних витрат ресурсів суб'єктів господарювання, громадян та держави. Реалізацією цього принципу є приклад, коли навіть дії, які є забороненими у зв'язку із економічною конкуренцією, можуть бути дозволені, коли корисний ефект від таких заборонених законом дій перевищують ту шкоду, яку вони можуть завдати.

Як слушно зазначив М. Козюбра «інституціоналізація принципів права в державних нормативних актах — конституціях, законах тощо, як і їх трансформація в конкретні норми, безперечно, відіграла позитивну роль у забезпеченні єдності, цілісності і визначеності правової системи, дала змогу певною мірою нівелювати невизначеність окремих положень законодавства, обмежити суб'єктивний вплив на процес їх застосування відповідних органів і посадових осіб. Водночас закріплення принципів права в нормативних актах, їх «законне буття» не має самостійного значення. Таке закріплення не позбавляє принципів права властивої їм «еластичності». У відповідних державних нормативних актах по суті фіксується форма відповідного принципу, яка наповнюється реальним змістом у процесі застосування принципу до конкретної правової ситуації. Як зазначав ще Платон, сила міститься не в законі, а в руках «царственного мужа», наділеного розумом»[12].

В приватних економічних відносинах поряд з правом йдуть різноманітні, такі що конфліктують між собою економічні стимули і мотиви суб'єктів, що приймають рішення, безпосередньо умови на ринку, які можуть постійно змінюватися та зазнають вплив з боку факторів виробництва і конкуренції, що необхідно враховувати та встановлювати загальні правові чинники, які це дозволять. Такими чинниками можуть бути принципи правового регулювання приватних економічних відносин, встановлені законодавством про регуляторну діяльність.

Окремо необхідно зупинитися на принципах економічної конкуренції та захисту споживачів, як засаді господарювання, та забезпечення конкурентноспроможності як принципу правового регулювання. Ринковий устрій розкривається у конкуренції, яка забезпечується правилами конкуренції і конкурентним правом, як інститутом її захисту.

Конкурентне право виконую фундаментальну функцію щодо досягнення свободою договору своєї мети, а саме свободи укладення договору, визначення його умов та припинення. Ринкова економіка орієнтована на егоїстичне прагнення до особистої вигоди приватних осіб (суб'єктів господарювання та споживачів) між якими відбувається конфлікт інтересів. Ринкова економіка функціонує продуктивно, коли ринкові механізми працюють належним чином, суб'єкти господарювання дотримуються правил конкуренції. Але суб'єкти господарювання на основі наданих свобод можуть здійснювати економічну владу на ринку, порушуючи правила конкуренції, та зловживання призведуть до неспроможності ринку. Тому надаючи певні права або регулюючи певні приватні економічні відносини завжди необхідно забезпечувати конкурентноспроможність та економічну ефективність суб'єктів таких відносин.

Висновок. Принципи правового регулювання приватних економічних відносин забезпечують певну еластичність принципів права, що регулюють відповідні приватні економічні відносини, направляючи їх вплив на підтримання та забезпечення таких відносин

як ринкових, подолання конфліктів та забезпечення збалансованості інтересів різних учасників ринку, що вступають у приватні відносини.

**Посилання:**

1. Махінчук В. М. (2008) Дуалізм приватного права: до постановки питання. Підприємництво, господарство і право. № 8 С. 58. URL: <http://ppp-journal.kiev.ua/archive/2009/8/16.pdf>
2. Тихомиров Ю. А. (2000) Колізійне право. 394 с.
3. Шишка Р. Б. та ін. (2015) Господарсько-правове регулювання суспільних відносин в Україні. Монографія. С. 33.
4. Словник іншомовних слів (2022). URL: <https://www.jnsm.com.ua/cgi-bin/u/book/sis.pl?Qry=%EF%F0%E8%ED%F6%E8%EF>
5. Майданик Р. А. (2016) Розвиток приватного права України. Монографія. С. 61.
6. Колодій А. М. (1998) Принципи права України. Монографія. 208 с.
7. Маркс К. (1980) Капітал. С. 45-47.
8. Козачук М. О. (2011) Свобода підприємницької діяльності та її обмеження в законодавстві України. Автореф. дис.... канд. юр. наук: 12.00.04. С. 3.
9. Ролз Дж. (1995) Теорія справедливості. С.182.
10. Козюбра М. (2017) Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. Право України. № 11. С. 143. URL: <http://ekmair.ukma.edu.ua/handle/123456789/13162>.

Статтю було подано	01.12.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	05.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	15.12.2022	The article was accepted

УДК 347.91/95

**МЕТОДОЛОГІЯ ВИЗНАЧЕННЯ  
СТАДІЙНОСТІ ЦИВІЛЬНОГО  
СУДОЧИНСТВА****Володимир БОБРИК**доктор юридичних наук, старший науковий  
співробітник, завідувач лабораторіїНауково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)<https://orcid.org/0000-0002-2152-9937>

Охарактеризовано основні наукові підходи до поділу цивільного судочинства на стадії, не враховуючи виконання судового рішення (виконавче провадження чи звернення рішення до виконання), яке має певну специфіку з огляду на його суб'єктний склад.

Кожна наукова позиція щодо виокремлення стадій цивільного судочинства зумовлена такими основними чинниками: закріпленою в чинному процесуальному законодавстві або обґрунтованою відповідним автором системою перегляду судових рішень (внутрішнього судового контролю в системі цивільної юрисдикції); авторським тлумаченням складових (елементів) стадій цивільного судочинства, передусім розгляду справи в суді першої інстанції; віднесенням чи невіднесенням до стадій цивільного судочинства виконання судових рішень (виконавчого провадження, звернення судового рішення до виконання).

Акцентовано, що під час дослідження юридичного процесу виокремлюють два рівні стадій: стадії функціонального призначення та стадії логічної послідовності. Функціональні стадії процесу обумовлені видом процесуальної діяльності, яка виникає в початковий момент і протікає у встановленому порядку. Стадії ж логічної послідовності є операціями-

UDC 347.91/95

**METHODOLOGY FOR  
DETERMINING THE STAGES OF  
CIVIL PROCEEDINGS****Bobryk, Volodymyr I.**Doctor of Law Sciences, Senior Researcher,  
Head of the LaboratoryAcademician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The main scientific approaches to the division of civil proceedings into stages are characterized, not taking into account the execution of a court decision (executive proceedings or an appeal to the execution of a decision), which has a certain specificity in view of its subject composition.

Each scientific position regarding the separation of stages of civil proceedings is determined by the following main factors: the system of review of court decisions (internal judicial control in the system of civil jurisdiction) enshrined in the current procedural legislation or substantiated by the corresponding author; the author's interpretation of the components (elements) of the stages of civil proceedings, primarily the consideration of the case in the court of first instance; attributing or not attributing to the stages of civil proceedings the execution of court decisions (enforcement proceedings, appeal of a court decision for execution).

It is emphasized that during the study of the legal process, two levels of stages are distinguished: the stage of functional purpose and the stage of logical sequence. The functional stages of the process are determined by the type of procedural activity that occurs at the initial moment and proceeds in the established order. The stages of the logical sequence are operations-actions within and within one



діями всередині та в межах однієї стадії. До них належать встановлення фактичних обставин справи, вибір та аналіз норми, рішення справи, виражене в акті застосування права. Отже, зазначений автор одним і тим самим терміном «стадія» позначає різнорівневі процесуальні явища, розмежовуючи їх похідними словами «функціонального призначення» (вищий рівень) та «логічної послідовності» (нижчий рівень).

Стадія цивільного судочинства має охоплювати всю процедуру розгляду та вирішення справи в суді певної інстанції. Це підтверджує висловлену раніше тезу про те, що критерієм поділу цивільного судочинства на стадії є інстанційність, однак і не спростовує такий загальновизнаний у літературі критерій, як мета (завдання) процесуальної діяльності. Зважаючи на це, а також висловлені вище критичні зауваження щодо застосування мети процесуальної діяльності як критерію поділу судочинства на стадії, можна сформулювати висновок про те, що критерієм поділу цивільного судочинства на стадії має бути мета не абстрактної процесуальної діяльності, а діяльності саме суду певної інстанції

Ключові слова: судовий процес, стадії судочинства, рівні судочинства, судові інстанції, цивільний процес

В сучасній процесуальній науці стадійність є загальновизнаною властивістю та закономірністю будь-якого судового процесу, що впливає з його діяльнісної сутності та обумовлено насамперед інстанційністю судової системи України. Проблематика стадій цивільного судочинства належить до традиційних питань науки цивільного процесуального права України та її слід визнати достатньо розробленою. Водночас у сучасній процесуальній науці триває дискусія з приводу теоретичних і практичних аспектів визначення стадій цивільного судочинства, зокрема, їх змісту, кількості, критеріїв виокремлення.

Теоретичним підґрунтям знань про стадії цивільного судочинства мали б стати положення теорії права про стадії юридичного процесу. Проте теоретики права не розробили загальновизнаного його поняття, а тому нерідко відбувається механічне перенесення сформованих уявлень про стадійність з галузевих юридичних наук у загальну теорію права й навпаки. Серед процесуалістів також не має єдності розуміння стадій цивільного судочинства. Переважна більшість процесуалістів, так само як і теоретики права, розглядають стадії як складові (частини) цивільного судочинства, зміст яких полягає в сукупності процесуальних дій [1, 2, 3].

stage. These include the establishment of the factual circumstances of the case, the selection and analysis of the norm, the decision of the case, expressed in the act of applying the law. Therefore, the mentioned author uses the same term "stage" to denote different-level procedural phenomena, distinguishing them with the derived words "functional purpose" (higher level) and "logical sequence" (lower level).

The stage of civil proceedings should cover the entire procedure of consideration and resolution of the case in a court of a certain instance. This confirms the previously expressed thesis that the criterion for the division of civil proceedings into stages is instantiation, however, it does not refute such a criterion generally recognized in the literature as the goal (task) of procedural activity. Taking into account this, as well as the critical remarks expressed above regarding the application of the purpose of procedural activity as a criterion for the division of judicial proceedings into stages, it is possible to formulate the conclusion that the criterion for the division of civil proceedings into stages should not be the objective of abstract procedural activity, but the activity of the court of a certain instance

Keywords: court process, stages of court proceedings, levels of court proceedings, court instances, civil proceedings

Також поширеною в процесуалістиці є думка про включення в зміст стадій цивільного судочинства не лише процесуальних дій, а й процесуальних правовідносин [4, 5, 6, 7]. Окремі вчені стадію цивільного судочинства розглядають як складову цивільної процесуальної форми [8] чи теоретичну модель того, якою має бути відповідна стадія на практиці [9].

Отже, процесуалісти одноставно вважають стадії цивільного судочинства його складовими, однак їх зміст залежить від того, яке правове явище вкладає кожен дослідник у зміст цивільного судочинства. З огляду на діяльнісний підхід до розуміння суті цивільного процесу, що поділяє автор цієї праці [10], зміст стадій цивільного судочинства має полягати саме в процесуальній діяльності (сукупності процесуальних дій). На наш погляд, зміст стадій цивільного судочинства не можуть становити процесуальні правовідносини, оскільки вони є статичними, а стадійність притаманна лише динамічним правовим явищам.

Процесуальна діяльність є лише змістовним наповненням стадій цивільного судочинства, однак її не можна розглядати окремо від її суб'єктів. Склад і цивільний процесуальний статус, зокрема процесуальні інтереси, суб'єктів судочинства на різних його стадіях мають певні відмінності. Так, на різних стадіях судочинства такий обов'язковий суб'єкт, як суд, представлений судовими органами різних інстанцій, які наділені різними повноваженнями. Також не є однаковим цивільний процесуальний статус, зокрема, позивача на стадії розгляду справи в суді першої інстанції та на стадії апеляційного перегляду. З огляду на це, невід'ємною ознакою стадій цивільного судочинства є їхні суб'єкти, насамперед суд. Важливою ознакою стадій цивільного судочинства також є темпоральність, встановлена процесуальним законодавством і судом, що визначає як часову сутність, так і послідовність відповідної процесуальної поведінки.

Чимало процесуалістів як ознаку стадії і критерій їх виділу називають процесуальну мету (найближчу процесуальну мету) або завдання, стверджуючи, що досягнення найближчої мети обумовлює завершення однієї стадії цивільного процесу та створює умови для переходу справи в іншу стадію. Проте цей критерій не є загальновизнаним, адже науковці пропонували й інші підстави виокремлення стадій цивільного судочинства: характер процесуальної діяльності, її правові наслідки, судові рішення, що засвідчують завершення стадії, цивільні процесуальні правовідносини, особливості суб'єктного складу [1], структура діяльності, логіка правозастосування [10] тощо. Крім того, деякі науковці взагалі заперечують застосування найближчої мети (сталих цільових настанов) як критерію поділу процесу на стадії, вважаючи її лише однією з характеристик стадій та акцентуючи на тому, що найближча мета притаманна кожній процесуальній дії, процедурі тощо [11].

У зв'язку із зазначеним, розгляд мети як критерію диференціації цивільного судочинства на стадії вбачається доволі спрощеним підходом до вирішення цього питання. Крім того, суб'єкти цивільних процесуальних відносин унаслідок відмінностей їхніх процесуальних інтересів на різних стадіях судочинства здебільшого мають різну процесуальну мету. Зокрема, особа, яка подає апеляційну чи касаційну скаргу, прагне, щоб за результатами відповідного перегляду оскаржуване рішення було змінено або скасовано, а інша сторона – щоб воно було залишене без змін. Метою ж діяльності суду на таких стадіях, зазначає К. В. Гусаров, буде виявлення необґрунтованості та виправлення судової помилки в застосуванні норм матеріального та процесуального права [12]. Отже, діяльність усіх суб'єктів цивільного процесу на певній стадії не об'єднана однією метою. З огляду на це, критерієм поділу судочинства на стадії може бути не загальна мета процесуальної діяльності, а мета діяльності суду, що обумовлена, зокрема, інстанційністю судоустрою. На наш погляд, поділ цивільного судочинства на стадії має ґрунтуватися на інстанційності.

Термін «інстанційність» походить від слова «інстанція» (лат. *instantia* – безпосередньо, близькість), що означає кожну з послідовних ланок, ступенів (щаблів, рівнів) системи органів держави, зокрема суду [13]. Інстанційність є загальновизнаним у світі принципом судоустрою, що визнається й в Україні (ч. 1 ст. 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Інстанційна організація судів, зазначає К. В. Гусаров, має забезпечити

правосудність рішення. Для цього кожен суд має виконувати функції лише однієї інстанції [12, 14, 15].

Відповідно до ЦПК України розгляд цивільної справи здійснюють три судові інстанції: перша, апеляційна та касаційна, що цілком відповідає Рекомендаціям Комітету Міністрів Ради Європи щодо введення в дію та покращання функціонування систем і процедур оскарження у цивільних та торгових справах від 07.02.1995 № R (95) 5 [16]. Отже, якщо диференціацію цивільного судочинства здійснювати на підставі інстанційності й відмовитися від використання терміна «провадження», можна припустити, що стадіями цивільного судочинства є: розгляд справи в суді першої інстанції, перегляд справи в апеляційному суді, перегляд справи в касаційному суді. Однак такий поділ частково не відповідає доктринальним положенням процесуальної науки про стадії цивільного судочинства, а також не узгоджується з терміносистемою чинного ЦПК України, у якому термін «стадія» використано на позначення різнорівневих процесуальних явищ. Тому зазначена теза має бути далі або додатково доведена, або спростована.

Дослідники пропонували виокремлювати від двох до дев'яти стадій цивільного судочинства. За наявності розмаїття наукових поглядів на критерії не можна виключати виокремлення ще більшої кількості стадій. Детальний аналіз усіх стадійних складових цивільного судочинства, що пропонують в літературі, виходить за межі предмета цієї роботи. Зважаючи на це, спробуємо узагальнити відповідні знання про визначення стадій цивільного судочинства, що має стати теоретичною основою для підтвердження окресленої вище тези про інстанційний поділ цивільного судочинства.

Кожна наукова позиція щодо виокремлення стадій цивільного судочинства зумовлена такими основними чинниками:

- закріпленою в чинному процесуальному законодавстві або обґрунтованою відповідним автором системою перегляду судових рішень (внутрішнього судового контролю в системі цивільної юрисдикції);
- авторським тлумаченням складових (елементів) стадій цивільного судочинства, передусім розгляду справи в суді першої інстанції;
- віднесенням чи невіднесенням до стадій цивільного судочинства виконання судових рішень (виконавчого провадження, звернення судового рішення до виконання).

З огляду на зазначені чинники, охарактеризуємо основні наукові підходи до поділу цивільного судочинства на стадії, не враховуючи виконання судового рішення (виконавче провадження чи звернення рішення до виконання), яке має певну специфіку з огляду на його суб'єктний склад.

Найменшу кількість (дві) стадій у цивільному судочинстві виокремив В. М. Шерстюк: 1) провадження в суді першої інстанції, 2) провадження з перегляду судових актів. Загалом поділяють таку ідею й інші науковці, зокрема М. Г. Юркевич, а також М. Й. Штефан [4].

Деякі автори, схожим чином визначаючи стадії цивільного судочинства, окремими стадіями вважають види перегляду судових рішень. Поділяючи загалом такий підхід, окремі науковці виокремлюють ще одну стадію цивільного судочинства – відновлення втраченого судового провадження [17, 18, 19]. Однак останню концепцію аргументовано критикує Є. В. Лейба з огляду на те, що відновлення втраченого судового провадження потенційно можливе на кожній стадії цивільного процесу на рівні будь-якої інстанції, де відбулося завершення провадження з цивільної справи [20].

Ще одна поширена в літературі концепція виокремлення стадій цивільного судочинства (розгорнута) полягає в тому, що, крім стадій з перегляду судових рішень, цивільне судочинство передбачає не стадію розгляду справи в суді першої інстанції, а три чи чотири окремі стадії: 1) відкриття (порушення) провадження у справі (справи); 2) підготовка справи до судового розгляду (провадження з підготовки справи до судового розгляду); 3) судовий розгляд; 4) прийняття постанови по суті (останні дві здебільшого розглядають як одну) [21, 22]. Цю концепцію поділяють і судові органи. Зокрема, у постанові від 12.06.2009 № 5 «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у

справі до судового розгляду» Пленум ВСУ в п. 1 та 7 зазначив, що провадження у справі до судового розгляду є самостійною і важливою стадією процесу [23].

Деякі сучасні автори, з огляду на закріплення в ЦПК України врегулювання спору за участю судді (глава 4 розділу III), додатково визначають ще й стадію врегулювання спору за участі судді [24], що суперечить обґрунтованій у науці його правовій природі як відокремленої судової процедури в позовному провадженні [25].

Окреслена розгорнута концепція стадійності цивільного судочинства зазнала обґрунтованої критики в літературі. Свого часу М. А. Гурвіч стверджував, що кожна стадія процесуальної діяльності відповідає певному процесуальному правовідношенню, що зумовлюється його завданням, – або вирішити спір по суті (у суді першої інстанції), або розглянути скаргу (чи протест) на рішення або ухвалу, яке не набрало законної сили, тощо; кожна стадія процесу відображає тим самим право й обов'язок суду з правосуддя на певному його етапі. Також М. А. Гурвіч акцентує на тому, що за цього поділу процесу, по-перше, його стадії відмежовуються від процесуальних відносин і, по-друге, втрачається єдина основа поділу. Також критичні зауваження щодо розгорнутого поділу стадій цивільного судочинства висловив О. Т. Боннер, який заперечує зайве подрібнення стадій цивільного судочинства, адже те, що деякі автори називають «найближчою метою» «подріблених» стадій процесу, які вони виокремлюють (порушення справи, підготовка справи до судового розгляду і судового розгляду), навряд чи може мати самостійне значення. Не поділяє розгорнуту концепцію й М. Й. Штефан, а також більшість сучасних науковців [4].

Це своєю чергою обумовлює науковий інтерес до внутрішньої будови (складових) стадій цивільного судочинства. З аналізу літератури вбачається, що науковці, які обстоюють концепцію єдиної стадії розгляду справи в суді першої інстанції, попри застосування різних термінів, майже однотайні у виокремленні складових стадій судочинства. Зокрема, В. М. Іванкін, поділяючи позицію М. А. Гурвіча, стверджує, що поділ цивільного процесу на стадії, які відповідають процесуальним правовідносинам, не виключає можливості вирізняти в межах стадій окремі частини, групи дій, спрямовані на виконання окремих завдань, що не мають самостійного значення в процесі відправлення правосуддя і сприяють поступовій реалізації загального завдання цієї стадії. На думку М. Й. Штефана, кожна стадія має три фази (підстадії) розвитку, що послідовно змінюють одна одну: відкриття провадження, підготовка та вирішення по суті [4].

Досліджуючи питання про складові стадій цивільного судочинства, С. С. Бичкова вважає, що за загальним правилом, кожна із зазначених стадій цивільного судочинства має три підстадії: 1) відкриття провадження; 2) провадження у справі до її розгляду (розгляду окремого процесуального питання) чи перегляду; 3) розгляд і вирішення справи (окремого процесуального питання) [17]. В аспекті апеляційного провадження К. В. Гусаров зазначає, що воно складається з таких етапів: порушення справи, підготовка до розгляду та розгляд справи в суді апеляційної інстанції [12].

Здійснюючи огляд наукових концепцій стадійності цивільного судочинства, не можна оминати увагою концепцію правозастосовних циклів (циклічно-стадійний підхід), що була запропонована в середині ХХ століття Ю. К. Осіповим. Цивільний процес, на думку зазначеного автора, можна поділити на п'ять частин: провадження в суді першої інстанції; провадження в суді другої інстанції; перевірка законності й обґрунтованості судових актів у порядку судового нагляду; перегляд судових рішень, ухвал і постанов у зв'язку з нововиявленими обставинами. Однак, на відміну від М. А. Гурвіча, Ю. К. Осіпов розглядає такі частини не як стадії цивільного процесу, а як самостійні, завершені правозастосовні цикли. Стадіями ж він іменує три частини правозастосовного циклу: порушення діяльності із застосування права, підготовка й здійснення правозастосовного акту. Водночас йдеться не про стадії цивільного процесу, а про стадії застосування права як про етапи правозастосовної діяльності в межах правозастосовного циклу, якими (стадіями) він пропонує вважати відокремлені в часі його частини, що послідовно змінюють одна одну.

Розвиває позицію Ю. К. Осіпова Г. О. Жилін, який, попри усталеність терміна «стадія

судочинства» в процесуальних правових науках і в теорії юридичного процесу, пропонує іменувати провадження як складові цивільного процесу не стадіями процесу, а правозастосовними циклами. Фактично Г. О. Жилін виокремлює в цивільному процесі як складній системі два рівні: перший – це провадження як етапи процесуальної діяльності, кожне з яких передбачає стадії: порушення справи (провадження), її підготовки й судового розгляду. Під час поділу цивільного судочинства на правозастосовні цикли Г. О. Жилін керується тим, що головним суб'єктом процесуальної діяльності на всіх її етапах є суд, який застосовує норми права. Ідея правозастосовних циклів знайшла свій розвиток у роботах В. В. Яркова, С. А. Курочкіна, О. С. Ткачука, С. О. Якимчук та інших науковців [26, 27].

Концепція правозастосовних циклів у цивільному судочинстві зазнала в літературі обґрунтованої критики. Зокрема, В. М. Івакін зазначає, що під час оцінювання подібних поглядів необхідно враховувати, що поняття «цивільний процес» і «правозастосовний процес» не тотожні, оскільки застосування права є лише однією з ознак, що характеризують цивільний процес, зміст якого є ширшим. Тому, необґрунтовано видається здійснена в РФ заміна поняття «стадія цивільного процесу» поняттям «правозастосовний цикл», а поняття «етап стадії цивільного процесу» – поняттям «стадія застосування права».

Чимало вчених, які обстоюють концепцію вертикального поділу судочинства на провадження, розглядають стадії складовими поняття вищого рівня – провадження. Фактично цим поняттям вони замінюють традиційне поняття «стадія цивільного судочинства». Зокрема, називають провадження в суді першої інстанції комплексною стадією, що охоплює стадії порушення цивільної справи, підготовку справи до судового розгляду, судовий розгляд та ухвалення судового рішення або інше закінчення справи в суді першої інстанції. Із цього приводу О. В. Дем'янова зауважує, що поняття «стадія» слід використовувати на позначення етапів процесуальної діяльності в межах провадження в одній інстанції [28]. Схожу думку висловив і В. І. Тертишніков, який називає провадження та стадії ознаками цивільної процесуальної форми та визначає їх так: провадження – система цивільних процесуальних дій, об'єднаних кінцевою процесуальною метою (розгляд і вирішення цивільної справи); стадія – це система цивільних процесуальних дій, об'єднаних найближчою процесуальною метою [29, 30]. З огляду на термінологію ЦПК України, у якому стадії з оскарження судових рішень розміщені в окремих главах і в їх назвах використано термін «провадження», у літературі акцентовано, що слід виділяти не стадії цивільного процесу в цілому, а стадії окремих видів проваджень за інстанційною ознакою [31].

Проте цей підхід учені здебільшого заперечують. Зокрема, В. В. Комаров стверджує, що цивільний процес характеризується у структурному плані як через стадії цивільного процесу, так і через судові провадження, однак їх не слід ототожнювати, при цьому провадження цивільного процесу він розглядає як специфічну конструкцію, морфологічну модель розгляду цивільної справи [32]. Поділяючи таку думку, слід зауважити, що терміносистеми цивільного процесуального законодавства різних пострадянських країн, зокрема чинного ЦПК України, справді дають підстави для таких висновків з огляду на багаторазове використання термінів на кшталт «апеляційне провадження», «касаційне провадження», «провадження за нововиявленими або виключними обставинами» тощо. З огляду на це, науковці фактично ототожнюють терміни «стадія» та «провадження». Проте з теоретичних міркувань таку позицію, а також визнання стадій складовими проваджень не можна вважати обґрунтованою, оскільки провадження та стадії цивільного судочинства мають різний правовий зміст. Сутність же процесуальних категорій, зокрема розглянутих вище, має бути визначена процесуальною доктриною та закріплена в законодавстві, а не навпаки.

Також слід акцентувати на позиції окремих дослідників, які під час дослідження юридичного процесу виокремлюють два рівні стадій: стадії функціонального призначення та стадії логічної послідовності. Функціональні стадії процесу обумовлені видом процесуальної діяльності, яка виникає в початковий момент і протікає у встановленому порядку. Стадії ж логічної послідовності є операціями-діями всередині та в межах однієї стадії. До них належать встановлення фактичних обставин справи, вибір та аналіз норми, рішення справи,

виражене в акті застосування права. Отже, зазначений автор одним і тим самим терміном «стадія» позначає різнорівневі процесуальні явища, розмежовуючи їх похідними словами «функціонального призначення» (вищий рівень) та «логічної послідовності» (нижчий рівень).

Стосовно цивільного судочинства схожу думку обґрунтовує І. М. Колядко, на думку якого, у цивільному процесі потрібно розрізняти стадії вирішення справи або провадження (їх п'ять), а в кожній з них – стадії порушення справи, підготовки до розгляду, розгляду в судовому засіданні, винесення постанови. Такі позиції обстоюють і науковці, які досліджували окремі стадії судочинства, зокрема, М. Ш. Пацація, Г. П. Тимченка [33]. Загалом, зважаючи на зазначені ідеї науковців, можна припустити, що стадії вищого рівня охоплюють стадії нижчого рівня (рівнів). Саме такий підхід утілено в чинному ЦПК України, у якому термін «стадія» позначає різні рівні ієрархічної складності процесуальної діяльності, зокрема:

- стадія судового процесу (ч. 1 ст. 33);
- стадія розгляду справи (ч. 3, 4 ст. 8, ч. 3 ст. 210);
- стадія розгляду справи по суті (ч. 12 ст. 33);
- стадія провадження (ч. 1 ст. 206);
- стадія підготовчого провадження (ч. 12 ст. 33),
- стадія відкриття провадження у справі (ч. 6 ст. 277);
- стадія перегляду рішення в апеляційному чи касаційному порядку (ч. 2 ст. 142);
- стадія підготовчого засідання (ч. 6 ст. 198);

стадія розгляду клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду (ч. 1 ст. 466) тощо.

Зі здійсненого огляду наукових думок й аналізу використання слова «стадія» в терміносистемі чинного ЦПК України вбачається, що науковці та законодавець позначають ним навіть не два, а більшу кількість рівнів процесуальної діяльності. Тож термін «стадія» тяжіє не до спеціального юридичного, а до загального лексичного значення як етапу, періоду різних динамічних явищ. Однак, на відміну від побутової сфери, юридичній сфері притаманні когнітивні лінгвістичні прийоми й принципи законодавчої техніки, порушення яких унаслідок непослідовного застосування термінології в законах може призвести не лише до юридичних колізій, а й розмиття фундаментальних правових категорій. Зрештою, це негативно впливає на судову практику, адже суди в своїх рішеннях на підставі процесуального законодавства, відносять до окремих стадій цивільного судочинства етапи розгляду справи в суді першої інстанції. Зокрема, Велика Палата ВС у постанові від 28.11.2018 у справі № 401/169/16-ц зауважила, що визначення юрисдикції, у порядку якої має бути розглянуто спір, вирішується судом першої інстанції на такій стадії цивільного процесу, як відкриття провадження у справі, яка включає в себе дві взаємопов'язані дії: пред'явлення позову та прийняття його судом до свого провадження [34].

Зважаючи на це, слід закріпити в ЦПК України визначення «стадії цивільного судочинства» й відмовитись від широкого застосування слова «стадія». Необхідно акцентувати на тому, що в ЦПК України деякі словосполучення зі словом «стадія» є тавтологічними, наприклад, «стадія перегляду рішення в апеляційному чи касаційному порядку». У таких словосполученнях слово «стадія» фактично не несе смислового навантаження, а лише засвідчує стадійність цивільного судочинства.

Викладене вище дає підстави стверджувати, що стадія цивільного судочинства має охоплювати всю процедуру розгляду та вирішення справи в суді певної інстанції. Це підтверджує висловлену раніше тезу про те, що критерієм поділу цивільного судочинства на стадії є інстанційність, однак і не спростовує такий загальноновизнаний у літературі критерій, як мета (завдання) процесуальної діяльності. Зважаючи на це, а також висловлені вище критичні зауваження щодо застосування мети процесуальної діяльності як критерію поділу судочинства на стадії, можна сформулювати висновок про те, що критерієм поділу

цивільного судочинства на стадії має бути мета не абстрактної процесуальної діяльності, а діяльності саме суду певної інстанції.

#### Посилання:

1. Немеш П. Ф., Фенич В. П. (2020) Курс цивільного процесу. Загальна частина: підручник. С. 27.
2. Бичкова С. С., Бірюков І. А., Бобрик В. І. та ін (2009) Цивільне процесуальне право України. С. 56.
3. Комаров В. В. (2012) Цивільне процесуальне законодавство у динаміці розвитку та практики Верховного Суду України С. 47.
4. Штефан М. Й. (2005) Цивільне процесуальне право України: Академічний курс : підручник. С. 18.
5. Чорнооченко С. І. (2005) Цивільний процес : навч. посіб. Вид. 2-ге, переробл. та доповн. С. 10.
6. Татулич І. Ю. (2008) Стадії в цивільному судочинстві. Підприємництво, господарство і право. № 9. С. 101.
7. Татулич І. Ю. (2012) Цивільна процесуальна форма в суді першої інстанції в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03.
8. Перунова О. М., Леонтєва Л. В. (2020) Поняття, значення та складники процесуальної форми цивільного судочинства. Modern researches: progress of the legislation of Ukraine and experience of the European Union : collective monograph. Part 2. P. С. 870-871.
9. Deguchi M., Storme M. (2008) The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society: Legislative and Legal Educational Assistance to Other Countries in Procedural Law. С. 162.
10. Бобрик В. І. (2020) Диференціація цивільного судочинства: методологія, стан і перспективи: монографія. С. 60-61, 133.
11. Дем'янова О. В. (2018) Чинники формування стадійної структури цивільного судочинства. Право і суспільство. № 5. С. 78.
12. Гусаров К. В. (2010) Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядках : монографія. С. 4.
13. Словник української мови: в 11 т. (1973). За ред. І. К. Білодіда. Т. 4 : І–М. С. 33.
14. Організація судової влади в Україні : навч. посіб. (2009). За ред. І. Є. Марочкина, Н. В. Сібільової. С. 180.
15. Шишкін В. І. (2001) Судові системи країн світу : навч. посіб. : у 3 кн. Кн. 2. С. 6.
16. Рекомендація (2022) R (95) 5 Комітета міністрів державам-членам относительно введения в действие и улучшения функционирования систем и процедур обжалования по гражданским и торговым делам : междунар. док. от 7 февр. 1995 г. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_153#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_153#Text)
17. Бобрик В. І. Та ін. (2014) Уніфікація і диференціація процедур цивільного, господарського та адміністративного судочинства : монографія. С. 138.
18. Підлубна О. (2010) Відновлення втраченого судового провадження. Підприємництво, господарство і право. № 4. С. 83.
19. Козачук Д. А. (2015) Відновлення втраченого провадження як особлива стадія адміністративного судочинства. Порівняльно-аналітичне право. № 1. С. 182.
20. Лейба Є. В. (2016) Відновлення втраченого судового провадження в цивільному процесі : монографія. С. 58-60.
21. Комаров В. В. та ін. (1999) Цивільне процесуальне право України : підручник. С. 17.
22. Чорнооченко С. І. (2005) Цивільний процес : навч. посіб. Вид. 2-ге, переробл. та доповн. С. 26-27.
23. Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду (2022): постанова Пленуму Верховного Суду України від 12 черв. 2009 р. № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-09#Text>.
24. Прущак В. Є. (2020) Врегулювання спору за участю судді у цивільному судочинстві України : дис. ... д-ра філософії : 081. С. 7.
25. Тиханський О. (2018) Функції і призначення інституту врегулювання цивільного спору за участю судді. Jurnalul juridic național: teorie și practică. № 4. Т. 1. С. 107.
26. Ткачук О. С. (2016) Реалізація судової влади в цивільному судочинстві України: структурно-функціональний аспект : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. С. 90-93.
27. Якимчук С. О. (2015) Виконання судових рішень як частина судового розгляду : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. С. 13.

28. Дем'янова О. В. (2018) Чинники формування стадійної структури цивільного судочинства. *Право і суспільство*. № 5. С. 77.
29. Тертишніков В. І. (2011) *Основи цивільного судочинства : навч.-практ. посіб. Вид. 3-тє, доповн. і переробл.* С. 12.
30. Тертишніков В. І. (2007) *Цивільний процес України (лекції) : навч. посіб.* С. 9.
31. *Цивільний процес України: підручник* (2014). За заг. ред. М. М. Ясинка. С. 26.
32. Комаров В. В., Бігун В. А., Баранкова В. В. та ін. (2011) *Курс цивільного процесу : підручник.* С. 44-45.
33. Тимченко Г. П. (2010) Підготовка справи до судового розгляду: витоки та сучасний стан. *Часопис Київського університету права*. № 3. С. 142–146.
34. Постанова (2022) Великої Палати Верховного Суду від 28 листоп. 2018 р. у справі № 401/169/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78376918>.

Статтю було подано	01.11.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	12.11.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	22.11.2022	The article was accepted



<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2022.21.4>

УДК 340:346.1:004

**СИСТЕМАТИЗАЦІЯ  
ЗАКОНОДАВСТВА ПРО  
ЦИФРОВІЗАЦІЮ****Оксана ВІННИК**

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, головний науковий співробітник

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

<https://orcid.org/0000-0002-9397-5127>

Стаття присвячена проблемі вдосконалення нормативно-правового регулювання відносин цифровізації, що набула стрімкого поширення в Україні завдяки своїм перевагам, котрі стали у пригоді під час короно вірусної пандемії, цьогорічної російської агресії проти нашої країни і пов'язаним з цим проблемам: руйнування цілих населених пунктів, в тому числі великих міст, вбивства та катування цивільних, окупація частини території України і, відповідно, труднощі традиційного/офлайн спілкування та ведення необхідних справ – як суспільного характеру (бізнесу, надання адміністративних послуг, навчання, проведення наукових та культурних заходів, різного роду консультування та ін.), так і приватного (спілкування з членами сім'ї, пошуку роботи, отримання необхідних документів – паспорту, посвідчення водія тощо). Разом з тим, поступ цифровізації приніс і пов'язані з нею ризики/негативні наслідки, в тому числі зловживання цифровими можливостями на шкоду іншим учасникам відносин, захист від яких є доволі складним з огляду на відсутність в Конституції України положень про цифрові права та цифрові обов'язки громадян, про забезпечення державою соціального спрямування

UDC 340:346.1:004

**SYSTEMATIZATION OF  
DIGITALIZATION  
LEGISLATION****Vinnyk, Oksana M.**

Doctor of Law Sciences, Professor, Corresponding Member of the NALS of Ukraine, Chief Researcher

Academician F.H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The article is devoted to the problem of improving the regulatory and legal regulation of digitalization relations, which has gained rapid spread in Ukraine due to its advantages that came in handy during the corona virus pandemic, this year's Russian aggression against our country and related problems: the destruction of entire settlements, including large cities, killing and torturing civilians, occupation of part of the territory of Ukraine and, accordingly, difficulties in traditional/offline communication and conducting necessary affairs - of a public nature (business, provision of administrative services, training, conducting scientific and cultural events, various types of consulting etc.), as well as private (communication with family members, job search, obtaining necessary documents - passport, driver's license, etc.). At the same time, the progress of digitalization has also brought related risks/negative consequences, including abuse of digital opportunities to the detriment of other participants in relations, protection against which is quite difficult given the absence of provisions on citizens' digital rights and on citizens' digital obligations in the Constitution of Ukraine, on ensuring the social direction of digitization by the state. Despite the adoption in Ukraine of a significant

цифровізації. Попри прийняття в Україні значної кількості законів, що регулюють відносини цифровізації, досі не склалася чітка система законодавства про цифровізацію. Основна причина – відсутність стрижня цієї системи – Цифрового кодексу, як і вищезгаданих положень в Конституції України, що мають стати орієнтиром для законодавця при прийнятті законів щодо регулювання певних видів відносин цифровізації (цифрової економіки та її ринків, порядку використання цифрових ресурсів в певних сферах суспільного життя та ін.).

Обґрунтовується необхідність вдосконалення системи законодавства України про цифровізацію та пропонується вирішити цю проблему шляхом внесення відповідних положень у Конституцію України, прийняття Цифрового кодексу України та відповідного корегування положень інших кодексів та законів України з точки зору закріплення в них притаманних для певних сфер суспільного буття особливостей державної політики з питань цифровізації, правового режиму цифрових ресурсів, правового становища учасників відповідних відносин та реалізації ними цифрових прав та цифрових обов'язків, а також відповідальності за зловживання цифровими можливостями.

Ключові слова: цифровізація; цифрові права; цифрові обов'язки; цифрові можливості; законодавство про цифровізацію; систематизація законодавства

Проблеми правового забезпечення відносин цифровізації, яка набула стрімкого поширення протягом останніх років, та формування права цифрової економіки [1], потребують подальшої розробки, оскільки від цього залежить і ступінь ефективності правового забезпечення відносин цифровізації, безпеки та відбудови країни після завданих російськими агресорами руйнувань, ефективності національної економіки та входження України в економічний та правовий простір ЄС, до членства в якому вона прагне.

Зазначена проблема порушувалася як українськими [1; 2; 3; 4; 5; 6; 7], так і зарубіжним дослідниками [8; 9; 10; 11; 12], проте без акценту на необхідність систематизації законодавства, що регулює відносини цифровізації. Ця позиція була пов'язана з тим, що на першому плані до останнього часу були завдання заповнення прогалів в чинному правовому полі шляхом врегулювання принципово нових відносин, пов'язаних з використанням

number of laws regulating digitalization relations, a clear system of legislation on digitalization has not yet developed. The main reason is the absence of the backbone of this system – the Digital Code, as well as the above-mentioned provisions in the Constitution of Ukraine, which should become a guideline for the legislator when adopting laws on the regulation of certain types of such relations of (the digital economy and its markets, the procedure for using digital resources in certain spheres of public life etc.).

The need to improve the system of Ukrainian legislation on digitalization is substantiated, and it is proposed to solve this problem by introducing relevant provisions into the Constitution of Ukraine, adopting the Digital Code of Ukraine and correspondingly correcting the provisions of other codes and laws of Ukraine from the point of view of enshrining in them the features of the state policy on issues of digitalization inherent in certain spheres of social life, the legal regime of digital resources, the legal status of the participants of the specified relationship and their implementation of digital rights and digital obligations, as well as responsibility for the abuse of digital opportunities.

Keywords: digitalization; digital rights; digital responsibilities; digital capabilities; legislation on digitalization; systematization of legislation

цифрових технологій та результатів їх застосування в різних сферах суспільного буття. Слід, однак, зазначити, що порушення кілька років тому питання щодо необхідності прийняття Цифрового кодексу України [13] свідчило про прагнення системного нормативно-правового врегулювання відносин цифровізації, стрижнем якого має бути Цифровий кодекс України – орієнтир для прийняття законів щодо більш ґрунтовного визначення правового статусу/режиму суб'єктно-об'єктного складу відносин цифровізації, особливостей регулювання цих відносин в певних сферах суспільного буття (економіці, охороні здоров'я, екології, земельних відносин тощо), вимог до певних ринків цифрової економіки та ін. Разом з тим, зазначений кодекс досі не прийнято, хоча приклади в Європі вже є – Digital Economy Act, що діє в Об'єднаному королівстві [14]. До 2021 року певним актом-орієнтиром для регулювання відносин цифровізації була схвалена Урядом Концепція розвитку цифрової економіки, розрахована на 2018-2020 роки [15]. Її положення щодо державної політики у сфері цифровізації, її мети, основних засад та актуальних напрямів вдосконалення правового регулювання відносин мають вже лише теоретичний характер, залишивши прогалини в правовому регулюванні, що, попри прийняття низки законів, несприятливо позначається на чинному законодавстві з точки його якості, оскільки в ньому наявні численні прогалини, колізії, застарілі норми тощо, а в цілому – відсутня чітка система нормативно-правового регулювання відносин цифровізації, що спирається на відповідні положення Конституції України та орієнтується на стрижень системи – Цифровий кодекс України. Відповідно, виникає потреба вдосконалення системи цього законодавства з метою забезпечення його ефективності та соціальної спрямованості, що, з одного боку, має забезпечити стимулювання використання переваг цифрових технологій та їх надбань, а з іншого – попередити ризики цифровізації та мінімізувати їх негативні наслідки. Відтак, метою цієї статті є пошук найбільш оптимальних шляхів вдосконалення нормативно-правового регулювання відносин цифровізації та напрацювання відповідних рекомендацій законодавцеві.

Нормативно-правове регулювання відносин цифровізації в Україні налічує вже понад 20 років (якщо за відлік брати закони від 4 лютого 1998 р. «Про Національну програму інформатизації» [16] і «Про Концепцію Національної програми інформатизації» [17]). Проте особливо активно законодавець став регулювати ці відносини протягом останніх двох років, що було зумовлено, в першу чергу, посиленням використання цифрових технологій та їх надбань під час короно вірусної пандемії і пов'язані з цим обмеження традиційного спілкування, що стало значним поштовхом для дистанційних/онлайн зв'язків в усіх основних сферах суспільного та приватного життя (електронна торгівля, електронні платежі, електронні послуги, дистанційна форма навчання, онлайн-конференції, онлайн-інформування про важливі події тощо). Цьогорічна війна, спричинена російською агресією проти України, посилила ці процеси через значні проблеми в житті суспільства, зумовлені військовими діями, окупацією частини територій України, обстрілами, пошкодженнями через них значної частини об'єктів критичної інфраструктури тощо, а відтак спричинила значні труднощі, а то й – неможливість вести звичайний для мирного часу спосіб життя (проблеми з пересуванням, спілкуванням отриманням необхідної інформації та ін.). Цифрові технології стали у пригоді: мобільний зв'язок та Інтернет допомогли налагодити спілкування і передавання важливої інформації і, відповідно, забезпечили швидкість реагування на критичні події, дрони – доставку необхідного, використання роботів – допомога в небезпечних /критичних умовах як на фронті, так і в тилу.

Однак не лише переваги цифровізації стимулювали нормативно-правове регулювання відносин, пов'язаних з використанням цифрових технологій (власне, акцентування лише на перевагах зумовило свого часу популярність гасла незалежності кіберпростору [18], в якому ніби має панувати лише саморегулювання). Зворотній бік цифровізації – пов'язані з нею ризики [1, с. 40-50; 7] (поява та зростання специфічних злочинів – кіберзлочинів та інших зловживань цифровими можливостями, негативний вплив на екологію через посилення так званого вуглецевого сліду у зв'язку з використанням значних обсягів електроенергії, що

виробляється з не відновлювальних джерел, зміна умов традиційної конкуренції через використання цифрових платформ, загроза виходу штучного інтелекту з-під контролю людини та ін. ). Прийняття протягом останнього десятиліття (а особливо – за останні два роки) важливих законів («Про електронну комерцію» [19 ], «Про електронні довірчі послуги» [20 ], «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [21], «Про електронні комунікації» [22], «Про стимулювання розвитку цифрової економіки» [23], «Про публічні електронні реєстри» [24], «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах електронних комунікацій, радіочастотного спектра та надання послуг поштового зв'язку» [25], «Про віртуальні активи» [26], «Про хмарні послуги» [27]), а також внесення змін в чинні кодекси та закони щодо використання у відповідних сферах цифрових ресурсів свідчать про розбудову законодавства, що регулює відносини цифровізації. Однак збільшення кількості актів законодавства не вирішує проблему ефективного та комплексного регулювання, що забезпечується за допомогою системи актів законодавства на чолі з відповідними положеннями Конституції України [28] щодо забезпечення державою соціального спрямування цифровізації, цифрових прав та обов'язків громадян (на жаль, досі відсутніх в Основному Законі) та кодифікаційним актом, яким може бути вище згаданий Цифровий кодекс.

Доволі поширені на початку війни, спричиненої російською агресією проти України, зловживання цифровими можливостями (переважно легковажне, з метою популярності в соціальних мережах, оприлюднення в мережі Інтернет важливих відомостей, що використовуються ворогом на шкоду Україні, в тому числі про дислокацію об'єктів критичної інфраструктури, військових частин та техніки тощо) за таких умов нерідко суспільно небезпечні незалежно від мотивів (включно з вищезгаданим), але без урахування можливих негативних наслідків. І хоча частина таких зловживань визнана злочином [29 ], проте прогалини в законодавстві все ще дозволяють уникати відповідальності за цифрові зловживання, а порушення цифрових прав нерідко залишається без відповідної реакції з боку держави. Це значною мірою пов'язано з положеннями низки законів, що регулюють відносини в умовах надзвичайного [30]) та воєнного стану [31]), кібербезпеки [21], а також Кодексу цивільного захисту України [32], в яких гарантується захист конституційних прав. Проте відсутність в Конституції України положень про цифрові права громадян негативно впливає на можливості їх захисту від різного роду зловживань, необхідність утримання від яких також не закріплено на рівні Основного Закону як цифровий обов'язок. Власне, йдеться про цифрове громадянство (статус, яким повинні володіти всі онлайн-користувачі, і з яким приходять не лише свободи, а й обов'язки, що передбачають відповідальне та повноцінне використання цифрових технологій в онлайн-середовищі, аби воно було безпечним для суспільства та співпраці користувачів, їхньому розумінню один одного. Визначають кілька (нерідко дев'ять) елементів цифрового громадянства [33; 34], а саме: цифровий доступ (доступ до цифрових технологій); цифрова комерція (купіля-продаж та/або замовлення товарів/робіт/послуг з використанням Інтернету та пов'язана з цим необхідність вирішення проблем при здійсненні онлайн-платежів); цифровий зв'язок (спілкування в Інтернеті, яке вимагає від людини чуйності та належної – соціально відповідальної – реакції); цифрова грамотність (обізнаність з правилами користування в режимі онлайн, що також включає здатність розрізняти справжній і підроблений, корисний та шкідливий контент); цифровий етикет (дотримання правил користування Інтернетом з метою уникнення конфліктів, реалізації не лише своєї цифрової свободи, але й дотримання прав та законних інтересів інших користувачів); цифрове право, що регулює відносини в онлайн-середовищі і яке мають знати цифрові громадяни (необхідність такого права зумовлена наявністю в цьому середовищі не лише позитивних, а й негативних взаємодій, що, відповідно, передбачає необхідність встановлення правил поведінки з відповідною їх фіксацією в законах та вимогах для користувачів певних соціальних мереж); цифрові права та відповідальність (правила онлайн-світу передбачають не лише права, але й обов'язки, яких слід дотримуватися з метою уникнення відповідальності за свої дії та вчинки в онлайн-

середовищі, оскільки Інтернет може використовуватися і з метою заподіяння шкоди, і будь-хто, хто його використовує, потребує, наприклад, засобів захисту від кіберзловживань та кіберзлочинів); цифрове здоров'я та благополуччя (використання онлайн-ресурсів надає масу переваг, але й пов'язане з небезпекою, що вимагає вміння користувачів захищати себе та інших користувачів від можливої шкоди); цифрова безпека – необхідна навичка у сучасному цифровому світі, важливість якої незаперечна, оскільки комп'ютерні віруси та хробаки можуть переходити від системи до системи та впливати на електронні пристрої, що використовуються; відтак, користувачі мають розуміти наслідки цього та знати про можливі атаки, а головне – навчитися запобігати цьому та захищати свої пристрої. До цих прав слід додати і право на цифрову інформацію (щодо засобів безпечного користування Інтернетом, включно з онлан- платежами з використанням платіжних карток, та ін.), якою, на жаль більшість користувачів не володіють з огляду на новизну для більшості з них відносин цифровізації і, відповідно, необхідних знань, а також відсутності у суб'єктів, які надають електронні послуги обов'язку надавати інформаційну допомогу в цьому користувачам, котрі отримують у них електронні послуги.

Хоча включення положень щодо цифрових прав та цифрових обов'язків громадян в Конституції – доволі непроста справа, що має узгоджуватися з вже закріпленими в цьому акті правами та свободами, проте специфіка цифровізації накладає на них відбиток, що потребує вирішення цієї проблеми на рівні Основного закону країни, оскільки від цього залежить визначення цифрового статусу учасників інших сфер суспільного життя (економіки, охорони довкілля, охорони здоров'я тощо).

Для закріплення в Конституції України цифрового статусу громадян доцільно включити гарантування цим актом таких цифрових прав: право на цифровий доступ/право доступу до Інтернету; право свободи вираження поглядів онлайн; право на приватність і захист персональних даних; право на свободу та особисту безпеку/кібербезпеку (юридичні гарантії захисту від фізичного та психологічного насильства чи домагань, мови ворожнечі, дискримінації в онлайн-середовищі; сприяння державою розвитку та функціонуванню безпечних інтернет-технологій, механізмів захисту від квіберзловживань); право на використання електронних інструментів демократії для реалізації прав на мирні зібрання, асоціації, співпраці та участі громадян в управлінні державними справами і, відповідно, можливість обирати та використовувати будь-які сервіси, веб-сайти чи застосунки для створення, приєднання, мобілізації та участі в соціальних групах та асоціаціях; право на цифрове самовизначення, або право відключатися від онлайн; право на захист від необґрунтованих обмежень цифрових прав та цифрових можливостей (будь-яке обмеження цифрових прав має розроблятися прозоро, за участю як держави, так і інститутів громадянського суспільства); право на цифрову інформацію, що має забезпечуватися обов'язком уповноважених у сфері цифровізації органів держави та суб'єктів, які надають електронні послуги, щодо надання надавати користувачам інформаційної підтримки.

Реалізація цифрових прав передбачає і виконання громадянами низки цифрових обов'язків, а саме: утримуватися від зловживань цифровими правами та цифровими можливостями; етично використовувати онлайн-матеріали; повідомляти про кіберзалякування, погрози та інше неналежне використання цифрових ресурсів; дотримуватися вимог індивідуального кіберзахисту та обмежень щодо використання цифрових ресурсів в умовах надзвичайного стану та стану війни; дотримуватися законодавства про інтелектуальну власність.

Включення до Основного Закону України положень щодо забезпечення державою соціального спрямування цифровізації, щодо цифрових прав та обов'язків громадян дозволить забезпечити їх захист як таких, що закріплені в Конституції України. Крім того, доцільно прийняти так звану малу конституцію цифровізації – Цифровий кодекс, в якому закріпити основні положення, що поширюються з питань цифровізації на всі сфери суспільного життя: принципи державної політики щодо цифровізації; вимоги до правового статусу суб'єктів цифровізації та правового режиму цифрових ресурсів, договірних відносин

та відповідальності в цифровому світі тощо. Особливості цифровізації в окремих сферах суспільного життя мають визначатися відповідними кодексами (Цивільним, Господарським, Земельним, Лісовим, процесуальними тощо) та законами («Про охорону навколишнього природного середовища» та ін.).

Законодавство, що регулює відносини цифровізації, заслуговує на кардинальне вдосконалення з метою забезпечення його ефективності, а також прозорості для більшості користувачів електронних послуг (а не лише юристів) і, відповідно, для забезпечення індивідуального захисту від кіберзловживань та можливості більш-менш комфортного функціонування в цифровому середовищі, що є не лише новим для більшості з них, але й критично необхідним в умовах війни та інших надзвичайних ситуацій.

Наявність значної кількості нових законів, що регулюють різні види/аспекти відносин цифровізації, потребує їх впорядкування з точки зору відповідності єдиним критеріям до цих відносин як таких, що мають відповідати суспільним інтересам стосовно ефективності та безпеки використання цифрових технологій з урахуванням типових приватних інтересів надавачів та користувачів електронних послуг. Власне, йдеться про соціальне забезпечення цифровізації із відповідним закріпленням в законодавстві.

Зазначену мету вдосконалення законодавства про цифровізацію спроможна забезпечити його систематизація шляхом створення стрункої системи нормативно-правових актів, що регулюють створення та застосування цифрових технологій, на чолі з відповідними положеннями Конституції України щодо забезпечення державою соціального спрямування цифровізації, наділення громадян цифровими правами та цифровими обов'язками (які мають бути внесені до Основного Закону), прийняття Цифрового кодексу України із закріпленням в ньому ключових і рівною мірою справедливих для всіх сфер суспільного життя положень щодо цифровізації (основні поняття, мета та ключові напрями державної політики в цій сфері, особливості правового статусу суб'єктів цифровізації (надавачів електронних послуг, в т.ч. цифрового бізнесу, суб'єктів організаційно-контрольних повноважень у сфері цифровізації, включно з уповноваженими органами, користувачів електронних послуг), правового режиму цифрових ресурсів, основних засад дистанційного (онлайн) спілкування (договірної, при надання електронних послуг, при проведенні масових заходів, навчального, консультаційного тощо), відповідальності за порушення цифрових прав та наслідків зловживання цифровими можливостями, особливості врегулювання спорів/конфліктів в режимі онлайн. Пропоновані положення Конституції та Цифрового кодексу (у разі їх прийняття Верховною Радою України) мають бути орієнтиром для законодавця при визначенні специфіки відносин цифровізації у відповідних сферах (економіці, цивільних відносин, охороні здоров'я, земельних та природоохоронних відносин, у сфері транспорту та ін.), а пересічним користувачам дадуть уявлення про цифровізацію, її правове забезпечення, можливості захисту цифрових прав (у разі їх порушення), доцільність дотримання цифрових обов'язків і уникнення зловживання цифровими можливостями.

#### Посилання:

1. Вінник О. М. (2021) Право цифрової економіки: монографія. 345 с.
2. Єфремова К. В., Шматков Д. І., Кохан В. П. та ін. (2021) Базові аспекти цифровізації та їх правове забезпечення: монографія. 180 с.
3. Харитонов Є. О., Харитонova О. І. та ін. (2019) ІТ-право: теорія та практика: Навч. посібник. 472 с.
4. Бурило Ю. П., Вавженчук С. Я., Процишен М. В. (2020) Правове забезпечення цифрової економіки: навч. посібник. 296 с.
5. Бачинський Т. В., Радейко Р. І. та ін. (2021) Основи ІТ-права: навч. посіб. 244 с.
6. Oksana Vinnyuk, Olena Belianevych, Nino Patsuriia, Galyna Myronova, Svitlana Seminoh (2022) Legal regulation of digital economy during pandemic. International Journal of Public Law and Policy. Volume 8. №. 3-4. June 24. Pp. 328-345. DOI: 10.1504/IJPLAP.2022.124434.
7. Малишева Н. Р., Вінник О. М. (2022) Екологія, економіка, цифровізація: правові проблеми взаємодії. Вісник НАПрН України. № 2. С. 238-260. DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-2-238.

8. Aida Guliyeva, Elena Korneeva, Wadim Strielkowski (2021) An Introduction: Legal Regulation of the Digital Economy and Digital Relations in the 21st Century. URL: <file:///C:/Users/%D0%90%D0%B4%D0%BC%D0%B8%D0%BD%D0%B8%D1%81%D1%82%D1%80%D0%B0%D1%82%D0%BE%D1%80/Downloads/125954173.pdf>.
9. Elena Voskresenskaya, Lybov Vorona-Slivinskaya, and Lybov Achba (2021) Digital economy: theoretical and legal enforcement issues in terms of regional aspect. URL : [https://www.e3s-conferences.org/articles/e3sconf/pdf/2020/24/e3sconf\\_tpacee2020\\_09016.pdf](https://www.e3s-conferences.org/articles/e3sconf/pdf/2020/24/e3sconf_tpacee2020_09016.pdf).
10. Stavros Aravantinos (2021) Competition law and the digital economy: the framework of remedies in the digital age in the EU. European Journal of Competition, Volume 17, Issue 1. January 17. <https://doi.org/10.1080/17441056.2020.1860565>.
11. Winn, J.K. (2010) Electronic commerce law: direct regulation, co-regulation and self-regulation. Cahiers du CRID. URL: <https://ssrn.com/abstract=1634832>.
12. EU Competition Law and the Digital Economy Protecting Free and Fair Competition in an Age of Technological (R)evolution (2022). The XXIX Congress in The Hague, 2020 Congress Publications Vol. 3 Printed in the Netherlands . 616 p. URL: [https://fide2020.eu/wp-content/uploads/2020/09/FIDE\\_OA\\_vol\\_3.pdf](https://fide2020.eu/wp-content/uploads/2020/09/FIDE_OA_vol_3.pdf).
13. Цифрова адженда України – 2020 (проект) («Цифровий порядок денний» – 2020) Концептуальні засади (версія 1.0) Першочергові сфери, ініціативи, проекти «цифровізації» України до 2020 року. Грудень, 2016. URL: <https://uccf.org.ua/uploads/files/58e78ee3c3922.pdf>.
14. Digital Economy Act 2017 (Get in on the Act). URL: [https://www.local.gov.uk/sites/default/files/documents/9.34%20Get%20in%20on%20the%20Act%20-%20Digital%20Economy%20Act%202017\\_6PP\\_v04\\_Web.pdf](https://www.local.gov.uk/sites/default/files/documents/9.34%20Get%20in%20on%20the%20Act%20-%20Digital%20Economy%20Act%202017_6PP_v04_Web.pdf).
15. Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки: схвал. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80#Text>.
16. Про Національну програму інформатизації: Закон України від 4 лютого 1998 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1998, № 27-28, ст.181.
17. Про Концепцію Національної програми інформатизації: Закон України від 4 лютого 1998 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1998, № 27-28, ст.182.
18. A Declaration of the Independence of Cyberspace (2021). URL: <https://lab314.brsu.by/kmp-lite/kmp2/Net/Declaration/declaration.htm>.
19. Про електронну комерцію: Закон України від 3 вересня 2015 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text>.
20. Про електронні довірчі послуги: Закон України від 5 жовтня 2017 р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19#Text>.
21. Про основні засади забезпечення кібербезпеки України: Закон України від 5 жовтня 2017 р. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 45. Ст. 403.
22. Про електронні комунікації: Закон України від 16.12.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1089-20?find=1&text=%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%82#Text>.
23. Про стимулювання розвитку цифрової економіки: Закон України від 15.07.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20#Text>.
24. Про публічні електронні реєстри: Закон України від 18.11.2021 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1907-20#Text>.
25. Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах електронних комунікацій, радіочастотного спектра та надання послуг поштового зв'язку: Закон України від 16 грудня 2021 р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1971-20#Text>.
26. Про віртуальні активи: Закон України від 17 лютого 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2074-20#Text>.
27. Про хмарні послуги: Закон України від 17 лютого 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2075-20#Text>.
28. Конституція України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
29. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного чи надзвичайного стану; Закон України від 24 березня 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2160-20#Text>.
30. Про правовий режим надзвичайного стану: Закон України від 16 березня 2000 р. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2000, № 23, ст. 176.

31. Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12 травня 2015 р. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015, № 28, ст.250.

32. Кодекс цивільного захисту України від 2 жовтня 2012 р. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 34-35, ст.458.

33. Nine elements of digital citizenship (2017) WACC COMMUNICATION FOR ALL. <https://waccglobal.org/nine-elements-of-digital-citizenship>.

34. L. Pangrazio. J. (2021) Sefton-Green. Digital Rights, Digital Citizenship and Digital Literacy: What's the Difference? Journal of New Approaches in Educational Research 9(2). DOI:10.7821/naer.2021.1.616.

Статтю було подано	05.11.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	20.11.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	28.11.2022	The article was accepted



<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2022.21.5>

УДК 347.66

**ПРАВО ВЛАСНИКА НА  
РОЗПОРЯДЖЕННЯ МАЙНОМ І  
ЖИТЛОВІ ПРАВА СПАДКОЄМЦІВ****Юрій ЗАЙКА**доктор юридичних наук, професор, головний  
науковий співробітникНауково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)<https://orcid.org/0000-0003-1946-3171>

Метою статті є з'ясування гарантій принципу свободи заповіту та обґрунтування необхідності надання заповідачу в судовому порядку права усунення від спадкування спадкоємців, яким законодавцем надано право на обов'язкову частку спадщини. Наукове пізнання правових явищ та категорій базується на засадах об'єктивності, єдності теорії та практики, з використанням порівняльно-правового, нормативно-догматичного методу та методів правового прогнозування та моделювання, що виключає упередженість результатів дослідження та їх залежність від суб'єктивних факторів.

Досліджуються питання, пов'язані із здійсненням такого принципу спадкового права як свобода заповіту. Автор наводить своє бачення інституту обов'язкових спадкоємців, як інституції, що обмежує свободу заповіту і право фізичної особи на розпорядження своїм майном на випадок смерті. В умовах зростання різниці між доходами громадян пропонується замінити право окремих спадкоємців на обов'язкову частку спадщини правом на отримання аліментів за рахунок спадкового майна. Обставини, які можуть бути підставою для зменшення розміру обов'язкової частки спадщини, необхідно конкретизувати у законі. Серед таких

UDC 347.66

**OWNER'S RIGHT TO PROPERTY  
DISPOSAL AND HOUSING RIGHTS  
OF HEIRS****Zaika, Yuri O.**Doctor of Law Sciences, Professor, Chief  
ResearcherAcademician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The purpose of the article is to clarify the guarantees of the principle of the freedom of the will and to justify the need to grant the testator the right in a judicial proceeding to remove from the inheritance the heirs who have been granted the right to a mandatory share of the inheritance by the lawmaker. Scientific knowledge of legal phenomena and categories is based on the principles of objectivity, the unity of theory and practice, using the comparative-legal, normative-dogmatic methods and methods of legal forecasting and modeling, which excludes the bias of research results and their dependence on subjective factors. Issues related to the implementation of such a principle of inheritance law as freedom of will are being analyzed. The author presents his vision of the institution of mandatory heirs as an institution that limits the freedom of a will and the right of an individual to dispose of his property in the event of death. In the conditions of the growing difference between the incomes of citizens, it is proposed to replace the right of individual heirs to a mandatory share of the inheritance with the right to receive alimony at the expense of inherited property. Circumstances that may be the basis for reducing the size of the mandatory share of the inheritance must be specified in the law. Among such circumstances, it is necessary to mention the actions of the heirs, which do not

обставин необхідно зазначити такі вчинки спадкоємців, які формально не усувають їх від спадкування, проте за своїм характером є аморальними і суперечать людській природі (антигромадська поведінка в умовах воєнного стану, негідна поведінка подружжя у шлюбі, ігнорування батьківськими обов'язками тощо). Особі, яка склала заповіт, необхідно надати засіб захисту її суб'єктивного права на розпорядження власністю на випадок смерті. Таким спеціальним способом захисту може стати надання особі права на позов про позбавлення спадкоємця права на обов'язкову частку спадщини і закріплення відповідної новели у Цивільному кодексі України «Позбавлення права на обов'язкову частку спадщини за позовом заповідача».

Ключові слова: право на житло, свобода заповіту, право на обов'язкову частку спадщини, усунення від права на спадкування

У суверенній, незалежній, демократичній, соціальній і правовій державі елементом розпорядження правом власності є право розпорядження власністю на випадок смерті. Будь-яка дієздатна особа на свій розсуд може розпорядитися належним їй майном чи його часткою, зокрема, і на випадок своєї смерті шляхом складання заповіту. Держава зацікавлена в тому, щоб її громадяни реалізовували надані їм права оскільки будь-яке суб'єктивне право має соціальну цінність лише за умови їх реального здійснення. Завдання законодавця визначити оптимальне співвідношення інтересів приватної особи з інтересами суспільства і держави загалом, зокрема, і у сфері спадкових правовідносин, що і зумовлює актуальність наукової розвідки.

Спадковим правовідносинам, зокрема, суб'єктивним правам фізичних осіб у цій сфері на монографічному рівні приділялась увага низкою вітчизняних цивілістів. В наукових дослідженнях З. В. Ромовської [13], С. Я. Фурси [16], Є. О. Рябокони [8] закладено розуміння правової природи свободи заповіту і її обмеження, сутності інституту обов'язкових спадкоємців. Своєрідною енциклопедією проблем сучасного спадкового права стала колективна монографічна праця творчого колективу харківських вчених (О. П. Печений, В. І. Крат та ін.) на чолі І. В. Спасибо-Фатєєвої [19]. Чільне місце серед наукових праць у цій площині посідає і монографія «Спадкове право : крізь призму судової практики» (2022) за редакцією І. В. Спасибо-Фатєєвої [15], концептуальні підходи щодо системного оновлення (рекодифікації) спадкового права запропоновані О. Є. Кухарєвим [12]. Окремі спадкові інституції в контексті із житловими правовідносинами досліджувалися М. К. Галянтичем, Р. А. Майдаником, Є. О. Мічуріним, С. О. Сліпченко, Р. Б. Шишкою, Н. Б. Солтис.

Сучасне розуміння права на житло ґрунтується на визнанні цього права як невід'ємною частини прав людини [4, с. 108]. Спадкові правовідносини є обов'язковим елементом цивільно-правового механізму правового регулювання права фізичної особи на житло,

formally remove them from the inheritance, but by their nature are immoral and contrary to human nature (anti-social behavior in the conditions of martial law, unworthy behavior of spouses in marriage, ignoring parental duties, etc.).

The person who made the will must be provided with a means of protecting its subjective right to dispose of the property in the event of death.

Such a special method of protection can be granting a person the right to file a claim for depriving the heir of the right to a mandatory share of the inheritance and enshrining the corresponding amendment in the Civil Code of Ukraine "Deprivation of the right to a mandatory share of the inheritance by the testator's claim".

Keywords: right to housing, freedom of will, right to a mandatory share of inheritance, removal from the right to inheritance

оскільки регламентують порядок переходу норм права у суб'єктивні цивільні права та обов'язки правонаступника.

Власник може вчиняти стосовно свого майна будь-які дії, але останні не повинні суперечити інтересам інших суб'єктів приватного права та публічним інтересам [ 18, с. 501 ]. Суб'єктивне житлове право складається із юридичних можливостей, які надаються суб'єкту цивільних правовідносин, зокрема із правомочності вимоги.

Обмежене суб'єктивне речове право на житло мають і члени сім'ї власника на користування цим житлом [ 5, с. 6 ]. А оскільки всім фізичним особам — власникам та користувачам житла забезпечуються однакові умови здійснення своїх прав [11, с. 201-202 ], то, відповідно, право особи на розпорядження своєю власністю шляхом складання заповіту не може не зачіпати майнових і немайнових інтересів користувачів житла, зокрема, членів його сім'ї. В.М. Коссак слушно зауважує, що новелізацію норм спадкового права в умовах рекодифікації Цивільного кодексу України доцільно здійснювати у напрямках забезпечення стабільності та правонаступництва у володінні приватною власністю, непорушності права приватної власності, диспозитивності норм, регулюючих вільне волевиявлення спадкодавця щодо розпорядження своїм майном на випадок смерті [10, с. 550]. На сьогодні в умовах оновлення цивільного законодавства на порядку денному стоїть і перегляд сталих, традиційних інститутів спадкового права, які не повною мірою відповідають сучасним суспільним реаліям.

Метою роботи є з'ясування гарантій задекларованого законодавцем права на житло і принципу свободи заповіту та обґрунтування необхідності надання заповідачу в судовому порядку права усунення від спадкування осіб, яким законодавцем надано право на обов'язкову частку спадщини.

Серед завдань виокремимо : з'ясування змісту принципу свободи заповіту; аналіз правової природи інституту права особи на обов'язкову частку спадщини; дослідження підстав обмеження свободи заповіту і захист житлових прав неповнолітніх і недієздатних спадкоємців.

Наукове пізнання досліджуваних правових явищ та категорій базувалося на засадах об'єктивності, єдності теорії та практики, що унеможливило упередженість результатів дослідження, їх залежність від тимчасової ситуативності та інших суб'єктивних факторів.

Одним із домінуючих у використаному методологічному підході є порівняльно-правовий метод, який став основою для визначення змісту таких правових категорій як «заповіт», «свобода заповіту», «обмеження свободи заповіту», «гарантії суб'єктивних прав заповідача» «гарантії прав неповнолітніх і недієздатних спадкоємців» і дозволив виявити характерні для них особливості та відмінності. Для аналізу змісту норм чинного вітчизняного спадкового законодавства використано нормативно-догматичний метод. Глибокі історичні корені спадкування, зокрема, інституту права на обов'язкову частку спадщини, зумовили використання історичного методу для виявлення еволюційних закономірностей розвитку спадкових правовідносин у цій сфері. Спроекувати майбутню структуру об'єкту дослідження при розробці пропозицій і рекомендацій, спрямованих на удосконалення цивільного законодавства, дозволили методи правового прогнозування та метод моделювання.

#### 1. Право на обов'язкову частку спадщини.

Одним із традиційних принципів спадкового права є принцип свободи заповіту. Окрім безумовних переваг, зокрема, широкої можливості здійснювати і реалізувати надані природні права, заповідальна свобода має деякі негативні сторони. Використовуючи надані права заповідач може позбавити утримання своїх найближчих родичів чи подружжя, яких він за законом зобов'язаний утримувати, і тим самим, позбавити їх засобів до існування. Невипадково, ще у римському приватному праві у випадках, коли зміст заповіту «не відповідав добрим звичаям» і від спадщини усувалися найближчі родичі, вважалося, що така особа перебувала «не у своєму розумі» і її остання воля до уваги не бралася. Звичайно, що мали місце і зловживання. Так римський історик Г.Т. Светоній ( I-II ст. н.е.) наводить

цікавий «правовий механізм» формування змісту заповіту римських громадян, який винайшов імператор Гай Калігула. Якщо імператора не оголошували співспадкоємцем разом із рідними заповідача, то він визнавав такі заповіти «пустими» і недійсними» [ 3, с.133].

Поняття «розпорядження майном» і «розпорядження майном на випадок смерті» не збігаються за змістом. Розпорядження, як один із складових елементів змісту права власності, передбачає можливість визначити юридичну чи фактичну долю речі. Розпорядження ж «на випадок смерті» не є розпорядженням у власному розумінні цього слова, оскільки ні до чого власника не зобов'язує і не перешкоджає йому використовувати належне йому майно на свій розсуд.

Регулювання спадкових правовідносин не може не будуватися на оптимальному та виваженому поєднанні інтересів окремої особи та суспільства та держави загалом. Після низки кодифікацій цивільного законодавства у ч. 1. ст. 1241 ЦК України законодавець визначив наступний вичерпний перелік осіб, які мають право на обов'язкову частку спадщини.

Під категорію, так званих, обов'язкових спадкоємців, підпадають : 1) малолітні діти спадкодавця; 2) неповнолітні діти спадкодавця; 3) непрацездатні діти спадкодавця; 4) непрацездатне подружжя; 5) непрацездатні батьки. Коло спадкоємців, які мають право на обов'язкову частку спадщини, визначається на день відкриття спадщини. Відповідно, заповідач при складанні заповіту, вже може практично спрогнозувати, яка особа, незалежно від його волевиявлення, може претендувати на спадщину, незважаючи на те, що цю особу своїм заповідальним розпорядженням він спадщини позбавив. Право особи на обов'язкову частку спадщини у доктрині спадкового права завжди розглядалося і розглядається як виняткове право. Це право носить виключно особистий характер, тобто, за своєю правовою природою воно нерозривно пов'язано з конкретною особою. Таке право не може перейти до інших осіб за правом представлення, ні в порядку спадкової трансмісії, від нього не можна відмовитися шляхом відказу іншому спадкоємцю [ 7, с. 121].

Не можна погодитися із твердженням, що існуюче положення про наданням окремим категоріям спадкоємців обов'язкової частки не обмежує свободу волевиявлення заповідача, а лише визначає правові межі реалізації такої волі. Зазначимо, що у ч. 1 ст. 1241 ЦК України розмір обов'язкової частини визначено як половина частки, яка належала б спадкоємцю у разі спадкування за законом. Корируючи останню волю заповідача, законодавець по суті позбавляє призначеного правонаступника половини призначеної йому спадщини, тобто, розмір належного йому за заповітом майна зменшується вдвічі, що, навряд чи можна вважати «правовими рамками реалізації останньої волі». У сучасних умовах зростає прірва між доходами пересічного громадянина і окремими верстами населення. Виникають значні відмінності між розміром мінімальної пенсії і пенсій деяким категоріям громадян, тому в окремих випадках надання обов'язкової частки спадщини всупереч заповіту особі, яка є матеріально забезпечена, не може не суперечити меті цього інституту і його дискредитації в цілому.

Якщо ж негідна поведінка таких осіб спонукала заповідача позбавити їх спадщини у заповіті, то майнові інтереси обов'язкових спадкоємців можна захистити і не надаючи їм права на обов'язкову частку спадщини, яка ж до того може значно перевищувати їх соціальні потреби. У сучасну епоху норми спадкового права втрачають свій догматичний зміст і повинні реагувати на політичні, економічні і суспільні зміни, які відбуваються у державі у суспільстві загалом. Більш обґрунтованим і справедливим на видається у таких випадках надання обов'язковим спадкоємцям за рішенням суду замість права на частку спадщини – права аліментування за рахунок спадкового майна на засадах, визначених сімейним законодавством [ 17, с. 126 ].

## 2. Усунення від права на спадкування.

Законодавець, керуючись нормами загальнолюдської моралі, визначає коло осіб, які усуваються від отримання спадщини, незважаючи на їх родинні чи сімейні зв'язки з

померлим, а в певних випадках, незважаючи і на раніше висловлену волю спадкодавця в заповіті.

Особи, які внаслідок своєї протиправної поведінки позбавляються законодавством права на отримання спадщини після конкретного спадкодавця, в теорії цивільного права називають «негідними» або «недостойними» спадкоємцями [ 6, с. 205].

Залежно від ступеня суспільної небезпеки і об'єкту протиправних дій, на який здійснюється посягання, спадкоємець або усувається від спадщини взагалі, або втрачає певну частку майна. Усунення від спадкування є своєрідною цивільно-правовою санкцією. Поруч із загальними рисами цивільно-правова відповідальність у спадковому праві має і свої особливості, зокрема, виступає як вид недоговорної відповідальності; характеризується особливим складом цивільного правопорушення, об'єктом якого виступають абсолютні особисті немайнові права спадкоємця (право на життя, право на здоров'я, право на свободу заповіту та ін.) та правопорядок у сфері цивільних правовідносин; відповідальною особою завжди виступає спеціальний суб'єкт – непрацездатна особа, яка має право на певну частку спадщини, незалежно від змісту заповіту; може настати лише за однієї неодмінної умови – смерті спадкодавця, оскільки лише за цієї обставини виникає повний юридичний склад, який є підставою для виникнення спадкових правовідносин; носить виключно майновий характер, оскільки особа або взагалі втрачає право на майно, яким виступає спадщина, або зменшується її право на певну частку; виступає у формі позбавлення суб'єктивного права на спадщину чи на її частку [ 2, с. 257-258].

Відповідно до ч. 2 ст. 1241 ЦК України суду надано право зменшувати розмір обов'язкової частини з урахуванням відносин між обов'язковими спадкоємцями та спадкодавцем, а також інших обставин, які мають важливе значення. Таким чином, норма про право необхідних спадкоємців на половину спадщини втратила свою імперативність. Серед обставин, які суд може взяти до уваги і визнати підставою для зменшення розміру обов'язкової частки науковці називають погані взаємини між спадкодавцем і спадкоємцем або їхнє ігнорування взагалі, судові суперечки між ними, неналежний догляд за спадкодавцем, матеріальне становище спадкоємця та інше. Законодавець визначає юридичні факти, за наявності яких до спадкоємців застосовуються своєрідні цивільно-правові санкції, зокрема, розмір спадкової частки може бути зменшено, або спадкоємці позбавляються права на спадщину, яка відкрилася.

Негідні дії спадкоємців, які зумовлюють усунення цих осіб від спадкування, за ступенем суспільної небезпеки є різними: від вчинення особливо тяжкого злочину – до невиконання цивільних обов'язків і аморальної поведінки. Підстави зменшення розміру обов'язкової частки необхідно конкретизувати безпосередньо у ЦК України. Обставини, серед таких обставин необхідно зазначити такі вчинки спадкоємців, які формально не усувають їх від спадкування, проте за своїм характером є аморальними і суперечать природі людської поведінці (антигромадська поведінка в умовах воєнного стану, негідна поведінка подружжя у шлюбі, зокрема, подружня зрада, ігнорування батьківськими обов'язками тощо). Для повнолітнього, дієздатного, матеріально забезпеченого спадкоємця інститут обов'язкової частки не повинен виступати як засіб безпідставного збагачення супроти волі заповідача. Обмеження волі заповідача відносно розпорядження належної йому власністю повинно виступати об'єктивною необхідністю захисту майнових інтересів найближчих родичів та подружжя, обов'язок по утриманню яких може бути покладено на заповідача за його життя, оскільки в іншому випадку втратила б своє соціальне призначення і перетворилася на спосіб збагачення за рахунок майна померлої особи незалежно від її ставлення до спадкоємця. За наявності спадкоємців, які зацікавлені в усуненні від спадщини негідного спадкоємця або зменшенні його частки довести в судовому порядку його недостойність справа хоча і складна, проте реальна.

Невипадково доволі поширеними стають судові справи з питань усунення від права на спадкування різних категорій спадкоємців і як стверджують окремі дослідники, справ такої категорії розглянуто понад 100 000 [ 14, с. 140 ]. Проте за відсутності інших спадкоємців або

у випадках, коли спадщину заповіли юридичній особі чи для загальнокорисної мети, довести факт недостойної поведінки спадкоємця складно, оскільки, як слушно зазначається в літературі, жоден орган не веде реєстр осіб, які скоїли умисні протиправні дії стосовно спадкодавця чи інших осіб, а відтак нотаріус може видати свідоцтво про право на спадщину і такому спадкоємцю [ 9, с. 184]. Обставини, які можуть бути підставою для зменшення розміру обов'язкової частки, необхідно конкретизувати у законі. Це можуть бути, наприклад, завідомо неправдиві свідчення в суді проти спадкодавця; неправдиве звинувачення його у скоєнні злочину; неповідомлення про те, що готується замах на життя спадкодавця; ненадання допомоги в разі існування реальної загрози його життю та ін.

3. Усунення заповідачем від спадкування осіб, які мають право на обов'язкову частку спадщини.

Обмеження свободи заповіту має не звужувати право особи на розпорядження своєю власністю, а виступати як об'єктивна необхідність захисту інтересів найближчих непрацездатних родичів (усиновителя та усиновлювачів) і непрацездатного подружжя, яких спадкодавець за законом зобов'язаний утримувати. Заповідач повинен мати можливість захищати своє суб'єктивне право на розпорядження власністю до смерті.

Правовій доктрині як сукупності науково обґрунтованих положень, правових ідей і конструкцій, розроблених правознавцями на основі глибоко пізнання вітчизняного законодавства, практики його застосування, аналізу історичних витоків приватного права та його основних інститутів належить провідне місце у формуванні державної політики у сфері приватного права [1, с. 511]. Після смерті заповідача вже ніхто не зможе виявити мотиви позбавлення ним спадщини окремих осіб, а довести в суді обґрунтованість усунення окремих осіб від спадкування досить проблематично.

Пропонується надати заповідачу, як найбільш зацікавленій особі, право за життя у судовому порядку вимагати зменшення розміру обов'язкової частки певного спадкоємця, а за наявності передбачених у законі обставин вимагати усунення спадкоємця від спадкування [ 20, с. 91].

#### Висновки

Обставини, які можуть бути підставою для зменшення розміру обов'язкової частки спадщини, необхідно конкретизувати у законі. Особі, яка склала заповіт, необхідно надати засіб захисту її суб'єктивного права на розпорядження власністю на випадок смерті. Таким спеціальним способом захисту може стати надання особі права на позов про позбавлення спадкоємця права на обов'язкову частку спадщини. Відповідно ЦК України необхідно доповнити ст. 1225-1 «Позбавлення права на обов'язкову частку спадщини за позовом заповідача».

1. Підставами позбавлення права на отримання обов'язкової частки спадщини є обставини, визначені у ст. 1224 ЦК України.

2. Особа яка склала заповіт, за наявності обставин, які свідчать про негідну поведінку спадкоємця, може звернутися з позовом про позбавлення спадкоємця права на обов'язкову частку спадщини або зменшення її розміру.

3. Суд має право позбавити спадкоємця права на обов'язкову частку спадщини, враховуючи особливості взаємовідносин спадкодавця і спадкоємця, громадську оцінку поведінки спадкоємця і майнове становище останнього.

4. Права на обов'язкову частку спадщини в порядку цієї статті не може бути позбавлений спадкоємець, який є неповнолітнім або визнаний в судовому порядку недієздатним.

Запропонована новела стане певною гарантією свободи заповіту і забезпечить справедливий баланс інтересів заповідача та осіб, які позбавлені можливості самостійно захищати свої інтереси у суді.

**Посилання:**

1. Кузьменко О. В. та ін. (2019) Адаптація національного законодавства відповідно до угоди про асоціацію України з Європейським Союзом: монографія. 678 с.
2. Безклубий І. та ін. (2014) Відповідальність у приватному праві : монографія. 416 с.
3. Гай Светоній Транквілл (2012) Життєписи дванадцяти цезарів / пер. з латин. П. Содомора. 278 с.
4. Галянтич М. К. (2006) Теоретико-правові засади реалізації житлових прав громадян в умовах ринкових перетворень: монографія. 512 с.
5. Гопанчук В. С., Заїка Ю. О. та ін. (2003) Житлове право України: навч. посіб. 208 с.
6. Заїка Ю. О. (2007) Спадкове право в Україні: становлення і розвиток: монографія. 288 с.
7. Заїка Ю. О. (2019) Юридичні факти у спадковому праві. Новітні підходи до розуміння юридичних фактів у механізмі правового регулювання приватних відносин. Зб. наук. пр. С. 105-123.
8. Заїка Ю. О., Рябоконт Є. О. (2009) Спадкове право: навч. посіб. 352 с.
9. Кухарев О. Є. (2020) Аналіз судової практики розгляду цивільних справ про спадкування: практ. посіб. 362 с.
10. Харитонов Є. О. та ін. (2020) Оновлення Цивільного кодексу України: формування підходів: монографія. 674 с.
11. Луць В. В., Крупчан О. Д. та ін. (2016) Право власності на житло в Україні: доктрина та реалізація: монографія. 247 с.
12. Кузнецова Н. С. та ін. (2022) Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу: монографія. 908 с.
13. Ромовська З. В. (2009) Українське цивільне право. Спадкове право: підручник. 264 с.
14. Рубан О. О. (2022) Усунення від права спадкування одного з батьків// Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. Вип. 69. С. 138 – 142.
15. Спасибо-Фатеєва І. В. та ін. (2022) Спадкове право: крізь призму судової практики: монографія. 536 с.
16. Фурса С. Я., Фурса Є. І., Клименко О. М. та ін. (2007) Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: наук.-практ. посіб. 1216 с.
17. Заїка Ю. О., Солтис Н. Б., Проценко В. В., Рябоконт Є. О. (2015) Сучасні тенденції розвитку спадкового права (порівняльно-правове дослідження): монографія. 248 с.
18. Харитонов Є. О., Харитонova О. І. (2021) Приватне право як концепт. Том IV. Від ідеї до реалізації: монографія. 632 с.
19. Спасибо-Фатеєва І. В., Печений О. П., Крат В. И. и др. (2016) Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права: монографія. 608 с.
20. Zaika Yuri O. (2020) Directions of updating the inheritance legislation of Ukraine. Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Vol. 27, No. 1, 2020. P. 84-99.

Статтю було подано	05.12.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	11.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	22.12.2022	The article was accepted

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2022.21.6>

УДК 347.66

**ПРОБЛЕМА ЗАСТОСУВАННЯ  
СУДАМИ ЗАСТАРІЛИХ НОРМ, ЯКІ  
ЗА ЗМІСТОМ СУПЕРЕЧАТЬ  
КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ (НА  
ПРИКЛАДІ НОРМ ЖИТЛОВОГО  
КОДЕКСУ УРСР)**

Ірина БЕРЕСТОВА

доктор юридичних наук, професор,  
Заслужений юрист України, провідний  
науковий співробітник

Науково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

<https://orcid.org/0000-0001-6345-3566>

Стаття присвячена дослідженню застосування судами статей 137, 138 Житлового кодексу УРСР у справах за позовами житлово-будівельних кооперативів, які призвели до втрати членами таких кооперативів можливості здійснювати свої права на доступне житло. У статті доведено, що статті 137, 138 Житлового кодексу УРСР мають критерій правової невизначеності і в системному зв'язку з іншими нормами чинного законодавства можуть застосовуватися лише в частині, що не суперечить Конституції України. Це обґрунтовується принципом пріоритету пізніше прийнятої законодавчої норми, яка регулює однопредметну сферу регулювання суспільних відносин (вирішення хронологічних чи ієрархічних колізій). Виявлено, що редакція цих норм майже не змінилася з дня введення в дію Житлового кодексу УРСР, положення ст. 137 Житлового кодексу УРСР не тільки втратили свою актуальність, а й явно суперечать частинам 1, 2 ст. 47 Конституції України.

Констатовано порушення статей 137, 138 Житлового кодексу УРСР конституційного права власності та рівності всіх суб'єктів власності перед законом (ч. 4 ст. 13 Конституції

UDC 347.66

**THE PROBLEM OF APPLICATION  
BY COURTS OF OUTDATED  
NORMS, WHICH CONTRADICT THE  
CONSTITUTION OF UKRAINE (ON  
THE EXAMPLE OF THE NORMS OF  
THE HOUSING CODE OF UKRAINE)**

Berestova, Iryna E.

Doctor of Law Sciences, Professor, Honored  
Lawyer of Ukraine, Leading Researcher

Academician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The article is devoted to the study of the application of Articles 137, 138 of the Housing Code of the Ukrainian SSR by the courts in cases of claims of housing cooperatives, which resulted in the loss of the opportunity for members of such cooperatives to exercise their rights to affordable housing. The article proves that Articles 137 and 138 of the Housing Code of the Ukrainian SSR have the criterion of legal uncertainty and, in systemic connection with other provisions of current legislation, may be applied only to the extent that they do not contradict the Constitution of Ukraine. This is justified by the principle of priority of a legislative norm adopted later, which regulates a single-subject area of regulation of social relations (resolution of chronological or hierarchical conflicts). It is revealed that the wording of these norms has hardly changed since the date of enactment of the Housing Code of the Ukrainian SSR, the provisions of Art. 137 of the Housing Code of the Ukrainian SSR have not only lost their relevance, but are in clear contradiction to parts 1 and 2 of Art. 47 of the Constitution of Ukraine.

The violation of Articles 137 and 138 of the Housing Code of the Ukrainian SSR of the constitutional right to property and



України). Житлово-будівельний кооператив є особливою юридичною особою, яка являє собою сукупність його членів і майно, відокремлене від власності кожного члена кооперативу. Проте функціонування житлово-будівельних кооперативів безпосередньо пов'язане зі становищем фізичних осіб щодо забезпечення останніх житлом, що утворює прямий зв'язок між порушенням статей 47, 41 Основного Закону України та вимогами статей 137 та 138 Житлового кодексу УРСР. Право власності є одним із основних прав як для людини, так і для суспільства в цілому. Основою регулювання цивільних відносин як основних є такі конституційні принципи права власності, як основні положення про непорушність права власності, рівність усіх власників перед законом, а також вказівка на обов'язковість власності. Принципи цивільного законодавства. Стаття 41 Конституції України, окрім негативного обов'язку, покладає на державу також позитивний обов'язок – запровадити законодавство, яке дозволить реалізувати всі аспекти конституційного права власності, у тому числі чітко визначений законодавчий порядок здійснення права власності юридичною особою, діяльність якої стосується чутливої сфери – будівництва кооперативом житла для соціальних категорій осіб.

Ключові слова: Житловий кодекс УРСР, суперечність Конституції України, застарілі норми права, судове застосування, житлові права, обслуговуючий кооператив, хронологічні колізії норм законодавства

Постановка проблеми. Сьогодні у зв'язку із повномасштабною військовою агресією російської федерації проблема забезпечення житлових прав громадян України загострилася із новою силою, особливо в площині судового захисту. Йдеться про захист житлових прав соціально незахищених осіб – вимушено переселених осіб, які об'єдналися у кооперативи задля того, щоб після трагічних подій їх життя змушені розпочинати власне життя і організувати побут наново саме в державі Україна (не обравши іншу державу), а також учасників бойових дій, які забезпечували і продовжують забезпечувати суверенітет і територіальну цілісність України. Так, з позиції застосування норм матеріального права,

equality of all subjects of property before the law (Part 4 of Article 13 of the Constitution of Ukraine) was stated. A housing cooperative is a special legal entity, which is a collective of its members and property separated from the property of each member of the cooperative. However, the functioning of housing cooperatives is directly related to the situation of individuals in terms of providing the latter with housing, which forms a direct link between the violation of Articles 47 and 41 of the Basic Law of Ukraine and the requirements of Articles 137 and 138 of the Housing Code of the Ukrainian SSR. The right to property is one of the fundamental rights for both individuals and society as a whole. The constitutional principles of property rights, such as the fundamental provisions on the inviolability of property rights, the equality of all owners before the law, as well as the indication that property is binding, are the basis for the regulation of civil relations as the basic principles of civil legislation. Article 41 of the Constitution of Ukraine, in addition to the negative obligation, also imposes a positive obligation on the state - to introduce legislation that allows the implementation of all aspects of the constitutional right to property, including a clearly defined legislative procedure for the exercise of property rights by a legal entity whose activities relate to a sensitive area - the construction of housing by a cooperative for social categories of persons.

Keywords: Housing Code of the Ukrainian SSR, contradiction to the Constitution of Ukraine, outdated legal norms, judicial application, housing rights, service cooperative, chronological conflicts

процесуального законодавства та конституційних норм викликає інтерес господарська справа, предметом спору у якій є вимога прокурора в інтересах держави в особі територіальної громади м. Обухова про визнання недійсним рішення Обухівської міської ради від 27.04.2018 № 804/9-34-VII та скасування рішення державного реєстратора виконкому Обухівської міської ради від 04.05.2018 про реєстрацію права власності на земельну ділянку всупереч вимогам ст. 41 Земельного кодексу України, ст. ст. 133-135, 137 ЖК УРСР та Примірного статуту ЖБК, у зв'язку із неможливістю отримання ОК «ЖБК «Кальміус», який є обслуговуючим, не житлово-будівельним кооперативом, земельної ділянки у власність без дотримання вимог ст. ст. 116, 134 ЗК України. За змістом ч. 1 ст. 41 ЗК України місцевій раді надано право передати земельну ділянку безоплатно у власність саме житлово-будівельним кооперативам, які створені відповідно до ст. ст. 133, 134, 137 ЖК УРСР, Примірного статуту ЖБК, а не будь-яким, в тому числі обслуговуючим кооперативам.

При вирішенні відповідною радою питання про надання житлово-будівельним (житловим) кооперативам безоплатно земельної ділянки має враховуватися мета створення такого кооперативу, зокрема, потреба засновників та членів кооперативу у поліпшенні житлових умов та їх перебування на квартирному обліку, порядок організації кооперативу відповідно до ЖК УРСР та Примірного статуту ЖБК. Тобто саме житлово-будівельний кооператив є спеціальним суб'єктом права відповідно до положень ст. 41 ЗК України. На теперішній час ЖК УРСР та постанова Ради Міністрів УРСР від 30.04.1985 № 186, якою затверджено Примірний статут ЖБК, є чинними, їх положення не суперечать чинному законодавству України, а тому обов'язкові до виконання всіма юридичними та фізичними особами, органами влади та посадовими особами (постанова Верховного Суду від 11.03.2020 у справі № 922/651/17). Аналогічні висновки викладені Верховним Судом, зокрема, у постановках від 30.05.2018 у справі № 910/9373/17, від 05.06.2018 у справі № 925/972/16, від 26.07.2018 у справі № 926/1111/15, від 04.09.2018 № 922/2614/17, від 05.09.2018 у справі № 922/3165/17, від 05.12.2018 у справі № 922/2495/17, від 21.03.2019 у справі № 922/2751/16 ... [1].

Конституційне право кожного на житло розкривається через запровадження різних приватноправових засад його реалізації. Такі засади полягають у створенні державою умов для задоволення громадянами своїх потреб у житлі шляхом його будівництва, придбання або оренди (ч. 1 ст. 47 Основного Закону України). Частина 2 ст. 47 Конституції України розкриває вказану конституційну гарантію щодо особливої категорії громадян – які потребують соціального захисту житла через надання органами державної влади або органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них ціну відповідно до закону. Ефективна реалізація конституційного права на житло пов'язана із здійсненням іншого конституційного права – права власності (ст. 41 Основного Закону України), що полягає у створенні законодавчих засад придбання чи безоплатного набуття житла та безпосередньо опосередковується конституційною гарантією непорушності права власності і рівності усіх суб'єктів права власності перед законом. Також Конституцією України, іншими актами законодавства встановлено забезпечення державою захисту прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки, гарантію того, що усі суб'єкти права власності є рівними перед законом; забезпечення гарантії непорушності права приватної власності: ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності громадян і створених ними недержавних юридичних осіб (ч. 4 ст. 13, ч. 2, 4 ст. 41 Основного Закону України). Окремим законодавчим способом реалізації вказаного права є можливість реалізувати право на доступне житло через об'єднання у житлові кооперативи. Метою статті є розкриття проблем наслідків застосування судами застарілих норм на прикладі норм Житлового Кодексу УРСР, які за змістом суперечать Конституції України, в яких ми вбачаємо перешкоди у доступі до правосуддя як складника завдань цивільного судочинства. Завданнями у статті визначаються доведення суперечності Конституції України ст. ст. 137, 138 ЖК УРСР та надання пропозицій щодо удосконалення порядку судового правозастосування у сфері захисту прав житлових кооперативів.

Виклад основної частини дослідження. Конституційне право на житло (ст. 47) за змістом відноситься до соціальних та належить до основних прав та свобод людини і органічно пов'язано із природним правом людини на життя (ст. 27), адже більшість прав, закріплених Конституцією України, спрямовані на гарантування права на життя. Право на житло є основоположним, адже не маючи гідного та достатнього даху над головою, не забезпечуючи себе мінімальними необхідними умовами проживання, життя людини перетворюється на існування, а її вільний розвиток – на приречене коло зобов'язань. Втрачаючи житло, або втрачаючи можливість його безоплатне набуття чи придбання на законодавчих засадах, гідне нормальне життя людини в більшості випадків втрачає сенс. Право на житло спрямоване на забезпечення й захист потреб та інтересів людини і є одним із аспектів забезпечення її достатнього життєвого рівня. Це право прямо пов'язане з соціальною політикою держави, а реалізація та ступінь захисту залежать від розвитку держави.

Недоступність іпотечного кредитування для широкого загалу через низьку платоспроможність українських громадян і відсутність достатнього забезпечення кредиту, наявність великої кількості об'єктів незавершеного будівництва та інші перманентні соціальні потрясіння, зумовили необхідність пошуку альтернативних фінансових інструментів забезпечення громадян житлом та механізмів завершення розпочатого будівництва. З цього приводу Конституційний Суд України (далі – КСУ) наголосив, що «З аналізу положень другого речення частини першої, частини другої статті 47 Основного Закону України випливає, що право на житло може бути реалізоване у спосіб будівництва житла, придбання його у власність або взяття в оренду, а громадянами, які потребують соціального захисту, – у спосіб отримання соціального житла від держави або органів місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону. Виходячи з наведеного Конституційний Суд України наголошує, що Конституція України встановлює, зокрема у статті 47, різні способи реалізації права на житло і не пов'язує можливості реалізації цього права з постійним проживанням особи у тому чи іншому населеному пункті (з місцем проживання) (абз. 3, 4 пп. 2.1 п. 2 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої статті 135 Житлового кодексу Української РСР від 20 грудня 2019 року № 12-р/2019) [5].

З метою стабілізації будівництва, підвищення платоспроможності населення, забезпечення реалізації житлових прав громадян, які потребують державної підтримки, стимулювання розвитку будівельної та суміжних галузей в умовах світової фінансової кризи було прийнято Закон України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» від 25 грудня 2008 року № 800-VI [2]. Цим Законом визначається коло організаційних заходів з розв'язання нагальних проблем у сфері житлового будівництва, в тому числі підстави і порядок надання державної підтримки на будівництво (придбання) доступного житла шляхом сплати державою частини його вартості надається громадянам. До таких громадян, перш за все, належать вимушено переселені особи та учасники бойових дій (ст. 1).

Також прийнятою Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Комплексної державної програми щодо підтримки, соціальної адаптації та реінтеграції громадян України, які переселилися з тимчасово окупованої території України та районів проведення антитерористичної операції в інші регіони України, на період до 2017 року» від 16 грудня 2015 р. № 1094 [3] передбачено план заходів з виконання Комплексної державної програми щодо підтримки, соціальної адаптації та реінтеграції громадян України, які переселилися з тимчасово окупованої території України та районів проведення антитерористичної операції в інші регіони України, на період до 2017 року (п. 11). На виконання вказаної Комплексної державної програми та відповідно до законодавчих змін до Закону України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва 2017 року, що стосується саме внутрішньо переміщених

осіб та учасників бойових дій, здійснюється статутна діяльність житлових кооперативів, а саме нині ст. 4 містить такі положення: «Державна підтримка у розмірі 50 відсотків вартості будівництва (придбання) доступного житла та/або пільгового іпотечного житлового кредиту надається особам, на яких поширюється дія п. 19 і 20 ч. 1 ст. 6, пп. 10-14 ч. 2 ст. 7 та абз. 4, 6 і 8 п. 1 ст. 10 Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту», а також внутрішньо переміщеним особам, на яких поширюється дія Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб».

Термін «житлово-будівельний кооператив» використовується не лише в Законі України «Про кооперацію» та ЖК УРСР, а й інших законах, зокрема, у ст. 41 ЗК України, ст. 384 ЦК України. При цьому під житлово-будівельним кооперативом, що використовується в актах законодавства, слід розуміти не організаційно-правову форму юридичної особи (суб'єкта господарювання), а напрямок її діяльності. Подібний підхід часто використовується в законодавчій техніці для позначення діяльності юридичних осіб, а не їх організаційно-правової форми, наприклад, банк, фінансова установа, страхова компанія, ломбард, управитель багатоквартирного будинку тощо.

Внесеними змінами законодавець виявив реальну, а не ілюзорну турботу про осіб, які постраждали від зовнішньої агресії російської федерації та стали вимушеними переселенцями, а також тих, осіб, які згідно ст. 17 Основного Закону України забезпечували і продовжують забезпечувати суверенітет і територіальну цілісність України – учасники бойових дій. А реалізація таких змін впливає на зниження вартості одного квадратного метра для учасників житлових кооперативу. Тобто уся статутна діяльність сучасних житлових кооперативів здійснювалася на досягнення перш за все суспільно-корисної мети – будівництво доступного житла, щоб кожний учасник кооперативу як учасник бойових дій змогли здійснити власне конституційне право на житло і почати життя українського громадянина знову на новому місці, якщо такий учасник є вимушено переміщеною особою. Отже, внесені законодавчі зміни 2017 року вплинули на кооперативи в Україні, які займаються будівництвом доступного житла для членів таких кооперативів, серед яких також є внутрішньо переміщені особи та учасники бойових дій. Наприклад, якщо брати тільки Київську область, то таких кооперативів є щонайменше шість. Вони, окрім самостійної діяльності, об'єдналися у Громадську спілку «Спілка обслуговуючих житлово-будівельних кооперативів «Будуємо разом» (ГС «СОБЖК «БУДУЄМО РАЗОМ») з метою здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних, та інших інтересів членів Спілки. Важливим є те, що кожний із цих кооперативів за організаційно-правовою формою є обслуговуючим, як того вимагає чинне законодавство, але за напрямом діяльності – житлово-будівельний.

Виділення кооперативної форми організації економічних відносин здійснене з метою стимулювання господарської діяльності чи забезпечення певного економічного результату (визначеної мети) через механізм відповідних державних пільг. Житлово-будівельні кооперативи є невід'ємною складовою європейської моделі забезпечення громадян житлом та визнаним майже в усьому світі інструментом забезпечення широких верств населення житлом прийнятної якості за невисоку плату, у тому числі соціальної категорії громадян – для бідних, внутрішньо-переміщених осіб всередині України та учасників бойових дій.

Правовий статус житлово-будівельного кооперативу і правовідносини у сфері кооперації на сьогодні врегульовано Конституцією України, ЦК України, ГК України та Законом України «Про кооперацію» та іншими новітніми актами законодавства України. Так, відповідно до преамбули Закону України «Про кооперацію» ним визначаються правові, організаційні, економічні та соціальні основи функціонування кооперації в Україні. За змістом ст. ст. 2, 5, 7, 10, 11 цього Закону кооператив – це юридична особа, утворена фізичними та/або юридичними особами, які добровільно об'єдналися на основі членства для ведення спільної господарської та іншої діяльності з метою задоволення своїх економічних, соціальних та інших потреб на засадах самоврядування.

Законодавство про кооперацію базується на нормах Конституції України і ЦК України, Закону України «Про кооперацію», інших нормативно-правових актів з питань кооперації. Засновниками кооперативу можуть бути громадяни України, іноземці та особи без громадянства, а також юридичні особи України та іноземних держав, які беруть участь у діяльності кооперативів через своїх представників. Чисельність членів кооперативу не може бути меншою ніж три особи. Членами кооперативу можуть бути громадяни України, іноземці та особи без громадянства, юридичні особи України та іноземних держав, що діють через своїх представників, які внесли вступний внесок та пай у розмірах, визначених статутом кооперативу, додержуються вимог статуту і користуються правом ухвального голосу. Членом кооперативу може бути фізична особа, яка досягла 16-річного віку і виявила бажання брати участь у його діяльності. Вступ до кооперативу здійснюється на підставі письмової заяви. Особа, яка подала заяву про вступ до кооперативу, вносить вступний внесок і пай у порядку та розмірах, визначених його статутом. Згідно з частиною другою статті шостої Закону України «Про кооперацію» відповідно до завдань та характеру діяльності кооперативи поділяються на такі типи: виробничі, обслуговуючі та споживчі. За напрямками діяльності кооперативи можуть бути сільськогосподарськими, житлово-будівельними, садово-городніми, гаражними, торговельно-закупівельними, транспортними, освітніми, туристичними, медичними тощо.

Так, державний класифікатор України ДК 002:2004 «Класифікація організаційно-правових форм господарювання», який прийнято наказом Держспоживстандарту України від 28.05.2004 № 97 (зі змінами), передбачає, зокрема, такі організаційно-правові форми юридичних осіб:

Код	Назва	Попередній код
300	<b><u>Кооперативи</u></b>	180
310	Виробничий кооператив	181
320	Обслуговуючий кооператив	
<b>321</b>	<b><i>Житлово-будівельний кооператив**)</i></b>	<b>182</b>
<b>322</b>	<b><i>Гаражний кооператив**)</i></b>	<b>184, 185</b>
330	Споживчий кооператив	-
340	Сільськогосподарський виробничий кооператив	186
350	Сільськогосподарський обслуговуючий кооператив	187
390	Кооперативний банк	-

При цьому зазначений класифікатор містить таку примітку (\*\*): «державна реєстрація нових юридичних осіб з такими організаційно-правовими формами не передбачається». Отже, утворення юридичної особи в організаційно-правовій формі «Житлово-будівельний кооператив» чинним законодавством не передбачається. Наприклад, ОК «ЖБК «Кальміус» зареєстровано як юридичну особу приватного права 24.05.2016 року згідно виписки з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань.

Зважаючи на те, що будь-який кооператив є юридичною особою (частина третя статті 6 Закону України «Про кооперацію») на правовідносини, пов'язані з реєстрацією кооперативів, у т.ч. ЖБК, поширюється закон, який регулює порядок здійснення державної реєстрації усіх юридичних осіб, а саме Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» від 15.05.2003 № 755-IV (зі змінами та доповненнями, далі – Закон № 755-IV). Відповідно до ч. 1 ст. 3 зазначеного Закону його дія поширюється на відносини, що виникають у сфері державної реєстрації юридичних осіб незалежно від організаційно-правової форми, форми власності та підпорядкування, їхньої символіки (у випадках, передбачених законом), громадських формувань, що не мають

статусу юридичної особи, та фізичних осіб–підприємців. Згідно з п. 3 р. VIII «Прикінцеві положення» Закону № 755-IV, закони, нормативно-правові акти, прийняті до набрання чинності цим Законом, діють у частині, що не суперечить цьому Закону. Законом № 755-IV, передбачені основні принципи державної реєстрації юридичних осіб, у тому числі й житлово-будівельних кооперативів, зокрема обов'язковість державної реєстрації в Єдиному державному реєстрі (ст. 4), встановлено, що державна реєстрація юридичних осіб здійснюється державним реєстратором, нотаріусом, які приймають документи для проведення реєстрації, перевіряють їх, проводять реєстраційну дію шляхом внесення відповідного запису до Єдиного державного реєстру. Реєстрація юридичної особи в Єдиному державному реєстрі передбачена також ст. ст. 87 та 89 ЦК України, згідно з якими юридична особа вважається створеною з дня її державної реєстрації (ч. 4 ст. 87), юридична особа підлягає державній реєстрації у порядку, встановленому законом. Дані державної реєстрації включаються до Єдиного державного реєстру, відкритого для загального ознайомлення (ст. 89). Реєстрацію ж установчих документів юридичної особи в органах місцевого самоврядування ЦК України і Законом № 755-IV не передбачено.

Викладене свідчить, що будь-який сучасно створений житлово-будівельний кооператив за напрямом діяльності, щонайменше станом на 2 квартал 2016 року був позбавлений жодної законодавчої можливості зареєструватися як юридична особа і розпочати діяльність, передбачену метою Статуту за правилами ЖК УРСР, а саме: зареєструвати кооператив як житлово-будівельний за напрямом діяльності.

Чинне законодавство, а саме ч. 2 ст. 6 Закону України «Про кооперацію», імперативно закріплює види кооперативів, зокрема за організаційно-правовою формою обслуговуючий, а за напрямом діяльності – житлово-будівельним. Це знайшло свого нормативного закріплення у Держспоживстандарті України від 28.05.2004 № 97 (зі змінами). Іншого законодавчого порядку створення і державної реєстрації юридичної особи приватного права житлово-будівельного кооперативу нині не існує. За правовою позицією КСУ «правовий статус суб'єктів права різних форм власності ґрунтується на єдиних конституційних принципах. Разом з тим правовий статус кожного з них має особливості, що і характеризують того чи іншого суб'єкта права власності як такого. Держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності як у тому, що є загальним для них, так і в його особливостях відповідно до законів, дія яких на них поширюється» (абз. 3 пп. 3.3 п. 3 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» (справа про мораторій на примусову реалізацію майна) від 11 червня 2003 року № 11-рп/2003) [6].

У зв'язку з цим наголошуємо, що приписи ЖК УРСР, з огляду на правову невизначеність ст. ст. 137 та 138 ЖК УРСР у системному зв'язку із вищенаведеними нормами актів чинного законодавства можуть застосовуватися в частині, що не суперечать Конституції України та законам на підставі принципу пріоритету законодавчої норми, прийнятої пізніше, якою врегульовується однопредметна сфера регулювання суспільних відносин. Застосування ст. 137, 138 ЖК УРСР судами у справах за позовами житлових кооперативів призвело до втрати можливості житловими кооперативами реалізувати свої права на доступне житло. Так, редакція цих норм майже не змінилася з дати введення в дію ЖК УРСР, регулюються питання створення житлово-будівельних кооперативів, членство в них, користування жилими приміщеннями в будинках житлово-будівельних кооперативів, виключення із членів житлово-будівельного кооперативу та виселення із будинку ЖБК. Відповідно до ст. 137 ЖК УРСР порядок організації та діяльності житлово-будівельних кооперативів установлюється законодавством Союзу РСР, цим Кодексом, Примірним статутом житлово-будівельного кооперативу та іншими актами законодавства Української РСР. Постановою Ради Міністрів Української РСР від 30 квітня 1985 р. № 186 відповідно до ст. 137 ЖК УРСР затверджено Примірний статут житлово-будівельного кооперативу, яким більш детально врегульовано порядок створення житлово-будівельних кооперативів.

Постановою Верховної Ради України від 12 вересня 1991 року № 1545-ХІІ «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР» встановлено, що до прийняття відповідних актів законодавства України на території республіки застосовуються акти законодавства Союзу РСР з питань, які не врегульовані законодавством України, за умови, що вони не суперечать Конституції і законам України. Таким чином, норми ЖК УРСР і Примірного статуту мали застосовуватись до відносин, які не врегульовані законодавством України, за умови, що вони не суперечать Конституції і законам України, і до прийняття відповідних актів законодавства України. Положення ст. 137 та ст. 138 ЖК УРСР закріплюють повноваження застарілих структур органів місцевого самоврядування у сфері створення та контролю за житлово-будівельними кооперативами, а саме таких як виконавчі комітети місцевих Рад народних депутатів.

Положення ст. 137 ЖК УРСР не тільки втратили свою актуальність, а перебувають у явній суперечності із ч. 1 та 2 ст. 47 Конституції України. Нині єдина законодавча можливість реалізації конституційного права на житло членів кооперативу та здійснення права власності житлово-будівельних кооперативів практично впровадити і розпочати діяльність добровільного об'єднання громадян з метою спільного вирішення ними соціально-побутових, житлових питань (кооперативу) в цілях задоволення потреб членів кооперативу в житлі та іншому майні та покращення житлових умов членів кооперативу шляхом будівництва, інвестування в будівництво, набуття на первинному та вторинному ринку об'єктів нерухомого майна, ремонту об'єктів нерухомості за власні та інші кошти, а також для подальшої експлуатації та управління набутої нерухомості, існує виключно за правилами Закону України «Про кооперацію». Ст. 138 ЖК УРСР встановлюється контроль виконавчих комітетів місцевих Рад народних депутатів за діяльністю житлово-будівельних кооперативів. Зокрема, передбачено, що виконавчі комітети місцевих Рад народних депутатів здійснюють контроль за діяльністю житлово-будівельних кооперативів, за експлуатацією та ремонтом належних їм будинків. Виконавчий комітет районної, міської, районної в місті Ради народних депутатів вправі скасувати рішення загальних зборів чи правління кооперативу, якщо воно суперечить законодавству.

Починаючи з 12.06.1997 (офіційна публікація) виконавчі органи місцевого самоврядування діють на підставі Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР (далі – Закон № 280/97-ВР), з дня набрання чинності якого втратив чинність Закон Української РСР «Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування» від 7 грудня 1990 року № 533-ХІІ (далі – Закон № 533-ХІІ). Виходячи із Закону № 280/97-ВР, органи місцевого самоврядування в Україні не є правонаступниками Рад народних депутатів Української РСР, тому автоматичного набуття прав та обов'язків від Рад народних депутатів Української РСР до органів місцевого самоврядування не відбулося. Відтак, у цьому аспекті ст. 138 ЖК УРСР суперечить також ч. 2 ст. 142 та ст. 143 Конституції України.

Порушення ст. ст. 137 та 138 ЖК УРСР конституційного права власності та рівності усіх суб'єктів власності перед законом (ч.4 ст. 13 Конституції України) вбачається в такому. Житлово-будівельний кооператив є особливою юридичною особою, яка представляє собою колектив його членів і майно, відокремлене від майна кожного члена кооперативу. Проте, функціонування житлово-будівельних кооперативів безпосередньо пов'язано із становищем фізичних осіб в частині забезпечення останніх житлом, що формує безпосередній взаємозв'язок між порушенням ст. ст. 47 та 41 Основного Закону України приписами ст. ст. 137 та 138 ЖК УРСР. Право власності є одним із основоположних прав як для приватних осіб, так і для суспільства в цілому. Конституційні засади права власності – такі, як принципи положення щодо непорушності права власності, рівності усіх власників перед законом, а також зазначення на те, що власність зобов'язує, покладені в основу регулювання цивільних відносин як основних засад цивільного законодавства. Конституційний принцип непорушності права власності проявляється насамперед як засада впевненості власника в незмінності того становища (забезпечення його прав), у якому він перебуває і яке йому

гарантовано державою з усім комплексом відповідних засобів, які остання для цього застосовує.

Слід звернути увагу, що участь держави у відносинах, пов'язаних із інвестуванням та будівництвом житла опосередковується переважно регуляторними функціями. При цьому ст. 41 Конституції України, окрім негативного обов'язку покладає на державу також позитивний обов'язок – запровадити законодавство, яке дозволяє реалізувати всі аспекти конституційного права власності, в тому числі чітко визначений законодавчий порядок здійснення права власності юридичною особою, діяльність якої стосується чутливої сфери – будівництва житла кооперативом для соціальної категорій осіб. Як сказав КСУ у рішенні № 9-рп/2012 «Конституційні права і свободи є фундаментальною основою існування та розвитку Українського народу, а такому держава зобов'язана створювати ефективні організаційно-правові механізми для їх реалізації. Відсутність таких механізмів нівелює сутність конституційних прав і свобод, оскільки призводить до того, що вони стають декларативними, а це є неприпустимим у правовій державі» (абзац четвертий підпункту 2.1 пункту 2 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012) [4].

Застосування ст. ст. 137 та 138 ЖК УРСР призводить до протиправного позбавлення конституційного права власності житлових кооперативів, зокрема на земельну ділянку, на якій має бути розпочате будівництво житлового будинку для членів кооперативу та членів їх сімей. Також це спричинило різні дії щодо майнових прав членів кооперативу, майна кооперативу, майнових дій з приводу будівництва після затвердженої містобудівної документації тощо.

У цьому контексті слід навести юридичну позицію Конституційного Суду України, що «Конституція України як головне джерело національної правової системи є також базою поточного законодавства. Вона надає можливість урегулювання певних суспільних відносин на рівні законів, які конкретизують закріплені в Основному Законі положення. За Конституцією України держава визначає та рівним чином захищає усі форми власності. Кожна з них може мати свої особливості, пов'язані із законодавчо визначеними умовами та підставами виникнення або припинення права власності. <...> Так, у статті 41 Конституції України <...> не лише проголошено право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, а й зазначено, що воно набувається у встановленому законом порядку. Тобто право власності виникає лише за наявності певних юридичних фактів та за умови формування правового статусу конкретного власника, надання йому юридично забезпеченої можливості діяти у передбачених законом межах. Разом з тим власність гарантує не лише права власників, а й зобов'язує, покладає на них певні обов'язки. Саме про це йдеться у статтях 13 і 41 Конституції України, відповідно до яких використання власності не може завдавати шкоди людині, правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства. Отже, для реалізації закріпленого в Конституції України права власності потрібні галузеві закони, які встановлюють конкретні норми використання власником належного йому майна з урахуванням інтересів усіх суб'єктів правовідносин. Викладена позиція кореспондується з ратифікованою Україною у 1997 році Конвенцією про захист прав людини та основних свобод 1950 року, якою державам-учасникам дозволено за допомогою національного закону використовувати певні регулюючі механізми користування об'єктами права власності відповідно до суспільних потреб, внутрішньої соціальної та економічної політики. У статті 1 Першого протоколу до Конвенції йдеться про те, що «ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права. Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які, на її думку, є необхідними для здійснення контролю за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів». (абзаци третій-четвертий, тринадцятий підпункту 3.1 пункту 3 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 45 народних



депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України "Про внесення змін до Закону України «Про електроенергетику» (справа про електроенергетику) від 12 лютого 2002 року № 3-рп/2002 [7].

Викладене є підтвердженням того, що конституційне право власності передбачає можливість кожного розпоряджатися своєю власністю на власний вибір та не зазнавати порушень цього права. Зокрема, зміст та обсяг гарантованого частиною першою статті 41 Конституції України цього права, зокрема у ОК «ЖБК «Кальміус», полягає у повноваженні володіти, користуватися та розпоряджатися земельною ділянкою, відведеною для будівництва багатоквартирного будинку згідно до затвердженої містобудівної документації. Однак застосовані приписи статей 137 та 138 ЖК УРСР нівелюють наведене конституційне право власності та конституційну гарантію непорушності права власності суб'єкта житлово-будівельного кооперативу.

Висновки. Приписи ЖК УРСР, з огляду на правову невизначеність ст. ст. 137 та 138 у системному зв'язку із іншими нормами актів чинного законодавства можуть застосовуватися виключно в частині, що не суперечать Конституції України та законам на підставі принципу пріоритету законодавчої норми, прийнятої пізніше, якою врегульовується однопредметна сфера регулювання суспільних відносин. Застосування ст. 137, 138 ЖК УРСР судами у справах за позовами житлових кооперативів призвело до втрати їх можливості реалізувати свої права на доступне житло. Редакція цих норм майже не змінилася з дати введення в дію ЖК УРСР, положення ст. ст. 137 ЖК УРСР не тільки втратили свою актуальність, а перебувають у явній суперечності із ч. 1 та 2 ст. 47 Конституції України. Нині єдина законодавча можливість реалізації конституційного права на житло членів кооперативу та здійснення права власності житлово-будівельних кооперативів практично впровадити і розпочати діяльність добровільного об'єднання громадян з метою спільного вирішення ними соціально-побутових, житлових питань (кооперативу) в цілях задоволення потреб членів кооперативу в житлі та іншому майні та покращення житлових умов членів кооперативу шляхом будівництва, інвестування в будівництво, набуття на первинному та вторинному ринку об'єктів нерухомого майна, ремонту об'єктів нерухомості за власні та інші кошти, а також для подальшої експлуатації та управління набутої нерухомості, існує виключно за правилами Закону України «Про кооперацію».

Порушення ст. ст. 137 та 138 ЖК УРСР конституційного права власності та рівності усіх суб'єктів власності перед законом (ч.4 ст. 13 Конституції України) вбачається в такому. Житлово-будівельний кооператив є особливою юридичною особою, яка представляє собою колектив його членів і майно, відокремлене від майна кожного члена кооперативу. Проте, функціонування житлово-будівельних кооперативів безпосередньо пов'язано із становищем фізичних осіб в частині забезпечення останніх житлом, що формує безпосередній взаємозв'язок між порушенням ст. ст. 47 та 41 Основного Закону України приписами ст. ст. 137 та 138 ЖК УРСР. Право власності є одним із основоположних прав як для приватних осіб, так і для суспільства в цілому. Конституційні засади права власності – такі, як принципіві положення щодо непорушності права власності, рівності усіх власників перед законом, а також зазначення на те, що власність зобов'язує, покладені в основу регулювання цивільних відносин як основних засад цивільного законодавства. Ст. 41 Конституції України, окрім негативного обов'язку покладає на державу також позитивний обов'язок – запровадити законодавство, яке дозволяє реалізувати всі аспекти конституційного права власності, в тому числі чітко визначений законодавчий порядок здійснення права власності юридичною особою, діяльність якої стосується чутливої сфери – будівництва житла кооперативом для соціальної категорій осіб.

#### **Посилання:**

1. Постанова Верховного Суду у складі Касаційного господарського суду від 02 березня 2021 року у справі № 911/261/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95573478?fbclid=IwAR0SjTys100>

WxoSeREu49I45e09yFDmlisLKcE2emBfwG\_fufvDFzz8k\_u0.

2. Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва. Закон України від 25 грудня 2008 року № 800-VI. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2009, № 19, ст. 257.

3. Про затвердження Комплексної державної програми щодо підтримки, соціальної адаптації та реінтеграції громадян України, які переселилися з тимчасово окупованої території України та районів проведення антитерористичної операції в інші регіони України, на період до 2017 року. Постанова Кабінету Міністрів України від 16 грудня 2015 р. № 1094. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1094-2015-%D0%BF#Text>.

4. Рішення Конституційного Суду України від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-12#Text>.

5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої статті 135 Житлового кодексу Української РСР від 20 грудня 2019 року № 12-р/2019: URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-19#Text>.

6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» (справа про мораторій на примусову реалізацію майна) від 11 червня 2003 року № 11-рп/2003. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-03#Text>.

7. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 45 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України "Про внесення змін до Закону України «Про електроенергетику» (справа про електроенергетику) від 12 лютого 2002 року № 3-рп/2002. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-02#Text>.

Статтю було подано	01.12.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	06.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	15.12.2022	The article was accepted

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2022.21.7>

УДК 347.1

**ДО ПИТАННЯ ПОДАЧІ ПОЗОВУ  
ПРО ВИЗНАННЯ ІПОТЕКИ  
ПРИПИНЕНОЮ ТА ЗНЯТТЯ  
ЗАБОРОНИ****Віталій МАХІНЧУК**доктор юридичних наук, професор,  
заступник директора з наукової роботиНауково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)<https://orcid.org/0000-0003-4360-0287>

У статті подано науково-практичний аналіз чинного правового регулювання, судової практики у справах про зловживання іпотекодавцем своїми правами та обов'язками. Зокрема, проаналізовано варіанти примусового (судового) визнання іпотеки припиненою. Власне, автором пропонується застосувати такий спосіб захисту, як подання позову про визнання іпотеки припиненою. Останній спосіб не є передчасним згідно з чинним законодавством, але повністю відповідає змісту та духу статті 16 Цивільного кодексу України [1] (далі – ЦК).

У статті на основі емпіричного матеріалу та аналізу обґрунтовується позиція автора про те, що на сьогодні в українському законодавстві відсутній дієвий механізм вирішення ситуації, коли або боржник, або кредитор (іпотекодержатель) зловживають своїми правами та обов'язками та не вживають заходів для їх скасування. заборона внесення до відповідного реєстру [2] щодо відповідного (колишнього) заставного майна. Таким чином, недобросовісний боржник, використовуючи недосконалість нормативно-правового регулювання, утримуючись від вчинення відповідних дій щодо припинення іпотеки та зняття відповідного запису (заборони) про

UDC 347.1

**ON THE ISSUE OF FILING A CLAIM  
FOR RECOGNITION OF THE  
MORTGAGE TERMINATED AND  
LIFTING THE BAN****Makhinchuk, Vitalii M.**Doctor of Law Sciences, Professor, Deputy  
DirectorAcademician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The article presents the scientific and practical analysis of the current legal regulation, judicial practice in matters of abuse of rights and obligations by the mortgagor. In particular, the options for compulsory (judicial) recognition of the mortgage terminated are analyzed. In fact, the author proposes to apply such a method of protection as filing a claim for recognition of the mortgage as terminated. The latter method is not premature under the current legislation, but fully complies with the content and spirit of Article 16 of the Civil Code of Ukraine [1] (hereinafter - the CC).

The article, using empirical material and analysis, substantiates the author's position that there is currently no effective mechanism in Ukrainian relevant legislation to address the situation where either the debtor or the creditor (mortgagee) abuses their rights and obligations and does not take action to lift the prohibition in the relevant register [2] for the relevant (former) mortgaged property. Thus, an unscrupulous debtor, using the imperfections of regulatory regulation, by refraining from taking appropriate actions to terminate the mortgage and removing the relevant record (prohibition) on the prohibition, complicates the exercise of the right of the new creditor to satisfy its claims at the

заборону, ускладнює реалізацію права нового кредитора на задоволення своїх вимог за рахунок відповідного майна, що було в іпотечі (проте на момент пред'явлення вимоги про задоволення вимоги нового кредитора де-юре і де-факто виконуються, а сама іпотека припиняється).

Автор використовує широкий спектр наукових методів пізнання сутності сформульованої проблеми та шляхів її вирішення. Детально та поглиблено використано історичний метод виникнення та значення інституту іпотеки, призначення та роль іпотеки в регулюванні та запобіганні порушенням та зловживанням відповідними правами. Також застосовано порівняльний метод дослідження, який дозволяє провести відповідні паралелі та знайти спільні техніко-правові проблеми щодо способів захисту порушених/відмовлених прав відповідної особи внаслідок свідомого некасування заборони на іпотеку об'єкта, який фактично припинено. Зокрема, автор протиставляє такі категорії, як позов про припинення іпотеки та позов про визнання іпотеки такою, що припинилася, як не тотожні та наголошує на правильності використання категорії «позов про визнання іпотеки такою, що припинилася», з огляду на суб'єктний склад позовної заяви. учасники відповідних правовідносин.

У статті автор приходить до висновку, що на даний час у відповідному законодавстві України відсутній дієвий механізм захисту прав кредиторів на майно, яке колись було передано в іпотеку, але на дату пред'явлення відповідної вимоги таким не є, але не є позбавлені відповідного запису в реєстрі.

Автор також розглядає відповідну судову практику, більша частина якої спрямована на вирішення ситуацій, коли іпотека не позбавлена відповідного статусу в реєстрі через невжиття відповідних дій іпотекотримачем, який зловживає своїми правами, не вчиняючи відповідних дій в користь боржника (іпотекодавця). Акцент та пропозиції

expense of the relevant property that was in the mortgage (however, at the time of the claim to satisfy the claims of the new creditor, de jure and de facto, are fulfilled, and the mortgage itself is terminated).

The author uses a wide range of scientific methods of cognition of the essence of the formulated problem and ways to solve the latter. The historical method of the origin and significance of the institution of mortgage, the purpose and role of mortgage in regulating and preventing the violation and abuse of the relevant rights is used in detail and in depth. The comparative method of research is also applied, which allows to draw relevant parallels and find common technical and legal problems regarding the ways to protect the violated / denied rights of the person concerned, as a result of deliberate failure to lift the ban on the mortgaged object, which is actually terminated. In particular, the author contrasts such categories as a claim for termination of mortgage and a claim for recognition of mortgage as terminated as not identical and emphasizes the correctness of using the category "claim for recognition of mortgage as terminated" due to the subjective composition of the participants of the relevant legal relations.

In the article the author comes to the conclusion that there is currently no effective mechanism in the Ukrainian relevant legislation to protect the rights of creditors to property that was once mortgaged, but as of the date of the relevant claim is not such, but is not deprived of the relevant entry in the register.

The author also considers the relevant court practice, most of which is aimed at resolving situations where the mortgage is not deprived of the relevant status in the register due to failure to take appropriate actions by the mortgagee who abuses his rights by not taking appropriate actions in favor of the debtor (mortgagor). The emphasis and proposals of the author are made on the situation when the mortgagor for various reasons is not interested in removing the relevant entry in the register.

автора зроблено на ситуації, коли іпотекодержатель з різних причин не зацікавлений у виключенні відповідного запису з реєстру.

Аналіз правозастосовчої практики приводить автора до висновку, що можливі два шляхи вирішення проблеми, порушеної у статті. По-перше, це судовий захист порушеного права кредитора шляхом подання позову про визнання іпотеки припиненою.

Другим універсальним варіантом має бути внесення відповідних змін до статті 4 Закону України «Про іпотеку» щодо обов'язковості повідомлення сторін іпотечних правовідносин про припинення останніх і, як наслідок, припинення відповідний запис (заборона) на відповідний об'єкт, що перебував в іпотеці. Ці зміни мають сприяти захисту прав та інтересів відповідних учасників та стабільності самого цивільного обороту.

Зміни до статті 44 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» заслуговують і є роз'ясненими.

З іншого боку, проведений у статті аналіз свідчить про перенасиченість правового поля різноманітними реєстрами та процедурами внесення та реєстрації різних видів обтяжень нерухомого майна. Виходом з цього є подальша уніфікація та поступове перетворення реєстрів обтяжень у справді єдиний зручний універсальний реєстр заборон та обтяжень нерухомого майна. Таким чином, необхідно розробити та запровадити ефективний алгоритм внесення та отримання відповідної інформації щодо відповідних заборон та обтяжень.

Ключові слова: іпотека, заборона, обтяження, вищий пріорите, зловживання правом (шикана), пріоритет, темпоральність

The analysis of law enforcement practice leads the author to the conclusion that there are two possible ways to solve the problem raised in the article. First, it is judicial protection of the violated creditor's right by filing a claim for recognition of the mortgage terminated.

The second universal option should be to make appropriate amendments to Article 4 of the Law of Ukraine "On Mortgage" regarding the imperative of notification by the parties to the mortgage relationship regarding the termination of the latter and, as a result, the termination of the relevant record (prohibition) on the relevant object that was in the mortgage. These changes should contribute to the protection of the rights and interests of the relevant participants and the stability of the civil turnover itself.

Amendments to Article 44 of the Law of Ukraine "On Securing Creditors' Claims and Registration of Encumbrances" deserve and are explained.

On the other hand, the analysis conducted in the article shows the oversaturation of the legal field with various registers and procedures for entering and registering various types of encumbrances on real estate. The way out of this is further unification and gradual transformation of the registers of encumbrances into a truly single convenient universal register of prohibitions and encumbrances on real estate. Thus, an effective algorithm for entering and obtaining relevant information on the relevant prohibitions and encumbrances should be developed and implemented

Keywords: mortgage, prohibition, higher priority, abuse of right (shikana), priority, temporality

1. Юридична природа та роль обтяжень «заборона» та «іпотека» у регулюванні цивільного обігу.

Актуальність стаття обумовлена кількістю оформлених іпотечних угод, які відповідно до офіційної статистики стабільно зростають із року в рік і не припиняються навіть під час війни. Зокрема, понад 7,5 тисяч іпотечних кредитів на загальну суму в майже 6,1 млрд

гривень видали за перші три квартали 2021 року українські банки. Це вдвічі більше, ніж було зафіксовано за відповідний період минулого року, та у 2,7 рази більше за сумою виданих коштів.

За даними Мін'юсту, за три квартали цього року в Україні було укладено 218,4 тис. угод купівлі-продажу квартир та будинків. З них на умовах іпотеки купується лише 3,4% житла.

Обтяження – це заборона розпоряджатися та/або користуватися нерухомим майном, встановлена законом, актами уповноважених на це органів державної влади, їх посадових осіб або така, що виникла на підставі договору (Ст.1 ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»).

Відповідно до Ст.4 вищезазначеного закону розрізняється 4 групи речових прав ті їх обтяження, які підлягають обов'язковому відображенню у відповідних реєстрах. Загалом на сьогодні розрізняють більше 20 обтяжень нерухомого майна, які можуть вноситися до відповідного реєстру на підставах (титулах) визначених законом.

Заборона та іпотека виступають самостійними та незалежними видами обтяжень, які мають своєю підставою різні нормативно-правові підстави; заборона – внаслідок вимог і приписів самого закону («Про державну реєстрацію речових прав та їх обтяжень») та іпотеки – внаслідок вимог закон (ЗУ «Про нотаріат»). На сьогодні закон загалом передбачає наступні обтяження, які передбачені законом і можуть вноситися до Реєстру щодо обтяження речових прав на нерухоме майно, об'єкту незавершеного будівництва, майбутній об'єкт нерухомості: заборона відчуження та/або користування; арешт; іпотека; вимога нотаріального посвідчення договору, предметом якого є нерухоме майно, встановлена власником такого майна; податкова застава, предметом якої є нерухоме майно, об'єкт незавершеного будівництва, майбутній об'єкт нерухомості; обтяження гарантійної частки будівництва об'єкта нерухомого майна (далі - гарантійна частка) відповідно до Закону України «Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому»; обтяження спеціального майнового права на неподільний об'єкт незавершеного будівництва / майбутній об'єкт нерухомості на користь особи, яка сплатила частково ціну майбутнього об'єкта нерухомості; обтяження спеціального майнового права на неподільний об'єкт незавершеного будівництва / майбутній об'єкт нерухомості, спеціальне майнове право на який зареєстровано за особою, яка сплатила частково ціну такого об'єкта, на користь замовника будівництва / девелопера будівництва; обтяження спеціального майнового права на подільний об'єкт незавершеного будівництва; обтяження права власності на об'єкт нерухомого майна на користь замовника будівництва / девелопера будівництва; інші обтяження відповідно до закону. Саме заборона та іпотека є серед вище перелічених. Якщо мова йде про широковживані публічні заборони у процесі функціонування торгового обороту, то саме останні є вкрай поширеним і розповсюдженими. Саме щодо цих обтяжень буде йти мова у контексті можливих зловживань правами третіх осіб.

Щодо Заборони. Ст. 34 Закону України «Про нотаріат» визначає, що нотаріуси можуть вчиняти нотаріальні дії, зокрема у вигляді накладення та зняття заборони щодо відчуження нерухомого майна (майнових прав на нерухоме майно), що підлягають державній реєстрації. Відповідно заборона у якості нотаріальної дії покликана унеможливити вільне розпорядження та або користування майном за певних обставин.

Наказ Міністерства юстиції України №296\5 затверджує Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (Надалі поймає - Порядок), який у Главі 15 визначає порядок накладення та зняття заборони, як обтяжень. Зокрема зазначений Порядок передбачає, що Нотаріус накладає заборону щодо відчуження житлового будинку, квартири, дачі, садового будинку, гаража, земельної ділянки, іншого нерухомого майна, майнових прав на нерухоме майно і транспортних засобів, що підлягають державній реєстрації, за місцезнаходженням (місцем реєстрації) цього майна або за місцезнаходженням (місцем реєстрації) однієї із сторін правочину, в зв'язку з яким накладається заборона. Підставами до накладення заборони відчуження майна згідно Порядку можуть бути:

повідомлення установи банку, підприємства чи організації про видачу громадянину позики (кредиту) на будівництво, капітальний ремонт чи купівлю житлового будинку (квартири);

при посвідченні договору застави (іпотеки) житлового будинку, квартири, дачі, садового будинку, гаража, земельної ділянки, іншого нерухомого майна, майнових прав на нерухоме майно, а також транспортного засобу, що підлягає державній реєстрації, або при посвідченні договору про внесення змін щодо предмета застави (іпотеки), якщо це передбачено договором;

за зверненням органу опіки та піклування з метою захисту особистих і майнових прав та інтересів дитини, яка має право власності або проживає у жиллому будинку, квартирі, іншому приміщенні, на відчуження якого накладається заборона;

при посвідченні договору довічного утримання (догляду);

за повідомленням іпотекодержателя;

при видачі свідоцтва про право на спадщину на нерухоме майно спадкоємцям фізичної особи, оголошеної померлою (строком на п'ять років);

при одержанні повідомлення про смерть одного з подружжя, які за життя склали спільний заповіт подружжя;

при посвідченні спадкового договору;

у всіх інших випадках, передбачених законом.

Таким чином закон передбачає досить широке коло підстав для накладення відповідних заборон. Накладання заборони щодо відчуження нерухомого майна проводиться шляхом вчинення посвідчувального напису на повідомленні банку, підприємства чи організації про видачу позики (кредиту) на будівництво, капітальний ремонт чи купівлю житлового будинку, квартири. Один примірник повідомлення з написом нотаріуса про накладення заборони щодо відчуження майна видається представнику відповідного банку, підприємства чи організації, що видає (ло, ла) позику (кредит), а другий залишається у справах нотаріуса.

Накладання заборони щодо відчуження майна реєструється нотаріусами в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій та реєстрі для реєстрації заборон відчуження нерухомого та рухомого майна, арештів, накладених на майно судами, слідчими органами, і реєстрації зняття таких заборон та арештів. Про накладені заборони щодо відчуження робиться запис в Алфавітній книзі обліку реєстрації заборон відчуження нерухомого та рухомого майна, а також арештів, накладених на таке майно судами, слідчими органами, і реєстрації зняття таких заборон та арештів.

Заборона, як обтяження, обов'язково накладається у випадках передбачених законом: зокрема і посвідчення договору іпотеки, тобто заборона виступає первинним і основним зобов'язанням (під договір кредитування тієї ж іпотеки), а сама іпотека є похідним і має відображатися у реєстрі іпотек. Практика нотаріального посвідчення договорів (зокрема кредитних та іпотечних договорів) виходить з одночасного вчинення та внесення двох обтяжень.

Нотаріус вчиняючи посвідчення договорів кредиту та іпотеки, де факто вчиняє дві реєстраційні дії; накладає заборону та вносить запис про накладення іпотеки на відповідний об'єкт. Саме така практика обґрунтована та обумовлена тим, що заборона вчиняється згідно із вимогами закону про Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», а іпотека оформлюється у відповідному реєстрі відповідно до вимог закону про іпотеку, хоча згідно зі ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», вони є самостійними та незалежними обтяженнями, які можуть вчинятися окремо і незалежно одна від одного. Така, певним чином, «задвоєність» та певне дублювання можна визнати зайвим (практика застосування не визнає надмірним), адже вони переслідують єдину цілісну первинну мету - як найкраще захистити інтереси кредитора та іпотекодержателя.

Автор вважає, що саме виходячи з цих міркувань були внесені відповідні зміни від 05.12.2020 року до закону про державну реєстрацію речових прав та обтяжень .

Зокрема законом передбачено, що у разі порушення боржником основного зобов'язання відповідно до іпотеки іпотекодержатель має право задовольнити забезпечені нею вимоги за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими особами, права чи вимоги яких на передане в іпотеку нерухоме майно зареєстровані після державної реєстрації іпотеки. Якщо пріоритет окремого права чи вимоги на передане в іпотеку нерухоме майно виникає відповідно до закону, таке право чи вимога має пріоритет над вимогою іпотекодержателя лише у разі його/її виникнення та реєстрації до моменту державної реєстрації іпотеки.

Відповідно заборона є нотаріальною дією, яка є абсолютною за своїм характером, накладається згідно закону , оскільки безпосередньо пов'язане з прийняттям нотаріусом відповідного рішення про накладення заборони (є наслідком , як правило, вчинення правочину). Тож і зворотня дія щодо зняття заборони також має вчинятися нотаріусом (якщо природа останнього саме нотаріальна).

Іпотека. Вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном (неподільним об'єктом незавершеного будівництва, майбутнім об'єктом нерухомості), що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання задовольнити свої вимоги за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами такого боржника у порядку, встановленому цим Законом.

Вкрай важливим у цьому випадку те, що іпотека як обтяження вноситься до реєстру на підставі заяви іпотеко держателя і відповідно може і має зніматися також за відповідною заявою іпотеко держателя виключно.

2. Обов'язки щодо припинення іпотеки та зняття заборони у випадку виконання основного зобов'язання, роль та значення приписів законодавства.

За своєю природою заборона та іпотека спрямована на захист законних прав та інтересів кредитора та іпотекодержателя, проте інколи саме ці суб'єкти можуть, і часто використовують, такі обтяження для досягнення своїх власних інтересів які не пов'язані з виконанням зобов'язання за власне іпотекою. Тримати ,наприклад, певний об'єкт під заборonoю (обтяженням), тим самим значно утруднюючи стягнення на нього за будь-якими іншими зобов'язальними відносинами, які можуть виникнути у майбутньому з інших підстав.

Іншими словами, на практиці має місце така недобросовісна поведінка іпотекодавця, яка полягає у наступних діях, коли, наприклад, іпотека сплачена і об'єкт має вивільнитися шляхом скасування записів про заборону та іпотек, чого спеціально не робиться. Не вчиняються відповідні дії на припинення іпотеки.

Зокрема відповідно до частини четвертої ст. 31-2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» державна реєстрація припинення обтяження речових прав у результаті зняття нотаріусом заборони на відчуження нерухомого майна. Відповідно до Закону України «Про нотаріат» проводиться нотаріусом, яким знято відповідну заборону на відчуження нерухомого майна, одночасно з її зняттям.

Слід зазначити, що чинне законодавство щодо застосування обтяжень має досить комплексний системний характер і містить чимало норм, які покликані були б забезпечувати належну поведінку всіх учасників відповідних іпотечних відносин і максимально стримувати від зловживань. Зокрема з точки зору темпоральності таких обтяжень цікавим є зміст ст. 44 - Порядок внесення записів до Державного реєстру - ЗУ «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень».

Зокрема визначено, що записи до Державного реєстру вносяться держателем або реєстраторами Державного реєстру протягом робочого дня, в який подано заяву обтяжувача. Моментом реєстрації обтяження є день, година та хвилина внесення відповідного запису до Державного реєстру, а моментом припинення реєстрації обтяження є день, година та хвилина реєстрації в Державному реєстрі відомостей про припинення обтяження. А далі закон



містить цікаву норму щодо того, що записи (про обтяження) зберігаються в Державному реєстрі протягом п'яти років з моменту їх внесення».

Задля уникнення саме зловживання своїми правами обтяжувача, закон передбачає, що обтяжувач має право в будь-який час подати заяву про припинення обтяження і подальше виключення запису або про продовження строку дії реєстрації на не більш як п'ятирічний строк. Тобто за самим змістом цієї норми, такі обтяження є строковими, що треба визнати розумним та обґрунтованим.

Після припинення обтяження обтяжувач самостійно або на письмову вимогу боржника чи особи, права якої порушено внаслідок наявності запису про обтяження, протягом п'яти днів зобов'язаний подати держателю або реєстратору Державного реєстру заяву про припинення обтяження і подальше вилучення відповідного запису з Державного реєстру. У разі невиконання цього обов'язку обтяжувач несе відповідальність за відшкодування завданих збитків.

Проте зазначена норма стосується виключно рухомого майна і не розповсюджується на об'єкти нерухомості.

3. Судова практика. Судовий захист від неправомірних дій стосовно не вчинення відповідних щодо припинення іпотеки та зняття заборони.

На сьогодні досить поширеною є судова практика щодо зловживання правами іпотекодержателя (як правило банка та/або кредитної установи) щодо не вчинення відповідних (зобов'язальних) дій спрямованих на припинення іпотеки та зняття заборони в силу, як правило, сплати відповідного кредиту – тобто виконання боржником своїх дій за кредитним договором.

Аналогічна правова проблема була предметом розгляду і касаційних судів України. Зокрема, відповідно до постанови Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 19 серпня 2022 року у справі № 263/12775/20 та постанови Великої Палати Верховного Суду від 27 березня 2019 року у справі № 711/4556/16-ц «іпотека має похідний характер від основного зобов'язання і є дійсною до припинення основного зобов'язання або до закінчення строку дії іпотечного договору (частина п'ята статті 3, абзаци другий і сьомий частини першої статті 17 Закону України «Про іпотеку», пункт 1 частини першої і речення друге цієї частини статті 593 ЦК України). Зобов'язання припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом (частина перша статті 598 ЦК України). Однією з таких підстав, встановлених законом, є виконання, проведене належним чином (стаття 599 ЦК України). За належного виконання у повному обсязі забезпеченого іпотекою основного зобов'язання за кредитним договором припиняється як це зобов'язання, так і зобов'язання за договором іпотеки, які є похідними від основного зобов'язання».

У постанові Верховного Суду від 25 травня 2022 року у справі № 570/1657/18 міститься висновок, що «у справі, яка переглядається, суди встановили, що особа виконала зобов'язання за кредитним договором у повному обсязі, що відповідно до вимог закону є підставою для припинення іпотеки та обґрунтовано задовольнили позовні вимоги».

Виходячи з вищезазначеної актуальної судової практики, виконання іпотекодавцем зобов'язання за кредитним договором – основного зобов'язання в повному обсязі є підставою для визнання іпотеки такою, що припинена та виключення з Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна і Державного реєстру іпотек записів щодо обтяження майна, яке є предметом іпотеки. Отже судова практика однозначно захищає у цьому випадку боржника, який належним чином виконав свої зобов'язання за кредитним договором і зазнає негативного впливу щодо подальшого перебування його майна під заборонаю та іпотекою.

Водночас, відповідний припис стосовно іпотекодержателя передбачений і чинним законодавством України. Так, іпотекодержатель зобов'язаний звернутися до державного реєстратора із заявою про державну реєстрацію припинення іпотеки не пізніше 14 днів з дня повного погашення боргу за основним зобов'язанням, забезпеченим іпотекою, в порядку ч. 2

ст. 4 Закону України «Про іпотеку».

Так, чинне законодавство передбачає у ст.17 ЗУ «Про іпотеку» відповідні підстави припинення іпотеки, серед яких визначено таку підставу як і «припинення основного зобов'язання або закінчення строку дії іпотечного договору» - тобто погашення відповідного кредиту та або закінчення і не продовження іпотеки».

Правова проблема полягає у тому, що інший (гіпотетичний) Кредитор іпотекодавця в іншому зобов'язанні, у зв'язку зі зловживанням останнім, що було виражено наявністю в реєстрі інформації про іпотеку, що унеможливило виконання ним іншого зобов'язання, має звертатися з позовною заявою до суду з метою визнання права іпотеки таким, що припинено та виключення з Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна і Державного реєстру іпотек записів щодо обтяження майна, яке є предметом іпотеки (аналогічна правова позиція зазначена в Постанові ВП ВС від 26 січня 2021 року у справі № 522/1528/15-ц).

Підтвердженням наявності підстав для припинення іпотеки та зняття заборони відчуження нерухомого майна за вищезазначеним позовом може і має бути є інформація, надана відповідним банком та /або Фондом гарантування вкладів фізичних осіб та Національним банком України у випадку ліквідації банку на час розгляду відповідної позовної заяви, відповідно до якої відсутні будь-які дані щодо кредитних договорів з іпотекодавцем, що свідчить про відсутність кредитної заборгованості, та інформація, відповідно до якої справа про видачу й оформлення кредитів іпотекодавця була вилучена та знищена у зв'язку із закінченням терміну її зберігання, який становить п'ять років .

Тобто, в такому випадку є факт порушення законного інтересу позивача, як Кредитора, на отримання задоволення своїх вимог за рахунок відповідного майна - (наприклад квартири боржника як сторони виконавчого провадження).

Відповідно ж до ст. 16 ЦК України, охоронюваний законом інтерес є самостійним об'єктом судового захисту.

Таким чином у зазначені ситуації у Кредитора існує необхідність одержати задоволення своїх грошових вимог, як Кредитора у виконавчому провадженні, за рахунок реалізації нерухомого майна Боржника, яке безпідставно перебуває в іпотеці, внаслідок чого внесені відповідні записи до Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна і Державного реєстру іпотек.

Оскільки де факто і де юре у таких ситуаціях відповідної заборгованості Боржника вже не існує, що підтверджується належними документами, іпотека повинна бути припиненою у зв'язку з тим, що вона є похідною, але зазначений факт може встановити лише суд, тому рішення суду буде підставою для визнання відсутнім права іпотеки і про скасування записів з реєстрів.

Отже, суд буде захищати порушений охоронюваний законом інтерес Кредитора, оскільки в цій ситуації Кредитор не може задовольнити свої інтереси у зв'язку з тим, що боржник діє недобросовісно, його місцезнаходження невідоме, а його квартира знаходиться під іпотекою за відсутності жодних даних про наявність заборгованості. Тобто Боржник діє нерозумно і недобросовісно, тому у Кредитора існує необхідність захистити свій законний інтерес у зверненні стягнення на зазначену квартиру, щоб отримати грошові кошти за рахунок цієї квартири.

Другою обставиною, яку має врахувати суд при вирішенні питання про визнання іпотеки припиненою, а також вимоги про зняття заборони відчуження нерухомого майна та виключення відповідних записів з Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна та Державного реєстру іпотек має бути положення ст.47 ЗУ «Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень».

Виходячи з вищезазначеного, існує необхідність заявити позовні вимоги про визнання права іпотеки припиненою, а також вимоги про зняття заборони відчуження нерухомого майна та виключення відповідних записів з Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів

нерухомого майна та Державного реєстру іпотек (аналогічна правова позиція зазначена в постанові Верховного Суду від 18 вересня 2019 року у справі № 695/3790/15-ц).

**Висновки.**

Аналіз правозастосовної практики призводить автора до висновку щодо можливих двох шляхів вирішення проблеми піднятої у статті. По перше це судовий захист порушеного права кредитора шляхом подачі позову про визнання іпотеки припиненою та зняття заборони.

Другим універсальним варіантом мають стати внесення відповідних змін до ст.4 закону про іпотеку щодо імперативності повідомлення учасниками іпотечних відносин стосовно припинення останньої і як наслідок припинення відповідного запису (заборони) щодо відповідного об'єкту, який перебував в іпотеці.

Бажано і доречно доповнити ст.4 вищезазначеного закону про іпотеку нормою щодо відповідальності за факт не повідомлення іпотекоутримувачем відповідних органів, які модерують (обслуговують) реєстри. Зокрема така новація сприятиме відповідальній поведінці відповідних учасників іпотечних відносин.

Автор переконаний, що також доречним було б врахування досвіду регулювання заборон щодо рухомого майна з метою екстраполяції позитивного досвіду на об'єкти нерухомості. Зокрема мова йде про запозичення норми, яка передбачена ч.2.ст.44 ЗУ «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень». А саме мова йде про лімітованість терміну, на який вноситься заборона. Так, вищезазначеним законом передбачено, що Записи зберігаються в Державному реєстрі протягом п'яти років з моменту їх внесення.

Обтяжувач має право в будь-який час подати заяву про припинення обтяження і подальше виключення запису або про продовження строку дії реєстрації на не більш як п'ятирічний строк.

У цьому контексті варто було б, на думку автора, перейняти досвід регулювання обтяжень щоді рухомого майна і передбачити аналогічні норми щодо об'єктів нерухомості. З урахуванням більшої тривалості кредитів під нерухомість, можливо варь було б зазначити термін у десять років і можливість подовження іпотеки на аналогічний строк. Доречним видається і доповнення ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Нормою стосовно того, що «не продовження за письмовою заявкою іпотекоутримувачем іпотеки, остання вважається виконаною (припиненою) і підлягає обов'язковому вилученню з відповідного реєстру» .

Зазначені зміни мають сприяти захисту прав та інтересів відповідних учасників та стабільності самого цивільного обороту.

З іншого боку, аналіз проведений у статті показує на перенасиченні правового поля різноманітними реєстрами і порядками занесення та реєстрації різних обтяжень на нерухоме майно. Шляхом до цього стало створення і подальше перетворення реєстрація обтяжень та заборон в дійсно єдиний зручний універсальний реєстр заборон та обтяжень на нерухоме майно.

Технічне об'єднання в одній оболонці для використання Державного реєстру речових прав та державного реєстру обтяжень рухомого майна має стати дієвим чинником створення простого та ефективного алгоритму внесення та отримання відповідної інформації щодо відповідних заборон та обтяжень.

#### **Посилання:**

1. Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень" [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_0106](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_0106). від 01.07.04 р.
2. ПКМУ від 26.10.11 № 1141 «Про затвердження Порядку ведення Державного реєстру речових прав на нерухоме майно».
3. ПКМУ від 25.12.15 № 1127 «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».
4. Закон України «Про нотаріат» [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_569](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_569).
5. Закон України «Про іпотеку» <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995>.

6. Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_060#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_060#Text) від 18.11.03 р. (набрав чинності з 1.01.04 р., стосується виключно рухомого майна, тобто у заставі де юре які).

7. Наказ Міністра України від 22.02.2012 № 296/5 «Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України». <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995>.

8. [www.nais.gov.ua/registers](http://www.nais.gov.ua/registers)

9. [www.nais.gov.ua/registers](http://www.nais.gov.ua/registers)

10. Єдиний реєстр об'єктів державної власності (Наказ ФДМУ №1535 від 06.08.13 р.)

11. Єдиний реєстр заборон відчуження об'єктів нерухомого майна [www.reestr.gov.ua/](http://www.reestr.gov.ua/)

Статтю було подано	16.11.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	22.11.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	02.12.2022	The article was accepted

УДК 347.9

**ПРИНЦИП *RES JUDICATA* У  
ПРАКТИЦІ ВЕРХОВНОГО СУДУ З  
РОЗГЛЯДУ ГОСПОДАРСЬКИХ  
СПРАВ**

**Костянтин ПІЛЬКОВ**

кандидат юридичних наук, старший  
дослідник, суддя, Велика Палата Верховного  
Суду, старший науковий співробітник

Науково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

<https://orcid.org/0000-0002-8931-0413>

Автор обґрунтовує тезу про те, що на практику Верховного Суду у питанні застосування принципу *res judicata* істотно вплинула автономна доктрина зазначеного принципу, розроблена в практиці Європейського суду з прав людини.

Вплив прецедентного права ЄСПЛ та його автономної доктрини *res judicata* виявився настільки потужним, що фактично замінив національну доктрину *res judicata* та її попередницю – радянську доктрину законної сили судового рішення, які ґрунтувалися суто на конституційних положеннях про обов'язковість судових рішень та національних процесуальних нормах, які обмежують перегляд рішень судами вищої інстанції (внутрішній аспект *res judicata*), а також на процесуальних нормах про преклюзію ідентичного позову та наслідки остаточного рішення для наступних проваджень.

У національному господарському судочинстві *res judicata* розглядається в широкому сенсі, який охоплює внутрішній аспект або позитивний ефект *res judicata*, тобто остаточність судового рішення в судовому процесі, в якому його було винесено, і зовнішній аспект або негативний ефект, тобто вплив на наступні провадження, де має значення преклюзивна дія остаточного рішення, щоб запобігти повторному розгляду справи за

UDC 347.9

***RES JUDICATA* PRINCIPLE IN  
JURISPRUDENCE OF THE  
SUPREME COURT IN  
COMMERCIAL CASES**

**Pilkov, Kostiantyn M.**

Candidate of Law Sciences, Senior Researcher,  
Judge, Grand Chamber of the Supreme Court,  
Senior Researcher

Academician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The author argues that the case-law of the Supreme Court related to application of the principle of *res judicata* is highly influenced by the autonomous doctrine of the said principle developed in the case-law of the European Court of Human Rights.

The influence of the ECtHR case-law and its autonomous doctrine of *res judicata* proved to be so powerful that it actually replaced the domestic doctrine of *res judicata* and its predecessor – soviet doctrine of legal force of court judgments which were based exclusively on constitutional provisions on the binding effect of judgments and domestic procedural rules that limit the review of judgments by higher courts (the internal aspect of *res judicata*) as well as on procedural rules on claim preclusion and issue preclusion effects of a final judgment in subsequent proceedings.

In domestic commercial judicial proceedings, *res judicata* is considered in a broad sense, which covers the internal aspect or positive effect of *res judicata*, i.e. the finality of the judgment in the judicial proceeding in which it was issued, and the external aspect or negative effect, i.e. the impact on subsequent proceedings, where the preclusive effect of the final judgment is sought in order to prevent re-trial of an

ідентичним позовом. Він також охоплює правила про преюдицію.

Стаття розкриває, як інколи Верховний Суд застосовував принципи *res judicata* та правової визначеності, ніби вони є тотожними категоріями, що мало місце під впливом ЄСПЛ, який надавав цим цінностям виняткове значення у своїй прецедентній практиці.

Це, однак, не завадило створенню масиву вітчизняної судової практики, яка давала відповіді на важливі питання практичного застосування принципу *res judicata*.

Стаття виявляє певні протиріччя в практиці вирішення питань, пов'язаних із обсягом преюдиції: у деяких справах Верховний Суд повторював, що вона має стосуватись «чистих» фактів. Однак він також викладав висновки, згідно з якими деякі правові питання, тлумачення правовідносин сторін, також повинні підпадати під дію правил про преюдицію.

Дослідження також виявило суперечливі висновки стосовно абсолютного або відносного характеру правил про преюдицію. В окремих випадках Суд підкреслював, що правило не має винятків і є обов'язковим для судів. Однак у деяких рішеннях Суд дійшов протилежної думки, тобто що преюдиційне значення не є абсолютним і зацікавлена сторона може його подолати шляхом подання доказів. Теоретичні роботи автора з цього питання підштовхнули його до висновку, що висновки Суду про неабсолютний характер преюдиції слід підтримати та розвивати як правильні.

Ключові слова: остаточність судового рішення, преюдиція, питання права, питання факту, правова визначеність

Втілена у принципі *res judicata* цінність остаточності вирішення юридичної суперечки, як визнано науковцями та підтверджується судовою практикою, є настільки високою та необхідною у сучасних правових системах, що розглядається повсюдно як невід'ємний складник інших важливих для існування правової системи цінностей – правової визначеності та верховенства права загалом. У судочинстві України, зокрема й у господарському, врахування цих цінностей вилилося у потужний масив практики, в якій щоправда вони сплелись, іноді були ототожені, а при їх співвіднесенні з конкретними нормами процесуального законодавства відбулось формування іноді суперечливих підходів до розуміння змісту цих категорій. Принцип *res judicata*, як виявилось за роки застосування цієї

identical cause of action. It also encompasses the rules on issue preclusion.

The article reveals that sometimes the Supreme Court applied principles of *res judicata* and legal certainty as if they were the same, which occurred under the influence of the ECtHR affording exceptional importance to these values in its case-law.

This, however, did not prevent the building-up of an array of domestic jurisprudence, which provided answers to important questions of practical application of *res judicata* principle.

The article reveals some contradictions in the practice of solving questions related to the scope of issue preclusion: in some cases the Supreme Court reiterated that it should apply to "pure" facts. However, it also issued opinions according to which some legal questions, i.e. interpretation of legal relations of parties, should fall under the rules of issue preclusion as well.

The study also revealed contradictory opinions regarding absolute or relative character of issue preclusion. In some cases the court emphasized that the rule has no exceptions and is binding on courts. However, in certain judgments the Court came to an opposite opinion, i.e. that the preclusive effect is not absolute and an interested party could overcome it by way of producing evidence. The author's theoretical works on this matter lead him to the conclusion that the Court's opinion on the non-absolute nature of the issue preclusion effect should be supported and further developed as the correct one.

Keywords: finality of judgments, claim preclusion, issue preclusion, question of law, question of fact, legal certainty

категорії у судовій практиці, обріс різними тлумаченнями: він розглядався як тотожний правовій визначеності або як її складник, як синонім остаточності рішення або синонім остаточності вирішення суперечки, як такий, що стосується тільки позову в цілому або вирішених судом окремих питань, або окремих встановлених обставин. Для з'ясування того, як насправді суди застосовують складний і багатоаспектний принцип *res judicata*, точніше, як суд касаційної інстанції, висновки якого у питаннях права є обов'язковими для судів, застосовує цю категорію і орієнтує інші суди у її застосуванні, актуальним є дослідження його практики.

У вітчизняній правничій науці теоретичні основи принципу *res judicata*, проблеми остаточності судового рішення досліджували І. Андронов, О. Братель, Н. Білянська, П. Гуйван, К. Гусаров, В. Терехов. Реалізації принципу *res judicata* у цивільному судочинстві присвячені дослідження Т. Цувіни та Є. Колдова. Значний теоретичний доробок у цій царині має також автор, що буде використано у цьому дослідженні для побудови «теоретичної системи координат», у якій буде проаналізовано практику Верховного Суду.

Загальною метою статті є спроба через наскрізний аналіз практики суду касаційної інстанції у господарській юрисдикції виявити характерні для неї особливості застосування принципу *res judicata* як багатоаспектного правового явища, а також можливі недоліки у цій практиці, та за результатами дослідження запропонувати шляхи їх подолання. Поклавши в основу цього аналізу результати теоретичних досліджень принципу *res judicata*, оприлюднені у більш ранніх працях автора, ми сподіваємось виконати, перш за все, такі завдання: з'ясувати фактори, під впливом яких формується сучасна практика застосування принципу *res judicata* у господарському процесі; визначити коло правил, які охоплені цим принципом; дослідити умови застосування принципу, а також те, чи має він абсолютний характер чи все ж можливі винятки; окремо дослідити важливе питання співвідношення *res judicata* і правил про преюдицію у вітчизняному господарському процесі.

Виклад основного матеріалу. Категорія "*res judicata*", про що ми писали в більш ранніх теоретичних дослідженнях, вживається у сучасній судовій практиці для позначення (1) остаточного рішення, яке може мати значення для встановлення правової певності у правах та обов'язках особи, та (2) принципу, який реалізується у наступному судовому провадженні і втілює наслідки для цього наступного провадження від остаточного судового рішення, прийнятого в іншій справі [42, с. 47–48].

В першому випадку мова йде про остаточність судового рішення в межах провадження, в якому його ухвалено, тобто про позитивну дію *res judicata* або внутрішній ефект цього принципу. У контексті саме цього внутрішнього або позитивного ефекту *res judicata* має значення поняття допустимості втручання у *res judicata* шляхом перегляду рішення.

У другому випадку йдеться про зовнішній аспект дії принципу *res judicata*, який ще називають негативним ефектом, оскільки він втілюється у правилах, які забороняють розгляд по суті ідентичного позову в новому провадженні (або також окремого питання, якщо у правовій системі визнається, що принцип *res judicata* охоплює також правила про преюдицію) з метою переглянути результат вирішення суперечки, втілений у чинному остаточному судовому рішенні.

До вітчизняної правової науки процесуального права категорія *res judicata* традиційно довгий час не належала. К. Гусаров та В. Терехов зауважують, що доктрина *res judicata* не була притаманна також радянській теорії. Натомість була розроблена категорія законної сили судового рішення, яка охоплювала всі властивості акта правосуддя після набрання ним сили (обов'язковість, здатність бути приведеним до виконання, виключність, неоспорюваність, значення результату вирішення суперечки). У підсумку остаточність все ж була наслідком вирішення спору, однак не набувала першочергового значення [2, с. 13]. Як буде далі видно з аналізу судової практики, *res judicata* у двох наведених вище значеннях все ж увійшло в український господарський процес з практикою Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) і зберігає з нею тісний зв'язок.

#### І. Автономна доктрина *res judicata* ЄСПЛ у практиці Верховного Суду

Зайвим буде говорити про величезний вплив, який справляє практика ЄСПЛ на розвиток вітчизняного правопорядку. Варто лише відзначити, що вплив цей особливо відчутний у процесуальних галузях права, а національне судочинство у своїй еволюції завдячує фактору практики ЄСПЛ у справах про захист права на справедливий суд. Сприйняття українським судочинством підходів ЄСПЛ до цінності остаточного судового рішення і допустимих меж втручання у цю цінність – один з істотних проявів цієї еволюції.

ЄСПЛ у тій своїй практиці, де він посилається на принцип *res judicata*, частіше має справу з негативними для заявників наслідками перегляду остаточних судових рішень в межах однієї справи у внутрішніх судових провадженнях, що в певних випадках кваліфікується як порушення гарантованого Конвенцією про захист прав людини та основоположні свобод (Конвенція) права на справедливий суд. Тобто його висновки в більшій мірі стосуються не поваги до принципу *res judicata* у значенні поваги до процесуальних правил, які зумовлюють преклюзивне значення остаточного судового рішення у наступних процесуальних актах, а зосереджені на повазі до остаточності судового рішення в межах того ж провадження, у якому його було прийнято, тобто на необхідності забезпечити остаточність судового рішення. ЄСПЛ, можна сказати, більше занепокоєний тим, які підстави перегляду і який стандарт перегляду застосовують національні суди в межах однієї справи, а також неприпустимістю безпідставного перегляду судового рішення, яке мало б бути остаточним за національним процесуальним законодавством [42, с. 48]. Не маючи прив'язки до жодної з національних процесуальних систем і встановлених у них правил перегляду судових рішень, ЄСПЛ напрацював свою автономну доктрину *res judicata*, засновану на визнанні, з одного боку, цінності остаточного судового рішення як складника індивідуальної правової визначеності, а з іншого – на важливості виправлення фундаментальних помилок у судочинстві, що в окремих випадках виправдовує втручання в остаточне судове рішення.

Саме тому з двох аспектів дії принципу *res judicata*, про які ми зазначили на початку – внутрішнього або позитивного і зовнішнього або негативного, автономна доктрина принципу *res judicata* ЄСПЛ увійшла у вітчизняну практику судочинства спершу на підкріплення остаточності судового рішення в межах провадження, в якому його ухвалено, а також для обґрунтування допустимих меж втручання у нього, тобто саме у внутрішньому аспекті.

Вже Верховний Суд України, спираючись на практику ЄСПЛ (рішення у справах «Пономарьов проти України» [45] та «Рябих проти Росії» [6], «Нелюбін проти Росії» [5]) покликався на доктрину *res judicata*, вказуючи суду касаційної інстанції на допустимі підстави втручання в остаточне судове рішення, а саме для виправлення фундаментальних помилок [9], і з окремим особливим наголосом на справу «Пономарьов проти України», коли вказував на необхідність обґрунтування вагомих підстав для поновлення строку на оскарження рішення, яке набуло значення *res judicata* [10].

Верховний Суд продовжив практику посилення у своїх позиціях стосовно *res judicata* на висновки ЄСПЛ. Попри те, що *res judicata* має достатню нормативну основу у національному процесуальному законодавстві і навіть виводиться в своїй основі з конституційної засади обов'язковості судового рішення, складалося враження, що автономна доктрина ЄСПЛ, заснована на висновках про значення *res judicata* і допустиме втручання у дію цього принципу повністю підміняє доктрину, яка могла б бути заснована на внутрішньому праві. В окремих рішеннях Верховний Суд навіть починав виклад власних мотивів у питанні *res judicata* з аргументу про обов'язковість міжнародних договорів і, як наслідок, обов'язковість практики ЄСПЛ, яка містить висновки стосовно *res judicata* (§ 13 постанови [34], тим самим ще більше віддаляючи *res judicata* від суто внутрішнього процесуального права.

У справі № 914/550/17 початку 2018 року та низці інших справ (загалом близько 635 справ на час написання цієї статті) Верховний Суд прямо вказав, що керується принципом *res judicata*, «базове тлумачення якого вміщено в рішеннях Європейського суду з прав людини від 03.12.2003 у справі «Рябих проти Росії», від 09.11.2004 у справі «Науменко проти



України», від 18.11.2004 у справі «Праведная проти Росії», від 19.02.2009 у справі «Христов проти України», від 03.04.2008 у справі «Пономарьов проти України», в яких цей принцип розуміється як елемент принципу юридичної визначеності, що вимагає поваги до остаточного рішення суду та передбачає, що перегляд остаточного та обов'язкового до виконання рішення суду не може здійснюватись лише з однією метою – домогтись повторного розгляду та винесення нового рішення у справі, а повноваження судів вищого рівня з перегляду (у тому числі касаційного) мають здійснюватись виключно для виправлення судових помилок і недоліків. Відхід від *res judicata* можливий лише тоді, коли цього вимагають відповідні вагомі й непереборні обставини, наявності яких у даній справі скаргником не зазначено й не обгрунтовано» [23]. Тобто, як бачимо, у внутрішньому аспекті *res judicata*, тобто у питанні остаточності рішення в межах провадження, в якому його прийнято, обмеження підстав для втручання в остаточне рішення, зокрема й шляхом касаційного перегляду, Верховний Суд повністю поклався на автономну доктрину *res judicata* ЄСПЛ.

У рідкісних випадках, переважно тоді, коли мова йшла про застосування принципу *res judicata* у вузькому значенні його зовнішнього аспекту, Верховний Суд покладався суто на норми вітчизняного господарського процесуального законодавства, як наприклад у постанові від 13.11.2019 у справі № 914/111/19 [25].

Іноді, коли одним з основних питань, які поставали перед Верховним Судом, було саме питання неможливості повторного розгляду ідентичного позову, тобто застосування принципу *res judicata* у негативному значенні, яке охоплює преклюзивне значення остаточного рішення для майбутніх проваджень між тими ж сторонами, стосовно того ж предмету і з тих самих підстав, Суд у правовому обгрунтуванні рішення обмежувався посиланням на відповідні норми процесуального закону (пункт 2 частини першої статті 175 Господарського процесуального кодексу України (ГПК України) (відмова у відкритті провадження у справі, якщо є таке, що набрало законної сили, рішення чи ухвала суду про закриття провадження у справі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав), пункт 3 частини першої статті 231 ГПК України (закриття провадження у справі, якщо суд встановить обставини, які є підставою для відмови у відкритті провадження у справі відповідно до пункту 2 частини першої статті 175 ГПК України) [29]. Натомість, посиланням на принцип *res judicata*, як його тлумачить ЄСПЛ, в таких випадках обгрутовувалось не застосування наведених вище положень процесуального закону, а лише обмежена роль суду касаційної інстанції у перегляді рішень судів нижчої інстанції (тобто суто внутрішній аспект *res judicata*).

II. Співвідношення *res judicata*, правової визначеності, права на справедливий суд і верховенства права

У справі № 910/23028/17 Велика Палата Верховного Суду відзначила, що «[п]ринцип юридичної визначеності є одним із суттєвих елементів принципу верховенства права. В його основі лежить відоме з римського права положення *res judicata* (лат. «вирішена справа»), відповідно до якого остаточне рішення правомочного суду, яке вступило в силу, є обов'язковим для сторін і не може переглядатися. Іншими словами, цей принцип гарантує остаточність рішень («що вирішено - вирішено і не має переглядатися до безмежності») (§ 6.32 постанови від 19.05.2020) [14]. Цей висновок, який вказує на доволі чітке розуміння судом принципу, зміст якого той виклав у простих і зрозумілих формулюваннях, все ж містить дві важливі деталі, варті уваги. З одного боку, як видно з висновку, у ньому йдеться про принцип юридичної визначеності таким чином, що в його основі лежить *res judicata* як римська максима. Юридична визначеність як принцип тут ніби ототожнюється з принципом *res judicata*, хоча вони не є тотожними категоріями.

Випадки ототожнення принципу правової визначеності та принципу *res judicata* насправді в практиці Верховного Суду непоодинокі (для прикладу § 12 постанови від 19.03.2019 у справі № 18/3022/11 [27]).

Юридична визначеність як поняття більш широке, виходить за межі навіть індивідуальної юридичної визначеності, яку створює остаточне судове рішення у певних правовідносинах, адже юридична визначеність стосується також якості закону, передбачуваності змін у регулюванні, єдності і стабільності практики правозастосування.

Розуміючи це, Верховний Суд з посиланням на Доповідь «Верховенство права», схвалену у 2011 році Венеційською комісією [8] відзначає: «одним з обов'язкових елементів поняття «верховенство права» є юридична визначеність. [...] Принцип юридичної визначеності є істотно важливим для питання довіри до судової системи та верховенства права. Він є істотно важливим також і для плідності бізнесової діяльності, з тим щоб генерувати розвиток та економічний поступ. Аби досягти цієї довіри, держава повинна зробити текст закону (the law) легко доступним. Вона також зобов'язана дотримуватись законів (the laws), які запровадила, і застосовувати їх у передбачуваний спосіб та з логічною послідовністю. Передбачуваність означає, що закон має бути, за можливості, проголошений наперед – до його застосування, та має бути передбачуваним щодо його наслідків: він має бути сформульований з достатньою мірою чіткості, аби особа мала можливість скерувати свою поведінку. Юридична визначеність вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишались передбачуваними. Зворотна дія [юридичних норм] також суперечить принципів юридичної визначеності, принаймні у кримінальному праві (ст. 7 ЄКПЛ), позаяк суб'єкти права повинні знати наслідки своєї поведінки; але це також стосується і цивільного та адміністративного права – тієї мірою, що негативно впливає на права та законні інтереси [особи]. На додаток, юридична визначеність вимагає дотримання принципу *res judicata*. Остаточні рішення судів національної системи не повинні бути предметом оскарження. Юридична визначеність також вимагає, щоб остаточні рішення судів були виконані. У приватних спорах виконання остаточних судових рішень може потребувати допомоги з боку державних органів, аби уникнути будь-якого ризику «приватного правосуддя», що є несумісним з верховенством права. Системи, де існує можливість скасовувати остаточні рішення, не базуючись при цьому на безспірних підставах публічного інтересу, та які допускають невизначеність у часі, несумісні з принципом юридичної визначеності» [33]. Як бачимо, *res judicata* у цьому переліку складників принципу правової визначеності посідає місце одного з них, однак не вичерпує собою весь принцип.

В цілому ж Велика Палата дотримується традиційного, сформованого під впливом висновків ЄСПЛ, погляду на співвідношення метапринципу верховенства права і принципів правової визначеності та власне *res judicata*: «Одним з основоположних аспектів верховенства права є принцип правової визначеності, яка передбачає дотримання принципу *res judicata*, тобто принципу остаточності рішення...» (§6.34 постанови від 08.10.2019 у справі № 920/447/18) [12]. У цій справі Велика Палата, висновуючи, що згідно з принципом *res judicata* жодна із сторін не має права домагатися перегляду остаточного і обов'язкового рішення лише з метою повторного слухання справи і постановлення нового рішення, а відхід від цього принципу можливий лише коли він зумовлений особливими і непереборними обставинами, тому не можна допускати перегляд, який замаскованою апеляцією (традиційні для рішень ЄСПЛ формулювання), фактично підтвердила, що Верховний Суд розглядає касаційний перегляд як втручання у принцип *res judicata*, виправдати яке можливо, якщо тільки це необхідно «за обставин суттєвого та неспростовного характеру». Такий доволі високий стандарт касаційного перегляду має орієнтувати суд на необхідність наводити вагомі доводи у тих випадках, коли касаційна інстанція скасовує чи змінює остаточні рішення судів попередніх інстанцій.

Щоправда, в іншій справі, скасовуючи власне рішення за нововиявленими обставинами і скасовуючи рішення судів нижчих інстанцій у справі зі спрямуванням справи на новий розгляд, Велика Палата обґрунтувала своє рішення серед іншого тим, що «відхилення доводів на користь перегляду рішення за екстраординарною процедурою суперечитиме принципу «*res judicata*» як однієї з найважливіших засад гарантування державою реалізації

права людини на справедливий суд» (§ 5.56 постанови від 03.08.2022 у справі № 910/11027/18) [11]. Поряд з тим, що Велика Палата підкреслила місце принципу серед засад гарантування реалізації права людини на справедливий суд, з чим можна погодитись, вона не виправдано розширила межі цього принципу. Адже *res judicata* обмежує перегляд і стосується остаточності судового рішення, а прийняття доводів на користь перегляду має становити обґрунтований відхід від цього принципу, винятковий випадок втручання в остаточність. Іншими словами, відхилення доводів на користь перегляду не може суперечити принципу *res judicata*, скоріше навпаки – формальне і суворе дотримання принципу *res judicata* і безпідставне відхилення доводів на користь екстраординарного перегляду у тих випадках, коли він виправданий, порушуватиме право на справедливий суд, однак у зовсім іншому, протилежному від остаточності судового рішення і *res judicata* аспекті.

ІІІ. Внутрішній аспект *res judicata*: остаточність рішення в межах справи, у якій його ухвалено, та допустимі межі втручання

Остаточність рішення в межах того провадження, в якому його було ухвалено, та недопустимість безпідставного втручання шляхом перегляду такого рішення, як найбільш болюча проблема, що знаходилась у фокусі уваги ЄСПЛ і сформувала ядро його автономної доктрини *res judicata*, стали також предметом особливої уваги у національному судочинстві настільки, що й у ньому принцип *res judicata* часто ототожнювався саме з цим аспектом остаточності. Так, у 2019 році об'єднана палата Касаційного господарського суду також ототожнила принцип *res judicata* та принцип остаточності судового рішення, наголошуючи на остаточності судового рішення в межах того провадження, в якому його було ухвалено [16].

### 3.1. Винятковий характер втручання у *res judicata*

Варто відзначити, що у більшості випадків, коли Верховний Суд покладався на автономну доктрину *res judicata* ЄСПЛ, він це робив для додаткового обґрунтування свого обмеженого втручання у рішення, стосовно яких сторона ініціювала касаційний перегляд. Величезний масив судових рішень касаційної інстанції містить формулювання, покликані пояснити винятковий характер касаційного перегляду: «Одним з основоположних аспектів верховенства права є принцип юридичної визначеності (рішення у справі «Брумареску проти Румунії»). Юридична визначеність передбачає дотримання принципу *res judicata*, тобто принципу остаточності рішень. Цей принцип наголошує, що жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного і обов'язкового рішення лише з метою повторного розгляду справи та її нового вирішення. Повноваження судів вищих інстанцій щодо перегляду мають здійснюватись для виправлення судових помилок та недоліків правосуддя, але не для здійснення нового судового розгляду. Перегляд не повинен розглядатись як прихований засіб оскарження, а сама можливість існування двох точок зору на один предмет не є підставою для повторного розгляду. Відступ від цього принципу може бути виправданим лише коли він обумовлений особливими та непереборними обставинами (рішення у справі «Рябих проти Росії», пункти 51 і 52)» [27].

### 3.2. Умови застосування принципу

Раніше у цій статті в контексті розмежування правової визначеності і *res judicata* ми вже звертались до висновку Великої Палати Верховного Суду про те, що «[п]ринцип юридичної визначеності є одним із суттєвих елементів принципу верховенства права. В його основі лежить відоме з римського права положення *res judicata* (лат. «вирішена справа»), відповідно до якого остаточне рішення правомочного суду, яке вступило в силу, є обов'язковим для сторін і не може переглядатися. Іншими словами, цей принцип гарантує остаточність рішень («що вирішено - вирішено і не має переглядатися до безмежності») (§ 6.32 постанови від 19.05.2020) [14]. Однак цей висновок важливіший у двох інших деталях, адже у висновку йдеться про те, що принцип стосується остаточного рішення правомочного суду, яке вступило в силу, що охоплює умови, за яких принцип підлягає застосуванню у своєму внутрішньому аспекті, за якого судові рішення має бути захищене від безпідставного втручання шляхом перегляду в межах того процесу, в якому його було ухвалено.

По-перше, йдеться про остаточне рішення, яке вступило в силу. Таке формулювання не є тавтологією, як може здатися, якщо ототожнювати остаточність і законну силу рішення. У більш ранніх дослідженнях ми вже вказували на співвідношення цих понять у доктрині *res judicata* континентальної традиції, де можна виділити принаймні три послідовні аспекти: судові рішення, яким суд вирішив певне питання остаточного (англ. *conclusive*) у значенні, що саме цей суд не має до нього повертатись, набуває значення *res judicata* (фр. *autorité de la chose jugée*). Якщо засоби ординарного, як правило, апеляційного, перегляду вичерпані або недосяжні, це рішення набуває процесуального характеру остаточного, тобто має вже процесуальну «силу» *res judicata* (фр. *force de la chose jugée*). Ці два аспекти все ще стосуються в цілому позитивного аспекту дії *res judicata* в межах того ж процесу, в якому рішення було прийнято. Третій аспект стосується впливу судового рішення на наступні судові провадження – це негативний аспект *res judicata*. [43, с. 236].

Також, що найважливіше, у висновку йдеться про рішення правомочного суду. Попри абсолютний характер дії принципу *res judicata* в Україні, що відповідає загальноєвропейському підходу, в частині недопустимості перегляду остаточного рішення суду в цілому та результатів розгляду справи в іншому провадженні, тобто відсутність дискреції суду у питанні застосування принципу, сам принцип, дійсно, вимагає, аби суд, який прийняв рішення, був правомочним судом, щоб його рішення мало значення *res judicata* і преюльзивний ефект у наступних провадженнях.

Тому пропри те, що питання правомочності суду як необхідної умови для застосування принципу *res judicata* не було предметом окремого питання права, яке б Великій Палаті належало вирішити цій справі, все ж таке тлумачення принципу вказує на доктринально правильний ухил, у якому діяла Велика Палата, а це вселяє надію, що у випадку, коли питання виникне як таке, що потребує окремого висновку, майбутній висновок не суперечитиме цій основі, яка закладається.

Тепер, якщо пам'ятати наведене вище розмежування остаточності і законної сили або значення *res judicata* і сили *res judicata* у континентальній правовій традиції, то органічно сприймається висновок у справі № 910/10616/17, де Верховний Суд вказав на те, що принцип *res judicata* зневажається також тим, що апеляційний суд без конкретних висновків про помилки в ухваленні судом першої інстанції рішення скасовує його, при тому, що у цій справі мова йшла не про кінцеве рішення у справі, яким би суд першої інстанції вирішував справу по суті [24]. Додатковим аргументом слугувало посилення на рішення у справі «Суляжчик проти Росії» [7], де, як протлумачив Верховний Суд, ЄСПЛ зробив висновок про те, що не може бути скасоване правильне по суті судові рішення та не може бути відступлено від принципу правової визначеності лише з підстав порушення правил юрисдикції та задля правового пуризму, судові рішення може бути скасоване лише з метою виправлення істотної судової помилки.

З цієї логічної моделі дещо вибивається справа № 923/196/20, у якій Велика Палата в одному висновку сукупно визнала необґрунтованими доводи відповідача про те, що «принцип *res judicata* не стосується постанови суду касаційної інстанції про направлення справи на новий розгляд, і що висновки про застосування норм права, викладені у такій постанові, не є обов'язковими для застосування судами. Велика Палата Верховного Суду зауважила, що суд касаційної інстанції повноважний у постановках формулювати такі висновки. Усі постанови цього суду є остаточними безвідносно до того, чи суд направив справу на новий розгляд, чи ні» (§ 53 постанови від 20.07.2022) [15]. Оскільки у цій справі увага Великої Палати була зосереджена саме на питанні про обов'язковість висновків про застосування норм права у постановках суду касаційної інстанції, якими той скеровує справу на новий розгляд, то можна вважати, що значною мірою саме з протилежними аргументами сторони у цьому питанні Велика Палата не погодилась. Висновок про те, що принцип *res judicata* стосується такої постанови суду касаційної інстанції, вочевидь, зроблений *per incuriam*, тобто без особливої уваги до цієї частини питання, тому не можна вважати його таким, на який варто спиратись у розумінні позиції суду.

### 3.3. Строк перегляду остаточного рішення

З посиланням на § 41 рішення ЄСПЛ у справі «Пономарьов проти України» Верховний Суд застосовував принцип *res judicata*, обґрунтовуючи встановлення обмежень строком у праві ініціювати перегляд остаточного рішення: «У кожній справі національні суди мають перевіряти, чи підстави для поновлення строків для оскарження виправдовують втручання у принцип *res judicata* (принцип юридичної визначеності), коли національне законодавство не обмежує дискреційні повноваження судів ні у часі, ні в підставах для поновлення строків» [38]. В окремих випадках і також з посиланням на практику ЄСПЛ, Верховний Суд пояснював, що робиться це, щоб забезпечити, наскільки це можливо, справедливу рівновагу між інтересами відповідної особи та необхідністю підтримання ефективності системи судочинства, посилаючись, *mutatis mutandis*, на справи «Нікітін проти Росії» та «Савінський проти України» (§ 19 постанови від 03.07.2018 у справі № 3/9) [18].

У великій кількості справ господарської юрисдикції Верховний Суд з посиланням на принцип *res judicata* та висновки ЄСПЛ у справах «Брумареску проти Румунії» [1] та «Рябих проти Росії» обґрунтовував легітимність обмежень у допуску до можливості ініціювати перегляд давніх судових рішень.

При цьому, коли мова йде про встановлені законом обмеження на втручання шляхом поновлення строку на апеляційне оскарження у рішення судів, які набрали законної сили, часто мають місце посилання на принцип *res judicata* безвідносно до того, йде мова про оскарження саме остаточного рішення суду у справі, якою цю справу вирішено по суті, або ж про оскарження проміжного процесуального рішення, яке однак набрало законної сили, як у справі № 922/2958/16 [32]. Тобто, як можна зрозуміти, автономна доктрина *res judicata* ЄСПЛ у цьому випадку «витіснила» навіть традиційну доктрину законної сили судового рішення, яка як раз застосовувалась безвідносно до того, чи є рішення остаточним.

У багатьох своїх рішеннях Верховний Суд посилався на принцип *res judicata*, а також відповідні рішення ЄСПЛ, як на додатковий аргумент, залишаючи без змін судові рішення, у яких суди відмовлялись ініціювати ординарний чи екстраординарний перегляд остаточних рішень у справі з мотивів пропуску строку. Так, наприклад, у справі № 910/9927/13 Суд дійшов висновку, що сплиव трирічний строк, в межах якого можливим був перегляд рішення за нововиявленими обставинами, який Суд визначив як присічний [26]. Тобто попри те, що відмова судів здійснити перегляд за нововиявленими обставинами мала основу у національному процесуальному законі (пунктом 1 частини 2 статті 321 ГПК України), Суд для обґрунтування жорсткого підходу законодавця поклався додатково також на автономну доктрину *res judicata* у рішеннях ЄСПЛ.

### 3.4. *Res judicata* і наслідки визнання застосованого закону неконституційним

Верховний Суд у декількох справах розглянув питання впливу на *res judicata* рішення Конституційного Суду України про визнання неконституційним правового акта, з огляду на те, що пунктом 1 частини третьої статті 320 ГПК України визначено, що встановлена Конституційним Судом України, зокрема, неконституційність закону чи його окремих положень є підставою для перегляду судового рішення у зв'язку з виключними обставинами у тому разі, якщо це судове рішення набрало законної сили, однак ще не виконане.

У цьому аспекті застосування принципу *res judicata*, точніше визначення допустимих підстав втручання у нього, Верховний Суд також покладався на висновки ЄСПЛ, відзначаючи, що принцип правової визначеності, який невід'ємно притаманний праву Конвенції, на чому неодноразово наголошував ЄСПЛ у своїх рішеннях (зокрема у § 58 рішення у справі «Маркс проти Бельгії» [4]), дозволяє не вдаватися до перегляду судових рішень, які мали місце до прийняття рішення ЄСПЛ як рішення прецедентного або загального характеру, яке формує певну правову позицію: «До таких рішень загального характеру належать і рішення конституційних судів. При цьому, як визнає ЄСПЛ, публічне право окремих країн обмежує можливість прийняття конституційними судами рішень, які мають зворотну дію у часі (див. § 58 рішення у справі «Маркс проти Бельгії»). Дія принципу *res judicata* передбачає встановлення у відносинах між сторонами спору, вирішеного

остаточним і обов'язковим для сторін судовим рішенням, стану правової визначеності. Вирішуючи господарський спір, суд застосовує правовий акт, а у випадку, якщо доходить висновку, що правовий акт суперечить Конституції України, не застосовує його з дотриманням порядку, встановленого частиною шостою статті 11 ГПК України, і, вирішивши таким чином спір, встановлює стан правової визначеності у відносинах між сторонами. За судовим рішенням, яке не потребує виконання, такий стан і наслідки, передбачені судовим рішенням, встановлюються одразу з набранням рішенням сили. Разом з тим, відповідно до статті 1 Закону України «Про виконавче провадження» виконавче провадження є завершальною стадією судового провадження і примусового виконання зокрема судових рішень. Наслідки, передбачені судовим рішенням, яке потребує виконання, остаточно настають після виконання цього судового рішення. Саме з виконанням судового рішення реально поновлюються права особи, яка зверталась з відповідним позовом до суду, і яка за наслідками виконання цього судового рішення отримує визначеність у правовому статусі, на який може покладатись, реалізуючи свої права та обов'язки» (§§ 9.4, 9.8 постанови від 29.10.2019 у справі № 922/1391/18 [37]). У цьому висновку Верховний Суд не тільки вже звично покладався на автономну доктрину *res judicata* ЄСПЛ, а й провів аналогію між впливом рішень ЄСПЛ на правову визначеність заявника і остаточної рішень у внутрішніх судових провадженнях з впливом рішень конституційних судів на остаточної судових рішень.

IV. Зовнішній аспект остаточної: вплив остаточної рішення на наступні судові провадження

Закономірно, що Верховний Суд напрацював також практику застосування принципу *res judicata* у справах, де мала значення зовнішня дія остаточної, так званий негативний або преклюзивний ефект *res judicata*, тобто остаточної вирішення судовим рішенням суперечки і неможливість ініціювати нове провадження з метою домогтися у ньому перегляду результатів вирішення суперечки.

Вже з посиланням на рішення ЄСПЛ у справі «Кехайя та інші проти Болгарії» [3] Верховний Суд у 2018 році відзначав, що «принцип, згідно з яким остаточної рішення є *res judicata* ("вирішена справа") і вирішує спір між сторонами остаточно, є основоположним елементом права на справедливий судовий розгляд, гарантованого статтею 6 Конвенції». У цій справі, за висновком Верховного Суду, ЄСПЛ встановив, що повторне вирішення одного й того ж питання, яке вже було вирішено судом в іншій судовій справі, є порушенням принципу *res judicata* та принципу правової визначеності та, відповідно, права на справедливий суд [22].

Варто відзначити, що у цій справі Верховний Суд визнав таким, що суперечить принципу *res judicata* прийняття судом апеляційної інстанції рішення з висновком, протилежним від висновку суду касаційної інстанції в іншій, більш ранній, справі стосовно існування у сторони певного права. Однак з тексту постанови не випливає, що мова йде про прийняття протилежного рішення стосовно ідентичної вимоги, а також те, що про існування остаточної рішення заявляла сторона. Тобто суд окремо не звертався до вирішення двох важливих питань: 1. Чи слід розглядати принцип *res judicata* як такий, що встановлює заборону на розгляд ідентичного позову у вузькому значенні, тобто із застосуванням трискладового тесту (ідентичні сторони, вимоги та підстави), що властиво для континентальної традиції, або ж він також стосується неможливості перегляду окремих питань (англ. *issues*), що властиве розумінню *res judicata* у системах загального права? 2. Чи є дотримання принципу *res judicata* питанням публічного порядку, що виправдовує самостійне звернення суду до нього, навіть якщо сторона не заявляла про існування остаточної рішення або не зробила відповідної заяви у суді, де здійснюється розгляд справи по суті?

До вирішення першого з двох означених вище важливих питань Верховний Суд наблизився у 2021 році у своєму висновку про неприпустимість після рішення, яке набуло значення *res judicata*, ініціювання нового процесу з формально іншими вимогами, однак такого, у якому окремо вирішуватиметься частина правових питань, які мали бути вирішені і,

презюмується, бути вирішені у вже розглянутій справі: «правова визначеність передбачає дотримання принципу *res judicata*, тобто принципу остаточності рішення, недопустимості повторного розгляду вже вирішеної справи. Жодна сторона не має права домагатися перегляду кінцевого й обов'язкового рішення тільки з метою проведення нового слухання та вирішення справи (рішення ЄСПЛ від 09 листопада 2004 року у справі «Світлана Науменко проти України» (*Svetlana Naumenko v. Ukraine*), заява № 41984/98, §53). Тому задоволення позову про визнання поруки припиненою в одній справі не є ані підставою перегляду судового рішення в іншій справі за нововиявленими обставинами (ч. 2 ст. 423 ЦПК), ані підставою визнання виконавчого документа таким, що не підлягає виконанню (ч. 2 ст. 432 ЦПК)» (§ 44 постанови від 07.04.2021 у справі № 924/199/20) [21].

#### 4.1. Трискладовий тест ідентичності проваджень

Справа № 914/111/19 варта уваги, як приклад, що ілюструє, наскільки чітко Верховний Суд дивиться на три основні умови дії принципу *res judicata* у наступних провадженнях (тотожність сторін, предмету і підстав позову) і що Суд не вважає іншим суб'єктивним складом: «зменшення кількості учасників у цьому спорі не свідчить про нетотожність позовів, оскільки навіть у разі зменшення кількості відповідачів суд не вправі переглядати ті висновки, які зроблені судами у попередніх справах щодо тих осіб, які брали в них участь. За таких умов зменшення складу відповідачів не свідчить про подання нового позову (не свідчить про виникнення у суду права наново розглянути обставини, які вже встановлені попередніми рішеннями)» (§ 5.2.8 постанови від 13.11.2019) [25].

У цій справі Верховний Суд також вказав, що «посилання [...] на те, що правовою підставою позову у цій справі є інша норма матеріального права» не становить нову підставу позову, оскільки позивач, зазначаючи як підставу позову іншу норму матеріального права, в її обґрунтування фактично посилається на ті ж самі обставини [...]. Посилаючись на зазначені обставини, позивач у цій справі лише доповнює їх новими доводами, які за своєю суттю не є новими підставами позову та направлені на використання процесуального механізму перегляду рішення суду, яке набрало законної сили» (§ 5.2.9 постанови). Не становлять інших підстав позову також нові докази: «Щодо подання позивачем нових доказів у цій справі за відсутності зміни підстав позову, не може бути кваліфіковано судом інакше як намаганням переглянути рішення, яке набуло законної сили, за допомогою додатково поданих доказів. Такі нові докази не можуть свідчити про нові підстави позову, оскільки обставини спору, на які посилався позивач у першому позові, залишилися незмінними [...], і подання нових доказів після набуття рішенням суду законної сили не повинне тягнути перегляд цього рішення. Зокрема, принцип змагальності, правила подання суду доказів і відповідні процесуальні обмеження спрямовані саме на те, щоб забезпечити правову визначеність щодо наслідків певних процесуальних дій, в тому числі дій з подання доказів у строки і в порядку, визначених процесуальним законом. Тому, в силу принципу *res judicata* відшукання стороною, яка програла судовий спір, нового доказу після набуття рішенням законної сили, не повинне тягнути перегляд такого рішення» (§ 5.2.10 постанови) [25].

#### 4.2. Абсолютний характер *res judicata*

У справі № 910/20412/15 у 2019 році Верховний Суд з посиланням на практику ЄСПЛ, яка стосується остаточності рішення в межах провадження, у якому його було ухвалено (внутрішній аспект *res judicata*), навів звичну формулу про те, що «[в]ідхід від *res judicata* можливий лише тоді, коли цього вимагають відповідні вагомі й непереборні обставини» (§ 5.2.3 постанови) [20]. Попри те, що у цій справі суд застосував принцип і залишив без змін судові рішення про припинення провадження через існування чинного остаточного рішення стосовно тих же вимог з тих же підстав у спорі між тими ж сторонами, однак, перенісши формули про допустимий відхід від *res judicata* з внутрішнього аспекту (допустимість перегляду остаточного рішення в межах провадження, в якому його було ухвалено) на зовнішній, суд непрямо вказав на можливість існування винятків з абсолютного характеру *res judicata* у наступних судових провадженнях.

## V. Зв'язок *res judicata* з правилами про преюдицію

У своїх висновках про застосування правил про преюдицію Верховний Суд часто покладался лише на тлумачення норм національного процесуального законодавства, не намагаючись вивести їх з автономної доктрини *res judicata*, як вона сформульована у рішеннях ЄСПЛ. Хіба що у справі № 917/1335/18 2020 року він з посиланням на практику ЄСПЛ стосовно *res judicata* все ж вивів тезу про те, що «[к]оли рішення суду стало остаточним, воно не може бути піддано сумніву будь-яким іншим рішенням суду» і далі застосував встановлені у процесуальному законі правила про преюдицію (частина четверта статті 75 ГПК України) [35].

В іншій справі Суд був більш прямолінійний, вказуючи на співвідношення *res judicata* і преюдиції (§§ 8.11, 8.12 постанови від 04.03.2020 у справі № 910/2605/19): «Як наголошує Європейський суд з прав людини, зокрема у справі "Христов проти України" (Заява № 24465/04), принцип юридичної визначеності вимагає поваги до принципу *res judicata* (див. там же, пункт 62), тобто поваги до остаточного рішення суду. За цим принципом жодна сторона не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового до виконання рішення суду лише з однією метою – домогтися повторного розгляду та винесення нового рішення у справі. [...] Отже перегляд оскаржуваних судових рішень не повинен переходити в спробу скаржника домогтися їх перегляду тільки через те, що він дотримується іншої думки щодо фактів спірних правовідносин. Подібний правовий висновок викладений у постанові Верховного Суду від 07.08.2018 у справі 916/1283/17» [19].

В цій та деяких інших справах Верховний Суд, як можна побачити, звертався до практики ЄСПЛ для підкреслення значення правової визначеності, а не у спробі знайти там окремі позиції про преюдицію в межах автономної доктрини *res judicata*. Іноді Верховний Суд, щоправда розглядаючи справи цивільної юрисдикції, навіть вказував на те, що помилковим є ототожнення преюдиціальності і *res judicata* [40].

Відсутність у практиці ЄСПЛ конкретних висновків, які б дозволяли обґрунтувати окрему доктрину преюдиції, пояснюється тим, що практика ЄСПЛ, особливо усталена, втілює європейський консенсус стосовно певних цінностей. *Res judicata* в сенсі остаточності судового рішення в цілому та остаточності вирішення суперечки такою визнаною цінністю є. Натомість, правила про преюдицію діють далеко не у всіх європейських юрисдикціях континентальної традиції, а у багатьох вони розглядаються окремо від *res judicata*, чому було присвячено спеціальне порівняльно-правове дослідження [43, с. 239]. Україна тут є, скоріше, винятком, що стоїть ближче до процесуальних моделей правових систем загального права. Однак у них погляд на обсяг преюдиції ширший за той, що закладений у процесуальному законодавстві України.

### 5.1. Обсяг преюдиції

У Верховному Суді у розгляді господарських справ склались дещо різні позиції в тому, яким є обсяг преюдиції: чи вона охоплює лише «чисті» факти (без їх правової кваліфікації), як це має місце в тих континентальних юрисдикціях, які взагалі визнають преюдицію, чи ж може охоплювати юридичні факти або висновки про правовідносини, що є близьким доктрині преюдиції у системах загального права, де вона стосується не тільки суто фактів, а окремих питань (англ. *issues*), що є більш складним феноменом, який поєднує як висновки у питаннях факту, так і їх юридичного значення [44, с. 111].

#### 5.1.1. Вузкий обсяг преюдиції: «чисті» факти

Прикладом першого підходу є органічно викладена позиція Верховного Суду у справі № 910/17359/18 2020 року (§§ 58–60 постанови) з посиланням на висновки у більш ранній постанові від 23.05.2018 у справі №910/9823/17: «Законодавчі вимоги щодо застосування преюдиції у господарському процесі передбачені частиною 4 статті 75 Господарського процесуального кодексу України, згідно з якою обставини, встановлені рішенням суду в господарській, цивільній або адміністративній справі, що набрало законної сили, не доказуються при розгляді іншої справи, у якій беруть участь ті самі особи або особа, стосовно якої встановлено ці обставини, якщо інше не встановлено законом.



Преюдиціальність – обов'язковість фактів, установлених судовим рішенням, що набуло законної сили, в одній справі для суду при розгляді інших справ. Преюдиціально встановлені факти не підлягають доказуванню, адже їх істину вже встановлено у рішенні чи вирокі, і немає необхідності встановлювати їх знову, тобто піддавати сумніву істинність і стабільність судового акта, який вступив в законну силу. Суть преюдиції полягає в неприпустимості повторного розгляду судом одного й того ж питання між тими ж сторонами. [...] Преюдиціальне значення процесуальним законом надається саме обставинам, встановленим судовими рішеннями (в тому числі в їх мотивувальних частинах), а не правовій оцінці таких обставин, здійсненій іншим судом» [28]. Хіба що теза про те, що суть преюдиції полягає в неприпустимості повторного розгляду судом одного й того ж питання між тими ж сторонами чисто синтаксично ближча розширеному тлумаченню преюдиції, яка б охоплювала не «чисті» факти, а саме питання (issues) як юридичні факти з їх значенням.

В інших справах Верховний Суд також з посиланням на правову позицію Великої Палати Верховного Суду у постанові від 03.07.2018 у справі № 917/1345/17 послідовно відзначав: «преюдиційне значення процесуальним законом надається саме обставинам, встановленим судовими рішеннями, а не правовій оцінці таких обставин, здійсненій іншим судом. Відповідно до приписів частини сьомої статті 75 ГПК України правова оцінка, надана судом певному факту при розгляді іншої справи, не є обов'язковою для господарського суду» [30].

#### 5.1.2. Широке трактування преюдиції

Дещо відмінне від попереднього і ширше за обсягом, однак внутрішньо несуперечливе тлумачення правил про преюдицію Верховний Суд дав у справі № 910/6768/18, де у постанові 2019 року так само вказав, що «[с]уть преюдиції полягає в неприпустимості повторного розгляду судом одного й того ж питання між тими ж сторонами», однак додав, що однією із цілей частини 4 статті 75 ГПК України «законодавець визначив, у тому числі, уникнення можливості різних висновків і тлумачень щодо наявних між сторонами обставин і правовідносин, що не відповідатиме принципу юридичної визначеності» [17]. Такий висновок про те, що правила про преюдицію стосується не тільки «чистих» фактів, а й «тлумачень» щодо правовідносин, звичайно вимагав не вдаватися до аналізу норми частини сьомої статті 75 ГПК України («Правова оцінка, надана судом певному факту при розгляді іншої справи, не є обов'язковою для господарського суду»), яка у цій постанові згадана не була.

#### 5.2. Умови застосування правила про преюдицію

Верховний Суд не зіштовхувався з особливими труднощами у визначенні тих умов преюдиції, які стосувались суб'єктного складу проваджень: «Не потребують доказування преюдиціальні обставини, тобто встановлені рішенням суду у господарській, цивільній або адміністративній справі, що набрало законної сили, – при розгляді інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини. При цьому не має значення, в якому саме процесуальному статусі виступали відповідні особи у таких інших справах – позивачів, відповідачів, третіх осіб тощо» (§ 60 постанови від 20.02.2020 у справі № 910/17359/18) [28]. Стосовно питань, які можуть виникати при участі у наступних провадженнях правонаступників або осіб, які були бенефіціарами або іншим чином пов'язаними інтересом зі стороною більш раннього провадження, що є визнаною проблемою в багатьох правових системах з більш розвиненою доктриною *res judicata*, ґрунтовних висновків суду касаційної інстанції поки що не маємо.

Значно більша увага Верховного Суду у багатьох справах була прикута проблемі того, як визначити коло обставин, які можуть бути кваліфіковані як дійсно встановлені у більш ранньому судовому рішенні. У великій кількості справ Верховний Суд викладав вже давно усталену формулу: «Преюдицію утворюють виключно лише ті обставини, які безпосередньо досліджувалися і встановлювалися судом, що знайшло відображення в мотивувальній частині судового акта. Лише згадувані, але такі, що не одержали оцінку суду, обставини не

можуть розглядатися як встановлені судом і не набувають властивості преюдиціальності» [31].

Критерій безпосереднього дослідження обставин, згаданий у цій та багатьох інших постановках, автор критикував як недостатньо конкретний. Вважаючи, що встановленню і оцінці у справі підлягають ті обставини, які належать до предмету доведення, саме цей критерій – належність до предмету доведення – автор пропонував на заміну абстрактній «безпосередності» як більш конкретний і такий, що відповідає практиці у правових системах з розвиненою доктриною преюдиції [44, с. 112]. До останнього часу цей критерій у практиці не знаходив закріплення. Верховний Суд навіть висловлювався, що «[н]емає винятків стосовно преюдиціальності фактів, що не входили до предмета доказування в раніше розглянутій справі. Якщо суд помилково включив факт у предмет доказування, це не позбавляє його властивостей преюдиціального факту в розгляді іншої справи. Преюдицію утворюють виключно лише ті обставини, які безпосередньо досліджувалися і встановлювалися судом, що знайшло відображення в мотивувальній частині судового акта. Лише згадувані, але такі, що не одержали оцінку суду обставини не можуть розглядатися як встановлені судом і не набувають властивості преюдиціальності» [35]. Однак нещодавно Велика Палата Верховного Суду підтримала пропонований підхід, вказавши: «Преюдицію утворюють лише обставини, які належали до предмета доказування у відповідній справі, безпосередньо досліджувались і встановлювались у ній судом, що знайшло своє відображення у мотивувальній частині судового рішення» (§ 9.7 постанови Великої Палати Верховного суду від 16.11.2022 у справі № 910/6355/20) [13].

Врешті, ще одна умова преюдиціальності – набрання законної сили судовим рішенням, яким встановлені певні обставини, також особливих практичних проблем не породжувала. В контексті преюдиціальності обставин, встановлених в іноземному судовому рішенні, щоправда, це потребувало уточнення, що в Україні законна сила такого рішення пов'язана з його визнанням: «обставини, встановлені рішенням іноземного суду, яке набрало законної сили, у разі його визнання в Україні, можуть мати преюдиціальне значення при розгляді іншої справи, у якій беруть участь ті самі особи або особа, стосовно якої встановлено ці обставини, якщо інше не встановлено законом чи міжнародним договором» (§ 5.62 постанови від 29.06.2021 у справі № 910/11287/16) [36].

### 5.3. Неабсолютний характер преюдиції

Попри те, що згідно з висновками Верховного Суду, які вважаються усталеними, про те, що преюдиціальність означає обов'язковість фактів, установлених судовим рішенням, що набрало законної сили, в одній справі, для суду при розгляді інших справ (див., зокрема, постанови від 26.11.2019 у справі № 922/643/19, від 10.12.2019 у справі № 910/6356/19, від 31.05.2022 у справі № 910/18584/20), судова практика схильна тлумачити цю обов'язковість двояко.

З одного боку, Верховний Суд висловився, що «звільнення від доказування, навіть у разі наявності преюдиційних обставин встановлених у рішенні суду, не може мати абсолютного характеру і не може сприйматися судами як неможливість спростування під час судового розгляду обставин, які зазначені в іншому судовому рішенні. Господарські суди не повинні сприймати як обов'язкові висновки щодо фактичних обставин справи, наведені у чинних судових рішеннях у інших господарських справах. Для спростування преюдиційних обставин, передбачених статтею 75 ГПК України, учасник господарського процесу, який ці обставини заперечує, повинен подати суду належні та допустимі докази. Ці докази повинні бути оцінені судом, що розглядає справу, у загальному порядку за правилами встановленими ГПК України. Якщо суд дійде висновку про те, що обставини у справі, що розглядається, є інакшими, ніж установлені під час розгляду іншої господарської справи, то справу належить вирішити відповідно до тих обставин, які встановлені безпосередньо судом, який розглядає справу. Отже, господарський суд під час розгляду конкретної справи на підставі встановлених ним обставин (у тому числі з урахуванням преюдиційних обставин) повинен самостійно оцінювати обставини (факти), які є предметом судового розгляду та ухвалити

рішення з відповідним застосуванням необхідних матеріально-правових норм» (постанова від 20.03.2020 у справі № 910/2360/19) [30].

З іншого боку, Верховний Суд також виклав позицію про те, що «[п]реюдиційні обставини є обов'язковими для суду, який розглядає справу навіть у тому випадку, коли він вважає, що вони встановлені неправильно» (§ 5.56 постанови від 29.06.2021 у справі № 910/11287/16) [36], яку було запозичено господарською юрисдикцією з цивільної [39] і яка вказує на абсолютний характер преюдиції. Суд може дійти висновку про певні обставини справи тільки на підставі доказів або інших засобів, з допомогою яких сторона, яка несе тягар доведення, його виконує (загальновідомі обставини, презумпції, преюдиція, визнання опонентом обставин). Дійти такого висновку з інших джерел, а саме матеріалів, які сторони не подавали як докази, вказувало б на упередженість суду (детальніше про цей логічний ланцюжок йшлося у дослідженнях, присвячених проблемам доказів і доведення в арбітражі, що однак принципово не відрізняється від доведення у вітчизняному господарському процесі [41, с. 148]). Тому, діючи в межах процесу, суд може дійти висновку, що обставини встановлені «неправильно», тільки якщо вважатиме за можливе прийняття й оцінку доказів або інших засобів встановлення обставин. Це, своєю чергою, вказує, що доречніше було б вести мову про те, можуть чи не можуть преюдиціальні факти бути спростовані за допомогою доказів або інших засобів, за допомогою яких виконується тягар доведення. А з урахуванням того, що, як бачимо, у цьому питанні виявились розходження, це ще належить вирішити.

Попри те, що у своїх рішеннях Верховний Суд часто ототожнює принцип *res judicata* з остаточністю судового рішення, а то й з принципом правової визначеності, що відбувається під впливом надання виняткового значення цим цінностям у практиці Європейського суду з прав людини, це не перешкодило формуванню масиву практики, яка дає відповідь на значну частину проблемних питань, які виникають при застосуванні принципу *res judicata*.

Вплив практики ЄСПЛ і автономної доктрини *res judicata*, викладеної у його рішеннях, виявився настільки потужним, що ця автономна доктрина фактично замінила доктрину *res judicata*, засновану суто на положеннях національного законодавства, зокрема конституційних положеннях про обов'язковість судових рішень, та процесуальних норм, які обмежують перегляд судових рішень (внутрішній аспект *res judicata*) та встановлюють преклюзивне значення остаточного рішення на майбутні судові провадження за ідентичними позовами. В окремих випадках, коли недопустимістю втручання у принцип *res judicata* обґрунтовувалась недопустимість безпідставного втручання у судові рішення, яке набуло законної сили, однак не було остаточним у справі, автономна доктрина *res judicata* ЄСПЛ «витісняла» навіть доктрину законної сили судового рішення, яка традиційно застосовувалась в українському господарському процесі безвідносно до того, чи є рішення остаточним.

Ключовими справами, у яких ЄСПЛ сформував автономну доктрину *res judicata*, для Верховного Суду були:

- «Брумареску проти Румунії», що є одним з основних джерел автономної доктрини як у внутрішньому, так і зовнішньому аспекті *res judicata* і навіть при застосуванні правил про преюдицію, хоча справа, яку розглядав ЄСПЛ, стосувалась саме внутрішнього аспекту остаточності, тобто недопустимості безпідставного втручання у *res judicata* шляхом ініціювання перегляду в межах того провадження, у якому рішення було прийнято;
- «Пономарьов проти України» – для обґрунтування підставності відмови у поновленні процесуального строку на оскарження рішення, яке набрало законної сили;
- «Христов проти України» – при застосуванні правил про преюдицію.

Дослідження виявило розходження у вирішенні Верховним Судом питання про обов'язковість преюдиції, тобто про те, чи має вона, за вжитим Верховним Судом терміном, абсолютний характер, співставний з преклюзією ідентичного позову при застосуванні принципу *res judicata*. Теоретичні напрацювання автора у цьому питанні підштовхують до

висновку, що має бути підтримана позиція Суду про неабсолютний характер дії правил про преюдицію.

Важливо загалом відзначити, що услід ЄСПЛ судова практика в Україні зорієнтована на те, що забезпечення принципу *res judicata* є однією з найважливіших засад гарантування державою реалізації права людини на справедливий суд. Водночас, попри важливість цього принципу, питання про його значення як складової публічного порядку і особливості застосування судом *ex officio* для унеможливлення наступних ідентичних проваджень, спрямованих на перегляд результату вже вирішеного остаточним судовим рішенням спору, ще не відображені в усталеній судовій практиці.

#### Посилання:

1. *Brumarescu v. Romania* (2001), app. No. 28342/95. European Court of Human Rights [GC], judgment of 23.01.2001. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59159>.
2. Gusarov K., Terekhov V. (2019) Finality of Judgments in Civil Cases and Related Considerations: The Experience of Ukraine and Lithuania. Access to Justice in Eastern Europe. 2019. Issue No. 4(5). Pp. 6–29. DOI: 10.33327/AJEE-18-2.4-a000020.
3. *Kehaya and Others v. Bulgaria* (2006), app. Nos. 47797/99 and 68698/01. European Court of Human Rights, judgment of 12.01.2006. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72559>.
4. *Marckx v. Belgium* (1979), app. No. 6833/74. European Court of Human Rights, judgment of 13.06.1979. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57534>.
5. *Nelyubinv. Russia* (2006), app. No. 14502/04. European Court of Human Rights, judgment of 02.11.2006. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77827>.
6. *Ryabykh v. Russia* (2003), app. No. 52854/99. European Court of Human Rights, judgment of 24.07.2003. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61261>.
7. *Sutyazhnik v. Russia* (2009), app. No. 8269/02. European Court of Human Rights, judgment of 23.07.2009. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93775>.
8. Верховенство права (2011). Доповідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року). Переклад на українську мову С. Головатого. Право України. 2011. № 10. С. 168–184.
9. Верховний Суд України (2016), Судова палата у господарських справах. Постанова від 13.04.2016, провадження № 3-304гс16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/57539652>.
10. Верховний Суд України (2016), Судова палата у господарських справах. Постанова від 13.07.2016, провадження № 3-774гс16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/58986625>.
11. Верховний Суд (2022), Велика Палата. Постанова від 03.08.2022, справа № 910/11027/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105852861>.
12. Верховний Суд (2019), Велика Палата. Постанова від 08.10.2019, справа № 920/447/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85494243>.
13. Верховний Суд (2022), Велика Палата. Постанова від 16.11.2022, справа № 910/6355/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107732483>.
14. Верховний Суд (2020), Велика Палата. Постанова від 19.05.2020, справа № 910/23028/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90021621>.
15. Верховний Суд (2022), Велика Палата. Постанова від 20.07.2022, справа № 923/196/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105852862>.
16. Верховний Суд (2019), Касаційний господарський суд (об'єднана палата). Постанова від 17.09.2019, справа № 20/5007/101/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84350302>.
17. Верховний Суд (2019), Касаційний господарський суд. Постанова від 01.10.2019, справа № 910/6768/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84879726>.
18. Верховний Суд (2018), Касаційний господарський суд. Постанова від 03.07.2018, справа № 3/9. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75110204>.
19. Верховний Суд (2020), Касаційний господарський суд. Постанова від 04.03.2020, справа № 910/2605/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88050625>.
20. Верховний Суд (2019), Касаційний господарський суд. Постанова від 06.03.2019, справа № 910/20412/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80308659>.
21. Верховний Суд (2021), Касаційний господарський суд. Постанова від 07.04.2021, справа № 924/199/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96145756>.
22. Верховний Суд (2018), Касаційний господарський суд. Постанова від 11.04.2018, справа № 914/940/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73533070>.

23. Верховний Суд (2018), Касаційний господарський суд. Постанова від 13.02.2018, справа № 914/550/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72253351>.
24. Верховний Суд (2018), Касаційний господарський суд. Постанова від 13.06.2018, справа № 910/10616/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74767230>.
25. Верховний Суд (2019), Касаційний господарський суд. Постанова від 13.11.2019, справа № 914/111/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85617422>.
26. Верховний Суд (2018), Касаційний господарський суд. Постанова від 15.11.2018, справа № 910/9927/13. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78214913>.
27. Верховний Суд (2019), Касаційний господарський суд. Постанова від 19.03.2019, справа № 18/3022/11. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80648780>.
28. Верховний Суд (2020), Касаційний господарський суд. Постанова від 20.02.2020, справа № 910/17359/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87806962>.
29. Верховний Суд (2019), Касаційний господарський суд. Постанова від 20.03.2019, справа № 916/46/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80754086>.
30. Верховний Суд (2020), Касаційний господарський суд. Постанова від 20.03.2020, справа № 910/2360/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88324489>.
31. Верховний Суд (2020), Касаційний господарський суд. Постанова від 20.05.2020, справа № 906/556/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89348494>.
32. Верховний Суд (2018), Касаційний господарський суд. Постанова від 20.11.2018, справа № 922/2958/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78214946>.
33. Верховний Суд (2019), Касаційний господарський суд. Постанова від 21.01.2019, справа № 5023/2082/12. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79430120>.
34. Верховний Суд (2018), Касаційний господарський суд. Постанова від 27.02.2018, справа № 5023/3564/12. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72692648>.
35. Верховний Суд (2020), Касаційний господарський суд. Постанова від 28.01.2020, справа № 917/1335/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87214816>.
36. Верховний Суд (2021), Касаційний господарський суд. Постанова від 29.06.2021, справа № 910/11287/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98140127>.
37. Верховний Суд (2019), Касаційний господарський суд. Постанова від 29.10.2019, справа № 922/1391/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85327051>.
38. Верховний Суд (2018), Касаційний господарський суд. Постанова від 31.08.2018, справа № 908/1678/15-г. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76184329>.
39. Верховний Суд (2019), Касаційний цивільний суд. Постанова від 19.12.2019, справа № 520/11429/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86505714>.
40. Верховний Суд (2021), Касаційний цивільний суд. Постанова від 29.03.2021, справа № 552/1051/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95907481>.
41. Пільков К. Н. (2016) Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже : Научно-практическое пособие. Киев : Освіта України, 2016. хх + 611 с.
42. Пільков К. М. (2022) Res judicata, остаточність і законна сила судового рішення: співвідношення понять. Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. 2022. Серія Право. Випуск 71. С. 44–48. DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.71.6>
43. Пільков К. М. (2022) Порівняльно-правовий аналіз доктрини res judicata: частина 1. Правові системи цивільного права. Knowledge, Education, Law, Management. 2022. № 3 (47). С. 234–241. DOI <https://doi.org/10.51647/kelm.2022.3.38>.
44. Пільков К. М. (2019) Умови обов'язковості для господарського суду фактів, встановлених в іншій справі. Підприємництво, господарство і право. 2019. № 11. С. 106–116. DOI: 10.32849/2663-5313/2019.11.17.
45. Пономарьов проти України (2008), заява № 3236/03. Європейський суд з прав людини, рішення від 03.04.2008. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_434#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_434#Text).

Статтю було подано	02.12.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	10.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	11.12.2022	The article was accepted

УДК 349.42

**ВИХІД ІЗ СКЛАДУ ЧЛЕНІВ  
ВИРОБНИЧОГО КООПЕРАТИВУ****Алла ЗЕЛІСКО**доктор юридичних наук, професор, професор  
кафедри цивільного праваНавчально-науковий юридичний інститут  
Прикарпатського національного  
університету імені Василя Стефаника  
(Івано-Франківськ)<https://orcid.org/0000-0002-1899-407X>

У статті розглядаються виробничі кооперативи як господарські кооперативи – юридичні особи приватного права. Виробничі кооперативи є традиційними суб'єктами господарювання, які є ефективними учасниками ринкової економіки. Основою ефективної діяльності виробничих кооперативів є належне правове регулювання прав членів таких юридичних осіб. Автор робить висновок про наявність трьох рівнів нормативного регулювання діяльності виробничих кооперативів. Ці нормативні акти не узгоджуються між собою, по-різному регулюють низку важливих питань діяльності виробничих кооперативів. Зазначена проблема існує і щодо реалізації членами виробничих кооперативів права виходу.

Чинне законодавство та судова практика передбачають, що права членів виробничих кооперативів є корпоративними правами. До такого висновку приходять, виходячи з корпоративного характеру виробничої кооперації, виходячи з підприємницької природи виробничої кооперації.

Корпоративні права засновані на праві власності. Конкретний майновий інтерес визначає вступ фізичної особи до кооперативу. Це права на пайові внески, на кооперативні виплати, на ліквідаційну квоту та на отримання паю при виході з кооперативу. Поширеним предметом

UDC 349.42

**WITHDRAWAL FROM  
MEMBERSHIP IN A PRODUCTION  
COOPERATIVE****Zelisko, Alla V.**Doctor of Law, Professor, Professor at the  
Department of Civil LawLaw Institute of Vasyl Stefanyk Precarpathian  
National University (Ivano-Frankivsk)

The article deals with production cooperatives as business cooperatives – legal entities of private law. Production cooperatives are traditional business entities that are effective participants in the market economy. The basis of effective activity of production cooperatives is the proper legal regulation of members' rights of such legal entities. The author concludes that there are three levels of regulations governing the activities of production cooperatives. These normative acts do not correspond to each other, regulating in different ways a number of important issues of production cooperatives' activity. The said problem also exists with regard to the exercise of the right of withdrawal by members of production cooperatives.

Current legislation and jurisprudence provide that the rights of members of production cooperatives are corporate rights. This conclusion is reached on the basis of the corporate nature of production cooperatives, on the basis of the entrepreneurial nature of production cooperatives.

Corporate rights are based on property rights. A specific property interest determines an individual's entry into a cooperative. These are rights to share payments, to cooperative payments, to a liquidation quota and to receive a share when leaving the cooperative. A common subject of corporate disputes is the

корпоративних спорів є механізм врегулювання виходу особи з кооперативу. На підставі аналізу судової практики зроблено висновок, що члени кооперативу не мають права на все майно кооперативу. Пай кожного члена кооперативу визначається в межах його персонального паю. Інше майно залишається у власності кооперативу.

Цивільним кодексом встановлено, що члену кооперативу виплачується вартість його паю або наданого майна пропорційно розміру його паю, а також виплати в порядку, встановленому статутом кооперативу. Отже, норми ЦК мають загальний, диспозитивний характер. Норми кодексу відсилають до спеціального Закону «Про кооперацію». Однак цей закон не розрізняє підприємницькі та непідприємницькі кооперативи. Отже, норми Закону не встановлюють різниці у корпоративних правах членів підприємницьких та непідприємницьких кооперативів. Саме в моменті розрахунку вартості паю є законодавчі нечіткості.

У статті робиться висновок, що коли особа виходить з кооперативу, вона отримує лише те, що вона внесла плюс прибуток, нарахований на частку, і нараховані кооперативні виплати. При цьому при отриманні ліквідаційної квоти особа отримує не лише вартість паю, а й частину майна кооперативу, на яку вона не має права при виході. Як наслідок, особа, яка виходить з кооперативу, перебуває в менш сприятливому становищі, ніж особа, яка припиняє своє членство після ліквідації кооперативу.

Фактично, на основі аналізу особливостей реалізації майнових прав членів кооперативу зроблено висновок, що законодавство ототожнює підприємницький та непідприємницький кооперативи при виході особи з кооперативу. Судова практика поступово рухається в тому ж напрямку. І такий стан справ не через упередженість рішень суддів, а через відсутність концептуальної єдності в нормах законодавства.

Автором сформовано два напрямки гармонізації законодавства: встанов-

mechanism for settling a person's withdrawal from the cooperative. Based on the analysis of court practice it is concluded that the members of the cooperative do not have the right to the entire property of the cooperative. The share of each cooperative member is determined within the limits of his/her personalised share. The other property remains in the ownership of the cooperative.

The Civil Code stipulates that a member of a cooperative shall be paid the value of his/her share or given property in proportion to the size of his/her share, and that payments shall be made as set out in the co-operative's charter. Thus, the norms of the Civil Code are of a general, dispositive nature. The norms of the code refer to the special Law "On Cooperation". However, this law does not differentiate between business and non-business cooperatives. Consequently, the rules of the Act do not establish a difference in corporate rights of members of business and non-entrepreneurial cooperatives. It is at the point of calculating the value of a share that there are legislative ambiguities.

The article concludes that when a person withdraws from a cooperative, they receive purely what they contributed plus the profit accrued on the share and the accrued cooperative payments. At the same time, when receiving the liquidation quota, the person receives not only the value of the share, but also part of the cooperative's assets to which he or she is not entitled when withdrawing. As a consequence, the person withdrawing from the cooperative is in a less favourable position than the person who terminates their membership upon liquidation of the cooperative.

In fact, based on the analysis of peculiarities of realisation of property rights of cooperative members, the conclusion was made that the legislation equates entrepreneurial and non-entrepreneurial cooperatives when a person withdraws from the cooperative. The judicial practice is gradually moving in the same direction. And this state of affairs is not due to biased decisions of judges, but

лення адекватного розмежування майнових прав членів підприємницького та непідприємницького кооперативів (зокрема, у порядку сплати паю при виході з кооперативу) або усунення такого класифікаційного розподілу в загальна та розробка єдиних правових характеристик для всіх кооперативів.

Ключові слова: кооператив, виробничий кооператив, корпоративні права, право на вихід, пай

Наша держава, будучи перманентно у статусі потенційного об'єкта для інвестиційних вливань, прагне зосередити свою стратегію та тактику на активному реформуванні тих правових інститутів, які здатні максимізувати зацікавленість інвесторів у нашій економіці. Водночас, подекуди, маємо змогу констатувати відсутність активних трансформацій у тих інституціях, які, як здавалось, здатні активізувати інвестиційні процес. Така ситуація спостерігається уже тривалий час у площині функціонування кооперативів. Загальновідомим є той факт, що територія України зосереджує орієнтовно дві третини чорноземів на європейському континенті і очевидно, що саме цей ресурс повинен максимально використовуватися державою. Поміж оптимальних правових форм сільськогосподарської діяльності виробничі кооперативи займають далеко не останнє місце. Попри, подекуди, стереотипне сприйняття цих конструкцій, виробничі кооперативи є традиційними підприємницькими структурами, здатними ефективно функціонувати в сприятливих умовах правового їх регулювання.

Схема правового регулювання таких юридичних осіб станом на сьогодні є, фактично трирівневою: ЦК України, Закон України «Про кооперацію», Закон України «Про сільськогосподарську кооперацію». Вказані акти по різному визначають підходи щодо диференціації кооперативів загалом. ЦК України проводить чіткий розподіл кооперативів на підприємницькі і непідприємницькі, однозначно вказуючи при цьому на виробничі кооперативи як класичні підприємницькі структури. Закон України «Про кооперацію» опосередковано у одній своїй статті зауважує, що кооперативи можуть мати на меті прибуток, а можуть і не мати. При цьому, жодних відмінностей у їх правовому статусі в силу цього Закон не встановлює. Таким чином, Закон, фактично, не підтримує концепцію ЦК України щодо поділу кооперативів на підприємницькі і не підприємницькі. І ще Закон України «Про сільськогосподарську кооперацію» - є феноменом юридичної техніки, так як фактично встановив взагалі нову форму – сільськогосподарський кооператив, який може бути і підприємницьким і непідприємницьким. Положення цього Закону прописані таким чином, ніби ЦК України і Закону України «Про кооперацію» не існує. Звичайно, що такий стан речей ставить доволі складні проблеми правозастосування перед практиками, зокрема, у площині реалізації своїх прав членами виробничих кооперативів на вихід.

На дослідженні корпоративних юридичних осіб зосереджені наукові пошуки таких провідних сучасних учених, як: В. І. Борисова, І.В. Венедиктова, О. М. Вінник, М.К. Галянтич, Н.С. Глусь, І. П. Грешніков, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, І. В. Жилінкова, Ю.М. Жорнокуй, Д.В. Задихайло, О.І. Зозуляк, І. С. Канзафарова, О. Р. Кібенко, Н. В. Козлова, В. М. Коссака, А.В. Коструба, О. В. Кохановська, В.В. Кочин, В. М. Кравчук, О.Д. Крупчан, Н. С. Кузнецова, І. М. Кучеренко, В. В. Лаптев, І.В. Лукач, В. В. Луць, Р. А. Майданик, В.М.

due to the lack of conceptual unity in the norms of legislation.

The author has formed two directions of law harmonization: the establishment of adequate distinction in property rights of members of business and non-business cooperatives (in particular, in the order of payment of share when leaving the cooperative) or removal of such classification distribution in general and elaboration of unified legal characteristics for all cooperatives.

Keywords: cooperative, production cooperative, corporate rights, right of withdrawal, share s



Махінчук, Л.С. Нецька, В. Д. Примак, І.Б. Саракун, В. М. Селіванов, І.А. Селіванова, В. І. Семчик, І. В. Спасибо-Фатєєва, Р. О. Стефанчук, Н. І. Титова, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, Я. М. Шевченко, Ю. С. Шемшученко, Г. Ф. Шершеневич, С.І. Шимон, Р. Б. Шишка, В. С. Щербина, О. В. Щербина, В. З. Янчук, В.Л. Яроцький та ін.

У доктрині України кооперативи були об'єктом дослідження таких учених, як: В.І. Борисова, О.М. Вінник, В.О. Коверзнев, І.М. Кучеренко, Р. В. Мавліханова, В.І. Семчик, І.В. Спасибо-Фатєєва та ін. Однак проблема дослідження діяльності кооперативів зберігає свою актуальність. Адже існує потреба проведення спеціальних досліджень адаптації їх правового регулювання до вимог сучасних умов ринкової економіки. Така потреба посилюється також низьким рівнем змін чинного законодавства, яке визначає статус кооперативів в Україні.

Право на вихід із виробничого кооперативу як складова корпоративних прав. Звертаючись предметно у площину виробничих кооперативів, зокрема, корпоративних прав їх членів, варто відзначити достатньо широке поле для аналізу та досліджень, враховуючи наявність в останніх цілого комплексу майнових і немайнових прав. В цьому аспекті варто зазначити, що, починаючи із 2013 року в силу змін до ГПК України, які отримали своє відображення у подальшому у судовій практиці, беззаперечним є факт наявності у членів виробничих кооперативів класичних корпоративних прав у повному сенсу цього слова.

І якщо до 2013 року цей факт міг викликати сумніви, то із прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правового регулювання діяльності юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» (від 10 жовтня 2013 р. № 642-VII) господарським судам стали підвідомчі корпоративні спори, які виникають із корпоративних відносин у юридичних особах [1]. Вказані положення віднайшли своє відображення у ч. 1 ст. 20 Господарсько-процесуального кодексу України [2]. Вказаний підхід у подальшому віднайшов своє відображення у судовій практиці. Зокрема, у п. 1.1. Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 25.02.2016 р. № 4 до кола корпоративних суб'єктів віднесено виробничі кооперативи [3].

Поміж корпоративних прав, безумовно, первинну увагу зосереджують на собі майнові права, оскільки саме майновий інтерес детермінує вступ особи до кооперативу. Це і права на виплати на пай, на кооперативні виплати, на ліквідаційну квоту, на отримання паю при виході із кооперативу. Саме у проблемах здійснення цих прав віднаходять своє відображення неоднозначності регулювання виробничих кооперативів, зазначені нами вище.

Зокрема, поширеним предметом корпоративних спорів є механізм розрахунку із особою при виході із членів кооперативу.

Судова практика щодо виходу із складу членів виробничого кооперативу. Знаковою у цій площині стала постанова Верховного Суду від 23 січня 2018 року у справі № 922/2433/14 у складі колегії суддів Касаційного господарського суду, у якій висловлено правову позицію щодо вартості частки майна та прибутку, що належать до виплати члену сільськогосподарського виробничого кооперативу у разі виходу з кооперативу. Зокрема, у рішенні зазначається наступне: «Члени кооперативу не мають права на все майно кооперативу, а частка кожного члена кооперативу визначається в межах його персоналізованого паю, решта ж майна залишається у власності кооперативу».

Зазначена правова позиція віднаходить послідовне відображення у наступних рішеннях господарських судів. Наприклад, у рішенні господарського суду Харківської області від "05" серпня 2020 р. у справі № 922/857/20 зазначається «Аналіз норм матеріального права дає підстави стверджувати, що члени кооперативу не мають права на все майно кооперативу, а частка кожного члена кооперативу у майні кооперативу визначається в межах персоналізованого паю» [4].

Які ж саме норми матеріального права лягають в основу судової практики? Порядок і майнові наслідки припинення членства у виробничому кооперативі визначаються Цивільним кодексом України, Господарським кодексом України.

В ч. 1 ст. 166 ЦК України закріплено, що член виробничого кооперативу має право на вихід із кооперативу. У цьому разі йому виплачується вартість паю або видається майно,

пропорційне розміру його паю, а також здійснюються виплати, встановлені статутом кооперативу. Видача паю, виплата вартості паю та інші виплати членові кооперативу, що виходить з нього, здійснюються у порядку, встановленому статутом кооперативу і законом.

Таким чином, ЦК України відсилає нас до спеціального Закону (який, до речі, не підтримує установленого ЦК поділу кооперативів на підприємницькі і непідприємницькі) Відповідно до статті 21 Закону України "Про кооперацію" пай кожного члена кооперативу формується за рахунок разового внеску або часток протягом певного періоду. Майнові внески оцінюються у грошовій формі. Розмір паю члена кооперативу залежить від фактичного його внеску до пайового фонду. Паї, в тому числі резервного і спеціального фондів, є персоніфікованими і у сумі визначають загальну частку кожного члена кооперативу у майні кооперативу.

У разі виходу або виключення з кооперативу фізична чи юридична особа має право на одержання своєї загальної частки натурою, грошми або (за бажанням) цінними паперами відповідно до їх вартості на момент виходу, а земельної ділянки - у натурі.

Строк та інші умови одержання членом кооперативу своєї загальної частки встановлюються статутом кооперативу, при цьому строк одержання зазначеної частки не може перевищувати двох років, а відлік його розпочинається з 1 січня року, що настає з моменту виходу або виключення з кооперативу [5].

Порядок виплати паю при виході із складу виробничого кооперативу. Саме у моменті обрахунку вартості паю знаходяться неоднозначності. Наприклад, у рішенні суду Харківської області зазначено, що для обчислення вартості паю позивач повинен звернутися до комісії для уточнення складу і вартості пайових фондів майна членів підприємства та відповідного рішення зборів співвласників. У той час як аналіз спеціального Закону України «Про кооперацію» вказує, що сюди входить не лише пай у пайовому фонді. До так званої загальної частки включаються також і паї резервного та спеціального фондів кооперативу. І саме ця загальна частка має повернутися особі при виході із складу кооперативу. Але виходячи із визначень резервного та спеціального фондів, останні формуються не лише за рахунок різних внесків членів, але й з надходжень від діяльності кооперативу. Таким чином, положення Закону України щодо персоніфікації паїв у резервному та спеціальному фондах мають сумнівний прикладний характер. Саме у цьому криється проблема обрахування загальної частки члена кооперативу при його виході.

Якщо виходити із положень ст.166 ЦК і ст. 21 Закону України «Про кооперацію», то можемо зробити висновок, що при виході із кооперативу особа отримує суто те, що внесла плюс прибуток, нарахований на пай та нараховані кооперативні виплати. Якщо залишити в стороні прибуток (так як він нараховується на звітний рік, що минув), то виходить, що особа отримує те ж, що внесла при вході до складу кооперативу.

У той же час, якщо звернути увагу на інше майнове право члена кооперативу – ліквідаційну квоту, то виходить, що особа отримує не лише вартість паю, але й частину майна кооперативу, на яку при виході із складу права не має. Зокрема, згідно із ст. 29 Закону України «Про кооперацію» майно кооперативу, що залишилося після задоволення вимог кредиторів кооперативу, здійснення виплат членам кооперативу паїв та виплат на паї, кооперативних виплат, оплати праці, розрахунків з кооперативним об'єднанням, членом якого він є, розподіляється між членами кооперативу у порядку, визначеному статутом.

Як наслідок, особа, яка виходить із складу кооперативу опиняється у менш вигідному становищі, аніж особа, яка припиняє своє членство в силу ліквідації кооперативу.

Фактично, якщо виходити із особливостей реалізації проаналізованих нами майнових правомочностей членів кооперативу, то законодавство прирівнює підприємницькі і непідприємницькі кооперативи у цьому аспекті.

У цьому ж руслі рухається поступово і судова практика. І такий стан речей відбувається не в силу необ'єктивності рішень суддів, а в силу відсутності концептуальної єдності у нормах законодавства. Суди ж, керуючись нормами спеціальних законодавчих актів, приймають рішення на основі приписів закону. Знаковими у цьому плані є Постанова ВП ВС

від 27 лютого 2019 р. у справі №738/1772/17. Обґрунтування ВП ВС належності до кола корпоративних суб'єктів споживчих товариств (кооперативів) виходить з того, що вони є господарськими організаціями, їх члени беруть участь в управлінні ними, мають право одержувати частку прибутку, що розподіляється за результатами господарської діяльності між членами споживчого товариства відповідно до їх пайового внеску, та інші правомочності, встановлені законом і статутними документами такого товариства, а зазначені ознаки відповідають поняттю корпоративних прав [6]. Відповідно до Постанови ВП ВС від 17 грудня 2019 р. у справі №904/4887/18 обслуговуючі кооперативи розглядаються ВП ВС як корпоративні суб'єкти оскільки вони є господарськими організаціями – юридичними особами, що здійснюють некомерційну господарську діяльність, а їх члени є правомочними брати участь в управлінні кооперативом, отримувати певну частку активів кооперативу в разі його ліквідації, а також інші правомочності, що випливають з участі у кооперативі, отже – є носіями корпоративних прав, а відносини між кооперативом та членами, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи, є корпоративними [7].

Висновки. Судова практика є найбільш ефективний лакмусовий папірець законодавчих проблем щодо послідовності регулювання певного сегменту суспільних відносин. І вказані позиції є тими дзвіночками, які починають дедалі настійливіше оповіщати про те, що чинне законодавство не містить концептуальних положень із піднятих у виступі проблем.

Станом на сьогодні відмінностей між правом на пай при виході із членів кооперативу та правом на ліквідаційну квоту у членів підприємницьких і не підприємницьких кооперативів де-факто не має.

Як наслідок, наскільки реально ми можемо говорити про існування підприємницьких і непідприємницьких кооперативів на практиці, враховуючи установлену спеціальними законами можливість членів і непідприємницьких кооперативів отримувати прибуток.

Окреслюється два вектори можливого концептуального узгодження законодавства: установлення адекватної різниці у цих правах у членів підприємницьких і непідприємницьких кооперативів або ж зняття такого класифікаційного розподілу взагалі і вироблення адекватних уніфікованих правових характеристик усіх кооперативів загалом.

#### Посилання:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правового регулювання діяльності юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців: Закон України від 10.10.2013 р. № 642-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/642-18>.
2. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 06.11.1991 р. № 1798–XII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>.
3. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 25.02.2016 р. № 4. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16#Text>.
4. Рішення господарського суду Харківської області від "05" серпня 2020 р. у справі № 922/857/20. URL: <https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/90826854/>
5. Про кооперацію: Закон України від 10 липня 2003 року № 1087-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 5. Ст.35. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1087-15#Text>.
6. Постанова ВП ВС від 27 лютого 2019 р. у справі №738/1772/17. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/80235538>.
7. Постанова ВП ВС від 17 грудня 2019 р. у справі №904/4887/18. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/86566266>.

Статтю було подано	21.11.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	01.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	12.12.2022	The article was accepted

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2022.21.10>

УДК 340.134

**ЛОКАЛЬНА КОРПОРАТИВНА  
ПРАВОТВОРЧІСТЬ: ВИЗНАЧЕННЯ  
ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАК**

**Ольга ЗОЗУЛЯК**

доктор юридичних наук, професор, професор  
кафедри цивільного права

Навчально-науковий юридичний інститут  
Прикарпатського національного  
університету імені Василя Стефаника  
(Івано-Франківськ)

<https://orcid.org/0000-0002-2931-6418>

**Андрій СУЛИМА**

аспірант кафедри цивільного права

Навчально-науковий юридичний інститут  
Прикарпатського національного  
університету імені Василя Стефаника  
(Івано-Франківськ)

<https://orcid.org/0000-0003-2395-6251>

Метою статті є розкриття загальнотеоретичних передумов виділення локальної корпоративної правотворчості як окремого виду правотворчості, встановлення змісту окремих категорій, які охоплюють об'єктивні процеси правової дійсності та за допомогою яких створюється нові джерела цивільного права. України, а також виявлення особливостей локального корпоративного правотворчості. Методи дослідження. Робота виконана з використанням загальнонаукових та спеціальних методів наукового пізнання. Результати. У статті досліджено існуючі на сьогодні підходи до визначення поняття «правотворчість». Встановлено тенденцію до виділення різних видів правотворчості залежно від суб'єкта правотворчої діяльності. При цьому фактичне існування юридичних осіб корпоративного типу як суб'єктів правотворчої діяльності знаходить своє поступове відображення в працях пред-

UDC 340.134

**LOCAL CORPORATE  
LAWMAKING: DEFINING THE  
CONCEPT AND FEATURES**

**Zozuliak, Olga I.**

Doctor of Law, Professor, Professor at the  
Department of Civil Law

Law Institute of Vasyl Stefanyk Precarpathian  
National University (Ivano-Frankivsk)

**Sulyma, Andrii**

Postgraduate student at the Department of  
Civil Law

Law Institute of Vasyl Stefanyk Precarpathian  
National University (Ivano-Frankivsk)

The purpose of the article is to reveal the general theoretical prerequisites for distinguishing local corporate lawmaking as a separate type of lawmaking, establishing the content of separate categories that cover the objective processes of legal reality and with which the creation of new sources of civil law of Ukraine is connected, as well as identifying the features of local corporate lawmaking. Research methods. The work was carried out using general scientific and special methods of scientific cognition. The results. The article examines the currently existing approaches to the definition of "lawmaking". A tendency to single out different types of lawmaking depending on the subject of lawmaking activity has been established. Herewith the actual existence of corporate type legal entities as subjects of lawmaking activity finds its gradual reflection in the works of representatives of legal theory and is

ставників теорії права і виокремлюється як один із видів правотворчості. Це підтверджують і правоохоронні органи. Так, Конституційний Суд України та Верховний Суд вказують на правову природу локальних актів юридичних осіб, а також договорів. Висновки. У результаті проведеного наукового аналізу встановлено, що під локальною корпоративною правотворчістю слід розуміти діяльність органу або учасників/учасників юридичної особи корпоративного типу щодо встановлення, зміни чи скасування локальних правових норм регулювання корпоративних відносин між учасниками/учасниками такої юридичної особи. Водночас у випадках, передбачених законом, реалізація локального корпоративного правотворчості може також торкатися прав та інтересів третіх осіб (наприклад, третіх осіб як сторони корпоративного договору). Варто виділити такі особливості локального корпоративного правотворчості: це активна діяльність, що здійснюється в рамках юридичної особи корпоративного типу; ця діяльність здійснюється або на основі диспозитивних засад цивільного права, або на виконання і в межах дозвільних приписів цивільного законодавства; орієнтація на створення правових норм, які мають корпоративний характер, тобто регулюють корпоративні відносини; створені в результаті такого правотворчого процесу локальні корпоративні норми мають локальний характер, тобто поширюються на певне коло осіб; результатом локальної корпоративної правотворчості є правові норми, визнані державою загальнообов'язковими; норми, створені в процесі правотворчої діяльності, застосовуються судами при вирішенні спорів; це діяльність, що здійснюється в певному процесуально визначеному порядку.

**Ключові слова:** правотворчість, локальна правотворчість, корпорація, юридична особа корпоративного типу, локальна корпоративна правотворчість

В умовах сьогодення відбувається як зміна законодавчих підходів щодо участі держави у регулюванні відносин між учасниками юридичних осіб, зокрема в частині поступового

singled out as one of the types of lawmaking. This is confirmed by law enforcement. Thus, the Constitutional Court of Ukraine and the Supreme Court indicate the legal nature of local acts of legal entities, as well as contracts. Conclusions. As a result of the conducted scientific analysis, it was established that local corporate lawmaking should be understood as the activity of a body or members/participants of a corporate type legal entity regarding the establishment, change or cancellation of local legal norms for regulating corporate relations between members/participants of such a legal entity. At the same time, in cases provided for by law, the implementation of local corporate lawmaking may also affect the rights and interests of third parties (for example, third parties as a party to a corporate agreement). It is worth highlighting the following features of local corporate lawmaking: it is an active activity carried out within the limits of a corporate type legal entity; this activity is carried out either on the basis of the dispositive principles of civil law, or for the implementation and within the limits of the permissive prescriptions of civil legislation; focus on the creation of legal norms that have a corporate character, i.e. regulate corporate relations; local corporate norms created as a result of such lawmaking process have a local character, that is, they apply to a certain circle of persons; the result of local corporate lawmaking are legal norms recognized by the state as mandatory; norms created in the process of lawmaking activity are applied by courts when resolving disputes; it is an activity carried out in a certain procedurally defined order.

**Keywords:** lawmaking, local lawmaking, corporation, corporate type legal entity, local corporate lawmaking

звернення до децентралізації, так і об'єктивні процеси трансформації економічної реальності в частині необхідності сприяння автономізації суб'єктів економічного життя з метою забезпечення їх максимальної ефективності. Це обумовлює і необхідність перегляду змісту традиційних правових категорій стосовно оцінки того, наскільки вони відображають актуальні процеси суспільного життя, а також поточний стан нормативно-правового регулювання та практику правозастосування.

Так, питання системи джерел цивільного чи інших галузей права України вже тривалий час є предметом наукових дискусій. На сьогодні, на нашу думку, досить актуальним є підхід Р.А. Майданика, який виділяє первинні та похідні джерела цивільного права. Так, до похідних джерел вчений відносить судові прецеденти (національних і міжнародних судів) та джерела внутрішнього регулювання (саморегулювання) цивільних відносин їх учасниками – цивільно-правовий договір і односторонній правочин, локальний цивільно-правовий акт (статути, регламенти тощо) (Maidanyk, 2017, p. 60). Вони виконують як конкретизуючу чи доповнюючу функції, так і можуть пропонувати, в межах дозволеного диспозитивними нормами чи загальними диспозитивними засадами регулювання відповідних відносин, альтернативні моделі правового регулювання.

В межах даного дослідження нас цікавлять саме ті джерела цивільного права, які створюються учасниками юридичних осіб корпоративного типу, тому ми концентруємо свою увагу саме на них. Такі джерела цивільного права створюються на локальному рівні, тобто в межах конкретної корпорації, та регулюються корпоративні відносини. Відтак мова йде, як висловила О.Ю. Тичкова, про локальні корпоративні норми (Tychkova, 2009). Дані норми виникають внаслідок цілеспрямованої діяльності учасників юридичної особи корпоративного типу. Ця діяльність спрямована на створення правових норм для регулювання відносин в межах корпорації й, відповідно, виражається у створенні локальних корпоративних норм.

Водночас, концентруючись саме на дискусії щодо джерел цивільного права, вченими-цивілістами не приділяється достатня увага іншим загальнотеоретичним категоріям, які безпосередньо пов'язані із поняттям джерел права. Це, звісно, можна пояснити невходженням даних питань у предмет цивільного права. Разом з цим, для розуміння цілісної картини правової дійсності, повинні аналізуватися і взаємопов'язані питання, які знаходяться на стику проблематики цивільного права та теорії права. Так, дискусія щодо джерел цивільного права неодмінно зачіпає питання «правотворчості», адже саме остання є об'єктивним процесом, зі здійсненням якого представники теорії права пов'язують створення норм права. Тому виокремлення «нових джерела» цивільного права України неодмінно викликає запитання щодо того, яким чином творення цих «нових джерел» узгоджується із таким загальним поняттям теорії права як «правотворчість».

## 2. Сучасні підходи щодо поняття та видів правотворчості

Оскільки у теорії права діяльність зі створення норм права розглядається через таке поняття як «правотворчість», варто розглянути можливість охопити діяльність щодо створення локальних корпоративних норм поняттям «правотворчість». Одночасно варто висловитися з приводу співвідношення понять «правотворчість», «нормотворчість» та «законотворчість». Якщо із «законотворчістю» загалом все зрозуміло – йдеться про прийняття законів України Верховною Радою України, то щодо співвідношення понять «правотворчість» та «нормотворчість» існують різні підходи. Коли йдеться про створення норм права державою, а також можливість створення таких норм іншими суб'єктами з дозволу або внаслідок відсутності заборони на таку діяльність зі сторони держави більшість представників теорії держави і права використовують саме поняття «правотворчість». При цьому під «нормотворчістю» часто розуміється творення різних норм в широкому розумінні, тобто всіх соціальних норм для регулювання різних суспільних відносин між найширшим колом суб'єктів. Тому ми послуговуємося поняття «правотворчість», яке, на нашу думку, є найбільш оптимальним.

П. М. Рабінович зазначає, що правотворчість (нормотворчість) – це діяльність компетен-

тних державних органів, органів місцевого самоврядування, уповноважених державою громадських об'єднань, або (у передбачених законом випадках) усього народу чи його територіальних громад із встановлення, зміни чи скасування юридичних норм (Rabinovych, 2021, p. 137). Дане визначення в значній мірі відображає роль правотворчості на сучасному етапі, тому ми сприймаємо його як базове для нашого дослідження. Також, не наводячи величезну кількість інших визначень даного поняття, вважаємо за необхідне звернути увагу на те, що у майже всіх дефініціях правотворчість зводиться до двох обов'язкових елементів: вказується, що це діяльність певних визначених суб'єктів; дана діяльність спрямована на встановлення, зміну чи скасування правових норм.

Говорячи про правотворчість як загальнотеоретичну категорію, в тому числі через призму її сучасного розуміння, вказується на наступну її ознаку: «отримує завершення в письмовому документі – нормативно-правовому акті чи іншому джерелі права» (Tishchenkova, 2016, p. 194). Дана ознака наводить нас на роздуми щодо видів правотворчості. Оскільки вказується, що правотворчість завершується не тільки прийняттям визначеного нормативно-правового акту, що саме по собі асоціюється з діяльністю органів, наділених владними повноваженнями. Відтак на сьогодні виділяють значну кількість видів правотворчості.

Зазвичай виокремлюють різні види правотворчості за наступними критеріями: залежно від суб'єкта правотворчості; в залежності від способу участі держави у правотворчості; за видами нормативно-правових актів та їх юридичною силою та ін. Наприклад, В.М. Кириченко та О.М. Куракін, класифікуючи правотворчість залежно від суб'єктів, виокремлюють, серед інших видів, також: правотворчість громадських організацій (об'єднань), яка виражається у прийнятті рішень (статутів), у яких визначаються права і обов'язки членів організації, порядок діяльності, реорганізації та ліквідації самої організації; локальну правотворчість, яка виражається у прийнятті конкретним підприємством, установою, організацією статутів, положень, правил, виданні наказів, розпоряджень, посадових інструкцій тощо (Kuryuchenko, Kurakin, 2010, p. 107). І.Д. Шутак, досліджуючи поняття та ознаки правотворчості виділяє корпоративну правотворчість, вказуючи при цьому, що «корпоративна правотворчість певною мірою зустрічається в різних організаціях, але найбільш виразно вона представлена в підприємницьких корпораціях (організаціях, заснованих на об'єднанні капіталів)» (Shutak, 2015, p. 189).

Точно фактичне існування юридичних осіб корпоративного типу (або ж загалом окремих недержавних суб'єктів господарювання) як суб'єктів правотворчої діяльності в межах корпорації знаходить своє поступове відображення у працях представників теорії права і виокремлюється як один із видів правотворчості.

3. Виокремлення локальної корпоративної правотворчості як окремого виду правотворчості

Відтак, ми можемо говорити про необхідність виведення поняття, що охоплювало би конкретно правотворчість юридичних осіб корпоративного типу, оскільки саме вона є предметом нашого дослідження. Необхідним є як виокремлення відповідного поняття, так і встановлення ознак даного виду правотворчості, для чого нам варто звернутись до досліджень представників приватного права.

Щодо визначення поняття корпорації як вихідного для формулювання категоріального апарату варто вказати наступне. На сьогодні існує значна кількість визначень понять «корпорація» та «корпоративні відносини». Загалом виділяють наступні підходи до розуміння категорії «корпорація»: 1) це лише господарські організації, статутний капітал яких поділено на частки (АТ, ТОВ); 2) це виключно господарські товариства; 3) всі юридичні особи, засновані на відносинах членства (участі); 4) лише підприємницькі юридичні особи (Zhornokui, 2021, p. 38-39). При цьому у судовій практиці останніх років, зокрема практиці Верховного Суду, визнається існування корпоративних правовідносин і в обслуговуючих кооперативах, і кредитних спілках, і приватних підприємствах, і не є сталою щодо відносин у межах об'єднань співвласників багатоквартирних будинків (Zhornokui, 2021, p. 47). Також

Верховний Суд у постанові від 7 жовтня 2021 року висловлювався щодо наявності корпоративних прав у фермерському господарстві зазначивши, що у членів фермерського господарства, які передали до статутного (складеного) капіталу майно, виникають корпоративні права, пов'язані з наявністю їх частки у статутному (складеному) капіталі господарства (Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv Kasatsiinoho hospodarskoho sudu, 2021). А у постанові від 18 серпня 2022 року Верховний Суд дійшов висновку, що між членом фермерського господарства та самим фермерським господарством виникають саме корпоративні відносини аналогічні відносинам між учасником підприємницького товариства та самим товариством (Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv Kasatsiinoho hospodarskoho sudu, 2022). На сьогодні ч. 1 ст. 961, якою пропонується доповнити ЦК України відповідно до Закону України «Про акціонерні товариства» № 2465-IX від 27.07.2022 р., визначає корпоративні права як «сукупність правомочностей, що належать особі як учаснику (засновнику, акціонеру, пайовику) юридичної особи відповідно до закону та статуту товариства». При цьому ч. 2 ст. 961 передбачає, що «корпоративні права набуваються особою з моменту набуття права власності на частку (акцію, пай або інший об'єкт цивільних прав, що засвідчує участь особи в юридичній особі) у статутному капіталі юридичної особи». Тобто наявність корпоративних відносин пов'язується як з наявністю у юридичної особи статутного капіталу, так і з наявністю у відповідної особи певної частки у такому статутному капіталі. Водночас п. 2 ч. 3 ст. 961 передбачає право учасників (засновників, акціонерів, пайовиків) юридичної особи «брати участь у розподілі прибутку юридичної особи і одержувати його частину (дивіденди), якщо така юридична особа має на меті одержання прибутку». Іншими словами, допускається наявність корпоративних прав і у юридичних особах, що не мають на меті одержання прибутку.

Відтак, ми підтримуємо широкий підхід до визначення корпорації, а саме віднесення до корпорацій усіх юридичних осіб корпоративного типу (підприємницьких та непідприємницьких), при створенні яких виникає особливий вид майнових та немайнових прав – корпоративні права.

На підставі наведеного можна було б вести мову про корпоративну правотворчість (правотворчість юридичних осіб корпоративного типу) як окремий вид правотворчості. Однак для використання правильної термінології варто звернутися до окремих досліджень та інших релевантних джерел, в яких зачіпалося питання правотворчості юридичних осіб, зокрема корпорацій, чи правотворчості на локальну рівні.

Аналізуючи правотворчість юридичних осіб та її становлення в зарубіжних країнах М.Г. Ісаков та В.Г. Паркулаб використовують поняття «корпоративна нормотворчість» (Isakov, Parkulab, 2017). У першому свого часу спеціальному дисертаційному дослідженні за авторством М.О. Томашевської на тему «Корпоративні акти в системі джерел права України» авторка оперувала категорією «корпоративна правотворчість» (Tomashevskaya, 2005, р. 6). Поняття «корпоративна правотворчість» використовує В.К. Антошкіна висловлюючись стосовно розвитку правотворчості корпорацій. Вчена вказує, що останнім часом відбувається зростання корпоративної правотворчості через поширення корпоративного регулювання на нові види корпоративних відносин. А також зазначає, що багато питань регулюються корпораціями самостійно на корпоративному рівні правотворчості (Antoshkina, 2015, р. 158). Останнє зауваження вченої вказує на проблематику використання поняття «корпоративна правотворчість». Оскільки, як ми вважаємо, поняття «корпоративне» варто нерозривно пов'язувати із такими поняттями як «корпорація», «корпоративні права» та «корпоративні відносини», що є предметом дослідження представників корпоративного права України, то у цьому зв'язку не зовсім некоректно вести мову про «корпоративний рівень» правотворчості. У випадку ж використання поняття «корпоративна правотворчість» втрачається розуміння характеру відносин, оскільки перша частина даного поняття не може одночасно вказувати на суб'єкта та сферу правотворчості.

Загалом наявні на сьогодні дослідження вказують на необхідність говорити не про «корпоративну правотворчість», а саме про «локальну корпоративну правотворчість». Тут



ми виходимо із результатів дисертаційного дослідження О. Ю. Тичкової «Локальні корпоративні норми у цивільно-правовому регулюванні». Вчена відмічає, що порівняння понять «локальні» та «корпоративні» норми доводить необхідність відрізнити їх по суті, бо локальні – це ті, що діють в обмеженому колі осіб, а корпоративні – ті, що регулюють корпоративні відносини (причому на різних рівнях – на загальному і локальному) (Tychkova, 2009, p. 88). Даний підхід підтримується І. В. Спасибо-Фатєєвою, яка, аналізуючи локальні корпоративні акти як джерело корпоративного права, вказує, що дані акти, будучи локальними, мають нормативно-правову природу, оскільки містять корпоративні норми, які є правовими (Spasybo-Fatieieva, 2010, p. 48). Даний підхід нами однозначно сприймається і ми використовуємо його і при формулюванні поняття, яке охоплює правотворчість юридичних осіб корпоративного типу. Адже поняття корпоративних норм охоплює не тільки локальні, але й усі норми що регулюють корпоративні відносини. Тому точною була би вказівка на «локальну корпоративну правотворчість» як окремий вид правотворчості, оскільки в такому випадку також акцентується увага на локальному характері правотворчості й корпоративних норм, що є результатом такої правотворчості, тобто поширенні дії норм, що створюються тільки на певне визначене коло осіб й корпоративний характер правових норм, що створюються. В іншому випадку буде порушений логічний зв'язок, адже коли здійснюється локальна корпоративна правотворчість – створюються локальні корпоративні норми.

Тут є ряд цікавих для нас правових позицій Конституційного Суду України, а також Верховного Суду. Так, Конституційний Суд України, говорячи про статут як установчий документ господарського товариства, вказав, що «статут є локальним правовим актом і обов'язковим для дотримання та виконання всіма учасниками» (Constitutional Court of Ukraine, 2013). Відтак пленум Вищого господарського суду України у 2016 році вказав, що «під час розгляду справ про визнання недійсними установчих документів господарським судам слід виходити з того, що статут є локальним нормативним актом, а не правочином» (Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy, 2016). У постанові 2021 року Велика Палата Верховного Суду вказала, що статут є актом, у якому закріплені локальні норми матеріального права, що врегульовують відносини, зокрема, стосовно управління юридичною особою. Окремо висловлюючись щодо питань інституту аналогії закону Велика Палата Верховного Суду вказала, що даний інститут можна застосовувати для регулювання спірних відносин лише у випадку, якщо їх не врегульовано нормами права, які безпосередньо регулюють ці відносини, зокрема, актами законодавства або договором чи статутом (Postanova Velykoї Palaty Verkhovnoho Sudu, 2021). Тобто Верховний Суд визнає нормативну або ж правову природу локальних актів і, відповідно, локальних норм юридичних осіб. При цьому поняття «локальні норми права» розуміється Верховним судом саме як обмеження за колом осіб, на яких поширюється дія таких норм. Позиція щодо віднесення також договору до джерел цивільного права знаходить підтримку і у рішенні Конституційного Суду України, який вказав, що згідно з ЦК України цивільні відносини може бути врегульовано й іншими джерелами цивільного права, а саме загальними засадами цивільного законодавства, підзаконними актами, договором, звичаєм, міжнародними договорами (Constitutional Court of Ukraine, 2022). В контексті нашого дослідження дані позиції беззаперечно важливі, оскільки дають підстави говорити про, наприклад, корпоративні договори як джерело локальних корпоративних норм.

#### 4. Щодо ознак локальної корпоративної правотворчості

Виходячи з вищенаведеного, для повноцінного виділення локальної корпоративної правотворчості як окремого виду правотворчості необхідним є виокремлення ознак даного виду правотворчості та виведення відповідного поняття. Відповідно до раніше наведеної позиції В.М. Кириченка та О.М. Куракіна можна встановити, що локальна правотворчість може виражатися у прийнятті статутів, положень, правил у яких визначаються права і обов'язки членів організації, порядок діяльності, реорганізації та ліквідації юридичної особи (Kyrychenko, Kurakin, 2010, p. 107). У практикумі з теорії держави і права за загальною

редакцією Ф. П. Шульженка вказується, що «локальна (санкціонована) нормотворчість — це дозволена державою нормотворча діяльність підприємств, установ та організацій усіх форм власності щодо створення правових приписів локального характеру в межах їх повноважень» (Hryshko, Ryndiuk, Ryzhuk, 2013, p. 163). У свою чергу М.О. Томашевська розглядає «корпоративну правотворчість» як закріплене державою повноваження організацій, товариств, підприємств, об'єднань та інших колективних суб'єктів щодо здійснення ними правотворчих функцій (Tomashevska, 2005, p. 6).

На підставі проведеного аналізу ми можемо виокремити наступні ознаки локальної корпоративної правотворчості:

- це активна діяльність, що здійснюється в межах юридичної особи корпоративного типу (вона може здійснюватися як на стадії утворення юридичної особи через прийняття відповідних установчих документів, так і під час діяльності юридичної особи – через прийняття внутрішніх положень або укладення корпоративних договорів тощо);

- дана діяльність здійснюється або виходячи із диспозитивних засад цивільного права, або на реалізацію та в межах дозвільних приписів цивільного законодавства (тобто сторони приймають, наприклад, внутрішні положення як з питань, з яких законом прямо передбачена необхідність локального регулювання, так і з питань, можливість локального регулювання яких випливає із загальних засад регулювання відповідних відносин);

- спрямованість на створення норм права, що мають корпоративний характер, тобто регулюють корпоративні відносини (в результаті локальної корпоративної правотворчості створюються саме правові норми, які покликані регулювати певну групу відносин в межах корпорації);

- локальні корпоративні норми, що створюються в результаті такої правотворчості мають локальний характер, тобто поширюються на певне коло осіб (хоча такі локальні корпоративні норми визнаються державою і третіми сторонами, безпосередньо вони регулюють відносини між обмеженою групою осіб в межах корпорації; хоча це не виключає можливість певного виходу дії таких норм за межі корпорації, наприклад у випадку коли стороною корпоративного договору є треті особи, як це передбачено ч. 1 ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»);

- результатом локальної корпоративної правотворчості є правові норми, що визнаються державою як обов'язкові (за порушення локальних корпоративних норм передбачена можливість застосування засобів примусу зі сторони держави – через визнання правового характеру таких норм судами і примусове виконання судових рішень, що прийняті керуючись нормами локальних корпоративних актів тощо);

- створювані в процесі правотворчої діяльності норми застосовуються судами при вирішенні спорів (суди України, зокрема, і Верховний Суд, вказують на правовий характер локальних корпоративних норм та визнають джерелами права локальні корпоративні акти та договори, в яких містяться відповідні норми);

- це діяльність, що здійснюється в певному процедурно визначеному порядку (порядок прийняття установчих документів визначений на рівні закону, у свою чергу порядок прийняття внутрішніх положень корпорації та інших локальних корпоративних актів зазвичай визначений в установчих документах, порядок укладення та вимоги щодо корпоративних договорів також містяться на рівні закону та загальних положень щодо зобов'язань та договорів ЦК України).

В результаті проведеного наукового аналізу встановлено, що під локальною корпоративною правотворчістю варто розуміти діяльність органу або членів/учасників юридичної особи корпоративного типу щодо встановлення, зміни або скасування локальних правових норм для регулювання корпоративних відносин між членами/учасниками такої юридичної особи. Водночас, у передбачених законом випадках, здійснення локальної корпоративної правотворчості може зачіпати і права та інтереси третіх осіб (наприклад треті особи як сторона корпоративного договору). При цьому варто виділяти наступні ознаки локальної корпоративної правотворчості: це активна діяльність, що здійснюється в межах

юридичної особи корпоративного типу; дана діяльність здійснюється або виходячи із диспозитивних засад цивільного права, або на реалізацію та в межах дозвільних приписів цивільного законодавства; спрямованість на створення норм права, що мають корпоративний характер, тобто регулюють корпоративні відносини; локальні корпоративні норми, що створюються в результаті такої правотворчості мають локальний характер, тобто поширюються на певне коло осіб; результатом локальної корпоративної правотворчості є правові норми, що визнаються державою як обов'язкові; створювані в процесі правотворчої діяльності норми застосовуються судами при вирішенні спорів; це діяльність, що здійснюється в певному процедурно визначеному порядку.

#### Посилання:

1. Antoshkina V.K. (2015) Rol pravochynu, korporatyvnykh aktiv u protsesi samorehuliatcii tsyvilno-pravovykh vidnosyn [The role of contract, corporate acts in the process of civil law relations self-regulation]. *Chasopys Kyivskoho universytetu prava*, 4, 156-161 [in Ukrainian].
2. Constitutional Court of Ukraine. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy № 1-rp/2013 vid 5 liutoho 2013 roku (sprava № 1-3/2013). [Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 1-pp/2013 of February 5, 2013. (case No. 1-3/2013)] Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-13#Text> [in Ukrainian].
3. Constitutional Court of Ukraine. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy № 6-r(II)/2022 vid 22 chervnia 2022 roku (sprava № 3-188/2020(455/20)) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 6-r(II)/2022 of June 22, 2022 (case No. 3-188/2020(455/20))] Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-22#n101> [in Ukrainian].
4. Hryshko O.M., Ryndiuk V.I., Ryzhuk Yu.M. (2013) *Teoriia derzhavy i prava* [Theory of the state and law]. F.P. Shulzhenko (Eds.). Kyiv: KNEU [in Ukrainian].
5. Isakov M.H. Parkulab V.H. (2017) *Tendentsii i perspektyvy stanovlennia korporatyvnoi normotvorchosti: zarubizhnyi dosvid* [Trends and prospects of corporate rule-making: foreign experience]. *Naukovyi visnyk publichnoho i pryvatnoho prava*, 5, 132-137 [in Ukrainian].
6. Kyrychenko V.M., Kurakin O.M. (2010) *Teoriia derzhavy i prava* [Theory of the state and law]. Kyiv: Tsentr uchbovoi literatury [in Ukrainian].
7. Maidanyk R.A. (2017) *Vchennia pro dzherela tsyvilnoho prava Ukrainy* [The Doctrine of the Sources of Ukrainian Civil Law]. *Pravo Ukrainy*, 6, 53-63 [in Ukrainian].
8. Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv Kasatsiinoho hospodarskoho sudu vid 7 zhovtnia 2021 roku u spravi №922/3059/16. [Resolution of the Supreme Court in the composition of the panel of judges of the Cassation Economic Court dated October 7, 2021 in case No. 922/3059/16]. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102735520> [in Ukrainian].
9. Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv Kasatsiinoho hospodarskoho sudu vid 18 serpnia 2022 roku u spravi № 911/1707/18 (911/3510/20) [Resolution of the Supreme Court in the composition of the panel of judges of the Cassation Economic Court dated August 18, 2022 in case No. 911/1707/18 (911/3510/20)]. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105837298> [in Ukrainian].
10. Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy «Pro deiaki pytannia praktyky vyrishennia sporiv, shcho vynykaiut z korporatyvnykh pravovidnosyn» №4 vid 25.02.2016. [Resolution of the Higher Economic Court of Ukraine "On some issues of the practice of resolving disputes arising from corporate legal relations" No. 4 dated February 25, 2016] Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16#Text> [in Ukrainian].
11. Postanova Velykoi Palaty Verkhovnoho Sudu vid 29 chervnia 2021 roku u spravi № 916/2813/18. [Resolution of the Grand Chamber of the Supreme Court of June 29, 2021 in case No. 916/2813/18]. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98531899> [in Ukrainian].
12. Rabinovych P.M. (2021) *Osnovy teorii ta filosofii prava* [Basics of theory and philosophy of law]. Lviv: Vydavnytstvo LOBF «Medytsyna i pravo» [in Ukrainian].
13. Shutak I.D. (2015) *Yurydychna tekhnika* [Legal technique]. Drohobych: Kolo [in Ukrainian].
14. Spasybo-Fatieieva I.V. (2010) *Rozdil II. Dzherela korporatyvnoho prava* [Section II. Sources of corporate law]. *Korporatyvne pravo Ukrainy – Corporate law of Ukraine*. (pp. 33-56). Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].
15. Tishchenkova S.O. (2016) *Rozdil 12. Pravoutvorennia ta formy prava* [Section XII: Legal formation and forms of law]. *Teoriia derzhavy i prava – Theory of the state and law*. (3rd ed., rev.). (pp. 192-218). Dnipro: Lira LTD [in Ukrainian].
16. Tomashevskaya M.O. (2005) *Korporatyvni akty v systemi dzherel prava Ukrainy* [Corporate acts in the system of legal sources of Ukraine]: Extended abstract of candidate's thesis. Kyiv [in Ukrainian].

17. Tychkova O.Yu. (2009) Lokalni korporatyvni normy u tsyvilno-pravovomu rehuliuванні [Local corporate norms in civil law regulation] Candidate's thesis. Kharkiv [in Ukrainian].

18. Zhornokui Yu.M. (2021) Yurydychna osoba v. korporatsiia: chy dotsilno zminiuvaty natsionalni tradytsii [Legal entity v. corporation: is it appropriate to change national traditions]. Korporatyvne pravo kriz pryzmu sudovoi praktyky – Corporate law through the prism of judicial practice. (pp. 30-61). Kharkiv: EKUS [in Ukrainian].

Статтю було подано	21.11.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	09.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	10.12.2022	The article was accepted

УДК 347.1

**ПРАВОВИЙ АСПЕКТ ДОВІРИ  
СПОЖИВАЧА ДО РЕКЛАМИ****Роман ПОЖОДЖУК**кандидат юридичних наук, старший  
дослідник, старший науковий співробітникНауково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)<https://orcid.org/0000-0002-6414-4797>

Наукова стаття присвячена аналізу впливу реклами на фізичну особу – споживача в контексті її довіри до реклами, а також розробці підходів до визначення меж такого впливу.

Автор зазначає, що одним із фундаментальних прав споживачів є право на інформацію про товари, роботи, послуги, а реклама досить часто є джерелом такої інформації. У зв'язку з цим виділяється посилення впливу реклами на споживача з урахуванням значного технологічного розвитку та появи нових маркетингових технологій.

У статті зазначено, що свідомість споживача та вільне формування його волі щодо придбання товару, роботи чи послуги безпосередньо пов'язані з психологічними аспектами його діяльності. А отже, будь-яке застосування реклами до споживача – це певний психологічний вплив на нього, який неодноразово перетворюється на психологічний тиск з метою викликати у споживача бажання необхідності чи потребу придбати певний товар, роботу чи послугу.

Автор обґрунтовує, що сьогодні довіра споживача до реклами є досить значною, оскільки вона фактично є мірою впливу реклами на нього. При цьому пропонується насамперед визначити мінімальні критерії щодо довіри споживача до реклами та наявності у цього споживача певних

UDC 347.1

**LEGAL ASPECT OF CONSUMER  
TRUST IN ADVERTISING****Pozhodzhuk, Roman V.**Ph. D, Senior Researcher, Senior Research  
FellowAcademician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The scientific article is devoted to the analysis of the influence of advertising on a natural person – consumer in the context of his trust in advertising, as well as to the development of approaches to determining the limits of such influence.

The author points out that one of the fundamental rights of consumers is the right to information about goods, works, and services, and advertising is quite often a source of such information. In this regard, the strengthening of the influence of advertising on the consumer is highlighted, taking into account the significant technological development and the emergence of new marketing technologies.

The article states that the consumer's consciousness and the free formation of his will regarding the purchase of a product, work or service are directly related to the psychological aspects of his activity. And therefore, any application of advertising to the consumer is a certain psychological influence on him, which repeatedly becomes psychological pressure with the aim of causing the consumer to desire the need or need to purchase a certain product, work or service.

The author justifies that today the consumer's trust in advertising is quite significant, as it is actually a measure of the impact of advertising on him. At the same time, it is proposed to first of all determine the minimum criteria regarding

базових знань.

У результаті дослідження робиться висновок, що фізична особа – споживач сьогодні як ніколи вразлива. Стрімкий розвиток інформаційно-комунікаційних технологій, незважаючи на свою прогресивність, недостатньо орієнтований на забезпечення прав людини, а досить часто використовується їй на шкоду. Водночас автором було запропоновано визначення довіри споживача до реклами як усвідомлення, переконання, упевненість споживача в тому, що викладена в рекламі інформація є добросовісною.

Крім того, статтею пропонується розглядати довіру споживача до поданої в рекламі інформації як: 1) гарантовану державою, внаслідок допуску на ринок певних товарів, робіт чи послуг (базові елементи); 2) таку, що підлягає перевірці, внаслідок подачі інформації споживачу (спеціальні елементи). Якщо внаслідок дій/бездіяльності органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб базові елементи недостатньо гарантовані чи *de facto* не гарантовані, то у такому випадку споживач має право звертатися до держави за захистом своїх прав.

Ключові слова: фізична особа – споживач, недобросовісна реклама, довіра споживача до реклами, споживчі відносини

Умовою сталого розвитку суспільних відносин, зокрема відносин за участю фізичних осіб – споживачів, є належний теоретико-правовий аналіз та вирішення питань відповідності ступеня правового регулювання цих відносин вимогам часу. До окремих питань правового регулювання відносин за участю споживача слід віднести вплив на нього реклами.

Згідно з частиною першою статті 7 Закону України "Про рекламу" основними принципами реклами є: законність, точність, достовірність, використання форм та засобів, які не завдають споживачеві реклами шкоди. При цьому статтею 1 Закону України "Про рекламу" визначається, недобросовісна реклама, під якою розуміється реклама, яка вводить або може ввести в оману споживачів реклами, завдати шкоди особам, державі чи суспільству внаслідок неточності, недостовірності, двозначності, перебільшення, замовчування, порушення вимог щодо часу, місця і способу розповсюдження.

Крім того, відповідно до частини першої статті 10 Закону України "Про рекламу" недобросовісна реклама забороняється, однак наведена законодавча заборона неодноразово порушується суб'єктами господарювання, оскільки така реклама є легким та доволі

the consumer's trust in advertising and whether this consumer has certain basic knowledge of it.

As a result, the study concludes that the natural person – consumer today is more vulnerable than ever. The rapid development of information and communication technologies, despite its progressiveness, is not sufficiently focused on ensuring the rights of individuals, and is quite often used to their detriment. At the same time, the author proposed a definition of the consumer's trust in advertising as awareness, conviction, confidence of the consumer that the information presented in the advertisement is *bona fide*.

In addition, the article proposes to consider the consumer's trust in the information presented in the advertisement as: 1) guaranteed by the state, as a result of the admission to the market of certain goods, works or services (basic elements); 2) such that is subject to verification as a result of its submission to the consumer (special elements). If, as a result of the actions/inaction of state authorities or local self-government bodies, their officials, the basic elements are insufficiently guaranteed or *de facto* not guaranteed, then in this case the consumer has the right to appeal to the state for the protection of his rights.

Keywords: natural person - consumer, unfair advertising, consumer trust in advertising, consumer relations

ефективним способом впливу на споживача з метою його залучення (в тому числі з комерційною метою) та отримання неправомірних переваг в конкуренції. Тому, хоча і наведене визначення "недобросовісної реклами" є доволі широким (фактично йдеться про превентивний підхід), однак це логічно з огляду на той факт, що йдеться про захист як фізичних осіб, так і юридичних осіб, а також те, що реклама на сьогодні є фактично повсюдною (телевізор, ЗМІ, соціальні мережі, онлайн ігри, месенджери тощо).

Метою статті є проведення науково-правового аналізу впливу реклами на споживача в контексті його довіри та вироблення підходів щодо визначення меж такого впливу.

Одним з фундаментальних прав споживачів визнається право на інформацію про продукцію, а реклама досить часто є джерелом такої інформації. Прагнення продавця будь-якою ціною привернути увагу споживача і викликати інтерес до себе і своєї продукції, а також впливати на поведінку споживача, призводить здебільшого до порушення основних прав споживача, оскільки останній не отримує доступної, своєчасної, повної та достовірної інформації про продукцію, а подекуди реклама про продукцію визнається такою, що вводить в оману споживача із застосуванням методів нечесної підприємницької практики [1, с. 1].

Мета реклами – укласти якомога більше цивільно-правових договорів. Реклама спонукає до вступу в певні відносини, що, як правило, тягне за собою наступні наслідки для майна, здоров'я чи інших благ, які охороняються законом [2, с. 8]. Що стосується рекламних методів та засобів поширення, то фантазія рекламодавців, технологічний розвиток та еволюція маркетингових технологій призводять до того, що феномен реклами зазнає безперервних інновацій. Поряд із традиційними засобами поширення – такими як телебачення, газети та періодичні видання, рекламні щити, прямий маркетинг (тобто пошта, телефон, пропозиції від дверей до дверей), радіо, кіно та упаковка самих продуктів – народжуються нові рекламні засоби, наприклад, Інтернет: все залежить від винахідливості та ініціативності операторів [3]. Вплив реклами на вибір споживача незаперечний. І саме цей факт вимагає, щоб реклама була чесною та правдивою. Оманлива та неправдива реклами не просто неетичні; вони спотворюють конкуренцію і, звичайно, вибір споживача. Неправдива та оманлива реклами фактично порушують декілька основних прав споживачів: право на інформацію, право на вибір, право на захист від небезпечних товарів та послуг, а також від недобросовісних торгових практик (тут і далі переклад наш – Р. П.) [4].

Для споживача реклама має особливе значення, оскільки саме внаслідок її сприйняття у споживача потенційно формується бажання придбання/непридбання певного товару, роботи чи послуги. І як доволі слушно відмітив Б. В. Воєводін, до юридичних підстав виникнення рекламних правовідносин також можна віднести факт "сприйняття споживачем реклами" [5]. Водночас цілком зрозуміло, що суб'єкт господарювання, в тому числі через рекламу, зацікавлений у просуванні на ринку своїх товарів, робіт чи послуг задля отримання прибутку, і це його право.

Свідомість споживача та вільне формування його волі щодо придбання товару, роботи чи послуги безпосередньо пов'язані з психологічними аспектами його діяльності. А тому, будь-яке застосування реклами до споживача є певним психологічним впливом на нього, що неодноразово стає психологічним тиском з метою викликати у споживача бажання необхідності чи потребу у придбанні певного товару, роботи чи послуги. До такого психологічного впливу можна віднести, зокрема неправдиву та оманливу рекламу.

Так, на переконання Пушпи Джірімаджі (Pushpa Girimaji) неправдиву та оманливу рекламу загалом, можна класифікувати на дві групи: до першої групи, вона відносить усі ті реклами, які торгують лікуванням здоров'я та ліками сумнівної ефективності, а також гаджетами для здоров'я невідомого значення. Вона також включає до цієї групи неправдиві заяви, пов'язані з харчуванням, особливо ті, які націлені на дітей, людей похилого віку та людей з певними проблемами зі здоров'ям, такими як діабет. Ця група реклами є найнебезпечнішою, оскільки вона може мати серйозні наслідки для здоров'я споживача.

До другої групи автор включає всі інші види помилкової реклами (не пов'язаної зі здоров'ям, харчуванням), яка порушує права споживачів на інформацію та вибір, і тим самим

може заподіяти споживачеві фінансові втрати і навіть душевні страждання [4]. Таким чином, автор поділяє неправдиву та оманливу рекламу на: 1) таку, що може завдати шкоди життю та здоров'ю людини, та 2) таку, що може завдати моральної та/або матеріальної шкоди.

Дійсно, якщо розглядати недобросовісну рекламу крізь призму захисту прав споживачів, то вимоги до її кваліфікації повинні враховувати зазначений поділ, оскільки матеріальна та моральна шкода, а також шкода завдана життю чи здоров'ю споживача є неспівмірною з ймовірними перевагами суб'єкта, який використовує таку рекламу.

У своєму Звіті за результатами дослідження з виявлення та припинення недобросовісних практик в сфері реклами лікарських засобів, біологічно активних добавок, лікувальних процедур, антисептичних та дезінфекційних засобів (2020) Антимонопольний комітет України вказав таке:

"(28) Використовуючи різні твердження у рекламних матеріалах певний суб'єкт господарювання прагне того, щоб така інформація формувала позитивне враження про продукт, що рекламується.

(29) За результатами аналізу інформації, отриманої у ході дослідження, можна зробити висновок, що вся інформація, яка в них поширюється, спрямована на перебільшення властивостей кінцевого продукту та посилення вражень щодо його беззаперечної та/або безапеляційної дії при певній проблемі (чи проблемах). При цьому, така реклама сформована таким чином, що однозначно вказує на властивості відповідних лікарських засобів, що не завжди може бути таким, що відповідає критеріям повноти та/або точності та/або правдивості. Сприймаючи таку рекламу, пересічний споживач отримує обмежену інформацію про властивості, якість та/або інші характеристики лікарських засобів та формує хибні враження про дійсні характеристики, що можуть призводити до негативних наслідків.

(30) Питання чіткого викладення інформації у рекламі, є важливим, оскільки реклама лікарських засобів, досить опосередковано вказує протипоказання, що містить конкретний лікарський засіб. Безапеляційність та гарантованість тверджень, що містяться у рекламній інформації, може вплинути на вибір відповідних ліків, адже здебільшого людина керується інформацією поширеною в ЗМІ, а не рекомендаціями лікаря.

(31) Саме тому, вагоме значення має зміст реклами лікарських засобів, що поширюється в різних ЗМІ, зокрема через посилення такого явища як самолікування" [6]. Таким чином, Антимонопольний комітет України констатував, що у сфері реклами лікарських засобів, біологічно активних добавок, лікувальних процедур, антисептичних та дезінфекційних засобів наявні більшою мірою порушення законодавства у сфері конкуренції, що призводять і до порушення прав споживача. При цьому цілком слушно було відзначено, що спосіб подачі інформації про певну продукцію, яка міститься у рекламі, може вплинути на вільний вибір такої продукції, оскільки фізична особа – споживач на практиці здебільшого керується інформацією поширеною в ЗМІ, рекомендаціями знайомих, а не рекомендаціями спеціаліста. На наше переконання, більш полегшене сприйняття такої інформації також обумовлюється її повторюваністю, у деяких випадках повсюдністю, та складним процесом перевірки на предмет її об'єктивності.

При цьому слід говорити про певну межу можливого впливу (чи навіть тиску), оскільки довіра споживача до рекламної інформації чи наявність загальних знань у нього про певний товар не повинні презюмуватися як різномірні та безмежні. Наведена теза підтверджується і положенням частини дев'ятої статті 15 Закону України "Про захист прав споживачів", відповідно до якого під час розгляду вимог споживача про відшкодування збитків, завданих недостовірною або неповною інформацією про продукцію чи недобросовісною рекламою, необхідно виходити з припущення, що у споживача немає спеціальних знань про властивості та характеристики продукції, яку він придбаває.

Довіра – це певний чинник, показник ефективності рекламного звернення, так званий лакмусовий папірець того, чи вдалою є реклама, чи спричинить вона попит на той чи той товар, чи зачепила вона саме ті "струни" в споживача, на які розраховував виробник [7]. Довіра споживача до реклами є доволі значимою, оскільки така довіра – це усвідомлення,



переконання, впевненість споживача в тому, що інформація, подана в рекламі є добросовісною. Водночас потрібно насамперед визначити мінімальні критерії щодо довіри споживача до реклами та наявності у нього певних базових знань. Для прикладу, якщо рекламується товар, який законно введено в обіг, то споживач, з огляду на положення статей 3, 6 та 42 Конституції України, має певну довіру до нього, як такого, що санкціонований органами державної влади чи органами місцевого самоврядування. У цьому випадку фактично йдеться лише про базові елементи, що дозволяють говорити про довіру споживача до товару. Проте питання комплексного сприйняття реклами залишається відкритим.

Доволі цікаво про вплив реклами зазначено в Директиві 2006/114/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 12 грудня 2006 року про введення в оману та порівняльну рекламу (кодифікована версія) [8] (далі – Директива 2006/114/ЄС), якою передбачено, що "реклама, незалежно від того, чи призводить або не призводить вона до укладання угоди, впливає на благополуччя споживачів та торгівців" та, що "повинні бути встановлені мінімальні та об'єктивні критерії визначення реклами як такої, що вводить в оману".

Водночас відповідно до статті 3 Директиви 2006/114/ЄС при визначенні того, чи реклама є такою, що вводить в оману, потрібно враховувати усі її характеристики, та, зокрема, будь-яку інформацію, що вона містить щодо:

(а) характеристик товарів або послуг, таких, як їхня наявність, характер, виконання, склад, метод та дату виробництва або постачання, прийнятність для використання за призначенням, шляхи використання, кількість, специфікації, географічне або комерційне походження, або результатів, яких слід очікувати від їхнього використання, або результатів та значних характеристик випробувань або перевірок, проведених з товарами та послугами;

(б) ціни або способу розрахунку ціни, та умов, за якими поставляються товари та надаються послуги;

(с) характеру, реквізитів та прав рекламодавця, таких, як його особа та активи, його кваліфікація та власність на промислові, комерційні або інтелектуальні права, або його вирізняючі ознаки та нагороди [8]. Наведені положення відображають підхід, за яким реклама повинна аналізуватися комплексно, тобто з урахуванням не лише характеристик товару, а й характеристик суб'єкта господарювання та особливостей реалізації ним певного товару. У цьому випадку вже доцільно говорити про формування довіри споживача до товару, роботи чи послуги яку в ньому покликана сформувати сама реклама. Тобто, певний товар, що відповідає мінімальним державним стандартам, у рекламі може вказуватися як такий, що значно перевищує певні стандарти, внаслідок, наприклад певних маніпуляцій чи перебільшень. У цьому випадку довіра споживача до реклами повинна підлягати перевірці.

Таким чином, на нашу думку, довіру споживача до інформації, що подається в рекламі слід класифікувати як таку, що є гарантованою державою, внаслідок допуску на ринок певних товарів, робіт чи послуг (базові елементи), та таку, що підлягає перевірці, внаслідок подачі інформації споживачу (спеціальні елементи).

У цьому контексті доцільно навести показову практику окремих антимонопольних органів країн-членів Європейського Союзу щодо притягнення до відповідальності компаній за недобросовісну рекламу. Так, 27 жовтня 2020 року Італійський орган з питань конкуренції (AGCM) оштрафував компанію Apple на 10 мільйонів євро за агресивну та оманливу комерційну практику. У повідомленні регулятора вказується, що Apple рекламувала, окремі моделі iPhone, зазначаючи, що такі є водостійкими, однак не уточнювала, що вони є водостійкими лише за наявності певних умов.

При цьому також зазначається, що відмова Apple від відповідальності надавати гарантійну допомогу, коли ці моделі iPhone були пошкоджені через потрапляння води або інших рідин, перешкоджає здійсненню прав споживачів, наданих їм законом стосовно гарантії або Споживчим кодексом Італії [9].

Своєю чергою Угорський орган з питань конкуренції (GVH) наклав штраф на оператора порталу онлайн-бронювання booking.com у розмірі 2,5 млрд форинтів і одночасно заборонив голландській компанії продовжувати свої агресивні методи продажів. Згідно з рішенням

органу, що займається питаннями конкуренції, Booking.com BV здійснював недобросовісну комерційну практику щодо споживачів, серед іншого, оманливу рекламу деяких своїх помешкань із можливістю безкоштовного скасування та здійснюючи надмірний психологічний тиск на споживачів для дострокового замовлення.

Так, Угорський орган з питань конкуренції (GVH) визнав комерційну практику відповідного підприємства, яка була запроваджена на його веб-сайті, у трьох аспектах:

1) у рекламі на телебаченні та в Інтернеті, що рекламують його послуги, компанія робила особливий наголос на "безкоштовне скасування" проживання. Насправді ж споживачі могли скористатися цією можливістю лише протягом обмеженого періоду часу і заплатили вищу ціну, ніж за те саме житло, без опції "безкоштовного скасування", тобто безкоштовна ціна була включена у ціну відповідного житла;

2) у зв'язку з пропозиціями розміщення, доступними на веб-сайті booking.com та за допомогою мобільного додатку booking.com, підприємство застосувало тактику продажу під тиском на кожному етапі процесу пошуку та бронювання житла. Це приймало форму використання інформації, яка привертає увагу (вражаючим кольором, розміром шрифту чи іншою характеристикою) інформації (наприклад, "Ще 32 людини також спостерігають"; "Одна людина розглядає можливість забронювати це житло прямо зараз", "Дуже шуканий! Заброньовано 17 разів за останні 24 години"), що створило у споживачів враження, що помешкання, яке вони переглядали, було затребуваним і обмеженим. Ця практика, ймовірно, чинить психологічний тиск і порушує процес прийняття рішень споживачем, оскільки підсвідомо викликає у споживачів емоції та страх, що якщо вони не забронюють житло якомога швидше, вони можуть це втратити (явище, описане в літературі як ефект FOMO). Все це спотворює рішення споживача щодо транзакції;

3) компанія не забезпечила необхідний рівень професійної допомоги при відображенні пропозицій угорських провайдерів житла при включенні в список бажаних платіжних засобів Széchenyi Pihenőkártya (Карти відпочинку Сечені, "SZÉP Kártya"). По суті, доступність цього способу оплати не відображалася споживачам однаково в усіх місцях та закладах розміщення, що приймають SZÉP Kártya, тим самим, можливо, спотворюючи їх рішення [10].

Крім того, 09 лютого 2021 року Італійський орган з питань конкуренції (AGCM) наклав санкції на Facebook Ireland Ltd. і її материнську компанію Facebook Inc. на загальну суму 7 мільйонів євро за невиконання положень припису, виданого щодо них в листопаді 2018 року.

Зокрема, цим рішенням Італійський орган з питань конкуренції (AGCM) встановив, що Facebook вводить користувачів в оману при реєстрації на своїй платформі, не повідомляючи їх негайно та належним чином – під час активації облікового запису – про збір даних з комерційними намірами, наданих ними і, в більш загальному плані, цілей винагороди, що лежать в основі послуги, підкреслюючи, навпаки, її безоплатність [11]. Як наслідок, зазначене свідчить, що довіра споживача до наведеної продукції на рівні спеціальних елементів не дозволяла констатувати, що така реклама є добросовісною. Тобто, спеціальні елементи довіри споживача до реклами після їх відповідної перевірки уповноваженими органами не могли вважатися такими, що не завдавали шкоди чи не могли б завдати шкоди споживачу.

Висновки. З наведеного вище випливає, що на сьогодні споживач є більш незахищеним ніж будь-коли. Бурхливий розвиток інформаційно-комунікаційних технологій, незважаючи на свою прогресивність, досить мало акцентований на забезпечення прав фізичних осіб, і доволі часто використовується їм на шкоду. У цьому контексті доцільним видається визначення довіри споживача до реклами як усвідомлення, переконання, впевненість споживача в тому, що інформація, подана в рекламі є добросовісною.

Водночас враховуючи, що свідомість споживача та вільне формування його волі щодо придбання товару, роботи чи послуги безпосередньо пов'язані з психологічними аспектами його діяльності, довіри споживача до інформації, що подається в рекламі слід розглядати як:

1) гарантовану державою, внаслідок допуску на ринок певних товарів, робіт чи послуг

(базові елементи); 2) таку, що підлягає перевірці, внаслідок подачі інформації споживачу (спеціальні елементи). Якщо внаслідок дій/бездіяльності органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб базові елементи недостатньо гарантовані чи de facto не гарантовані, то у такому випадку споживач має право звертатися до держави за захистом своїх прав.

#### Посилання:

1. Поплавська М. В. (2015) Право споживача на інформацію про продукцію за законодавством України та ЄС (цивільно-правовий аспект). Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. 20 с.
2. Зоріна Ю. І. (2007) Цивільно-правові відносини при здійсненні рекламної діяльності: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.13. 21 с.
3. Pubblicità ingannevole e comparativa (2021): piccola guida per la tutela del consumatore / Autorità garante della concorrenza e del mercato. Roma : Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 2002. 54 p. URL: [https://www.va.camcom.it/files/tutela\\_reg\\_merc/Guida\\_Pubblicita\\_Ingannevole.pdf](https://www.va.camcom.it/files/tutela_reg_merc/Guida_Pubblicita_Ingannevole.pdf).
4. Pushpa Girimaji (2022), Misleading Advertising and Consumers, Indian Institute of Public Administration, New Delhi 2013, 76 p. URL: [https://consumeraffairs.nic.in/sites/default/files/file-uploads/misleading-advertisements/misleading\\_advertiesment\\_and\\_consumer%20\(1\)\\_0.pdf](https://consumeraffairs.nic.in/sites/default/files/file-uploads/misleading-advertisements/misleading_advertiesment_and_consumer%20(1)_0.pdf).
5. Воеводін Б. В. (2014) Інститут реклами: цивільно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. 20 с. URL: [http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?Z21ID=&I21DBN=EC&P21DBN=EC&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=fullweb&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=I=&S21COLORTERMS=1&S21STR=%D0%A0%D0%90407719\\$](http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=EC&P21DBN=EC&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=fullweb&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=I=&S21COLORTERMS=1&S21STR=%D0%A0%D0%90407719$).
6. Звіт (2020) за результатами дослідження з виявлення та припинення недобросовісних практик в сфері реклами лікарських засобів, біологічно активних добавок, лікувальних процедур, антисептичних та дезінфекційних засобів. URL: <https://amcu.gov.ua/news/amku-zatverdiv-zvit-pronedobrosovisni-praktiki-u-sferi-reklami-likarskih-zasobiv>.
7. Kulchytska, A. (2014) Соціально-психологічні особливості взаємозв'язку ціннісних орієнтацій та довіри до реклами. Психологічні перспективи. 23. С. 159–168. <https://www.psychoprosppects.vnu.edu.ua/index.php/psychoprosppects/article/view/243>.
8. Директива 2006/114/ЄС (2021) Європейського Парламенту та Ради від 12 грудня 2006 року про введення в оману та порівняльну рекламу (кодифікована версія) URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0114>.
9. Sanzione di 10 mln ad Apple per pratiche commerciali ingannevoli e aggressive. Press release (2020). Nov. 30. URL: <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/11/PS11578>.
10. Gigantic fine imposed on Booking.com by the GVH. Press release (2020) Apr. 28. URL: [https://www.gvh.hu/en/press\\_room/press\\_releases/press-releases-2020/gigantic-fine-imposed-on-booking.com-by-the-gvh](https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press-releases-2020/gigantic-fine-imposed-on-booking.com-by-the-gvh).
11. Sanzione a Facebook per 7 milioni. Press release (2021). Feb. 02. URL: <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2021/2/IP330->.

Статтю було подано	15.11.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	20.11.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	28.11.2022	The article was accepted

УДК 346.54

**ЗМІСТ ПРАВОВОГО  
РЕГУЛЮВАННЯ МАРКЕТИНГОВОЇ  
ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ І СВІТІ**

**Іван ТРИЛІНСЬКИЙ**

аспірант

Науково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

**Тетяна ПОПОВИЧ**

кандидат юридичних наук, старший  
дослідник, учений секретар

Науково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

<https://orcid.org/0000-0003-2292-4530>

Метою статті є вивчення та визначення змісту правового регулювання маркетингової діяльності в Україні та світі, дослідження особливостей правового регулювання маркетингу та маркетингової діяльності в Україні та світі та визначення тенденцій розвитку розвитку правового розуміння маркетингової діяльності в сучасному українському та світовому правовому полі.

Основними тенденціями, пов'язаними з правовим регулюванням маркетингової діяльності в Україні та світі, є загальний вплив маркетингу та маркетингової діяльності на більшість сфер людського існування, людські потреби та бажання, а також посилення зв'язку між маркетинговою діяльністю та загальним прогресом у сучасного суспільства, що в свою чергу впливає на розвиток праворозуміння та регулювання маркетингової діяльності. Цей розвиток потребує постійної наукової уваги, що, у свою чергу, сприяє вдосконаленню

UDC 346.54

**THE CONTENT OF LEGAL  
REGULATION OF MARKETING  
ACTIVITY IN UKRAINE AND THE  
WORLD**

**TRILINSKY, Ivan**

Postgraduate student

Academician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

**Popovych, Tetiana G.**

Candidate of Legal Sciences, Senior  
Researcher, Academic Secretary

Academician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The purpose of the article is to study and determine the content of the legal regulation of marketing activity in Ukraine and the world, to study the peculiarities of the legal regulation of marketing and marketing activity in Ukraine and the world, and to determine the trends in the development of the legal understanding of marketing activity in the modern Ukrainian and global legal field.

The main trends related to the legal regulation of marketing activities in Ukraine and the world are the general influence of marketing and marketing activities on most spheres of human existence, human needs and desires, as well as the growing connection between marketing activities and general progress in modern society that in turn affects the development of legal understanding and regulation of marketing activities. This development requires constant scientific attention, which in turn contributes to the improvement of the legal understanding of marketing activity and thus improves the

правового розуміння маркетингової діяльності, а отже покращує здійснення підприємницької діяльності, яка, безсумнівно, є невід'ємною частиною життя людини в сучасному світі. Дослідження у сфері правового регулювання маркетингу та маркетингової діяльності також сприяють вдосконаленню нормативно-правової бази у сфері регулювання правовідносин підприємницької діяльності, що, безсумнівно, покращить правову ситуацію та принесе користь у популяризації підприємницької та маркетингової діяльності серед людей різних соціальних верств населення.

Зазвичай розробка законодавчих пропозицій щодо обмеження реклами викликає негативну реакцію виробників. Спротив перспективі жорсткішого регулювання реклами очевидний. Під час офіційних, відкритих аспектів переговорів часто існує лобювання з боку комерційних акторів. Хоча лобістів на громадських слуханнях побачиш рідко. Варто підкреслити важливість неформальних дискусій між депутатами та представниками індустрії, які відбувалися поза офіційними засіданнями, а взаємодія парламентаріїв із комерційним сектором може бути менш прозорою, ніж із громадянським суспільством. Має бути чітке усвідомлення того, що докладні, логічні чи технічні аргументи були набагато менш значущими у формуванні результатів, ніж соціальний капітал чи політичні розрахунки. Попередні переговори повинні переважати і формувати конкретні аргументи в маркетинговій діяльності.

Чітке визначення змісту правового регулювання маркетингової діяльності та ефективне законодавче закріплення маркетингових відносин забезпечать вирішення проблем перевиробництва та запобігання їх виникненню в майбутньому, сприятимуть підтриманню відповідності попиту та пропозиції, покращенню рівень забезпечення загальнодержавних і суспільних потреб,

implementation of entrepreneurial activity, which is undoubtedly an integral part of human life in the modern world. Research in the field of legal regulation of marketing and marketing activity also contributes to the improvement of the legal framework in the field of regulation of legal relations of entrepreneurial activity, which will undoubtedly improve the legal situation and bring benefits in the popularization of entrepreneurial and marketing activities among people of different social strata of the population.

Usually, the development of legislative proposals to limit advertising causes a negative reaction from manufacturers. The opposition to the prospect of more stringent advertising regulation is obvious. There is often lobbying by commercial actors during the formal, open aspects of negotiations. Although it is rare to see lobbyists at public hearings. It is worth emphasizing the importance of informal discussions between MPs and industry representatives that took place outside official sessions, and the interaction of parliamentarians with the commercial sector can be less transparent than with civil society. There must be a clear sense that detailed, logical or technical arguments were far less significant in shaping outcomes than social capital or political calculations. Preliminary negotiations should prevail and form specific arguments in marketing activities.

A clear definition of the content of the legal regulation of marketing activity and effective legislative consolidation of marketing relations will provide a solution to the problems of overproduction and prevent their occurrence in the future, will help to maintain the correspondence of supply and demand, improve the level of provision of national and public needs, support the promotion of investments in the private and public sector of the economy, which in turn, it will ensure the improvement of the standard of living of citizens and increase the competitiveness of national producers. This is extremely necessary for the ability of our

сприяти заохоченню інвестицій у приватний і державний сектори економіки, що в свою чергу забезпечить підвищення рівня життя громадян та підвищення конкурентоспроможності національних товаровиробників. Це вкрай необхідно для того, щоб наші виробники могли посідати найкращі місця на міжнародному ринку товарів і послуг, а також забезпечувати національний прогрес та інтереси нашої держави на світовій арені.

Ключові слова: маркетинг, правове регулювання маркетингу, зміст маркетингу, маркетингова діяльність, споживач, ринкові відносини

manufacturers to occupy the best places in the international market of goods and services, as well as to ensure national progress and the interests of our state on the world stage.

Keywords: marketing, legal regulation of marketing, marketing content, marketing activity, consumer, market relations

The purpose of the article is to study and determine the content of the legal regulation of marketing activity in Ukraine and the world, to study the peculiarities of the legal regulation of marketing and marketing activity in Ukraine and the world, and to determine the trends in the development of the legal understanding of marketing activity in the modern Ukrainian and global legal field.

Based on the purpose of the research, we set and solved the following tasks in our work: to investigate and determine the content of legal regulation of marketing activity in Ukraine and the world, to investigate the trends in the development of legal regulation of marketing activity in Ukraine and the world. The methodological basis of the article is a systematic and logical approach to the analysis of processes and phenomena in the modern legal understanding and regulation of marketing activities. During the study of the problem of determining the content of legal regulation of marketing activity in Ukraine and the world, theoretical and empirical methods of knowledge were organically combined.

The main trends related to the legal regulation of marketing activities in Ukraine and the world are the general influence of marketing and marketing activities on most spheres of human existence, human needs and desires, as well as the growing connection between marketing activities and general progress in modern society that in turn affects the development of legal understanding and regulation of marketing activities. This development requires constant scientific attention, which in turn contributes to the improvement of the legal understanding of marketing activity and thus improves the implementation of entrepreneurial activity, which is undoubtedly an integral part of human life in the modern world. Research in the field of legal regulation of marketing and marketing activity also contributes to the improvement of the legal framework in the field of regulation of legal relations of entrepreneurial activity, which will undoubtedly improve the legal situation and bring benefits in the popularization of entrepreneurial and marketing activities among people of different social strata of the population.

Marketing is part of politics. This illustrates the protracted nature of debates in this policy sphere. According to the Alana Institute, a non-profit organization that has sought to prohibit marketing communication directed at children since 2005. The inability of public health advocates to secure effective marketing regulations, however, suggests the need to re-examine such claims and highlights the need for further research into corporate political activity (CPA) [1, 2]. Similarly, a focus on marketing is appropriate given its significance to both health policy and to the global food industry, while the fractured and confused context of marketing regulation suggests the need to explore the relevance of industry opposition.

Political influences on marketing regulation have traditionally been shaped by social influence operating outside and between formal negotiations, attempting to contribute to the understanding of CPA through its explicit focus on informal governance [3]. Traditionally, legislative frameworks have been vulnerable and inadequate, aimed at substantially restricting advertising to children, placing the CPA taxonomy in a context in which policy-making is informed by informal relationships and largely shaped by social capital.

Usually, the development of legislative proposals to limit advertising causes a negative reaction from manufacturers. The opposition to the prospect of more stringent advertising regulation is obvious [4]. There is often lobbying by commercial actors during the formal, open aspects of negotiations. Although it is rare to see lobbyists at public hearings. It is worth emphasizing the importance of informal discussions between MPs and industry representatives that took place outside official sessions, and the interaction of parliamentarians with the commercial sector can be less transparent than with civil society. There must be a clear sense that detailed, logical or technical arguments were far less significant in shaping outcomes than social capital or political calculations. Preliminary negotiations should prevail and form specific arguments in marketing activities.

At this stage of the development of the economy of Ukraine, marketing occupies one of the most prominent places, since it directly affects the positive and profitable result of entrepreneurial activity. Marketing is defined as the main basis of business activity - it is a concrete understanding by a citizen of his entrepreneurial activity, aimed at determining and ensuring the needs of consumers and citizens as a whole.

The main element of the implementation of marketing activity is a clearly defined method of legal regulation, because the legislation that regulates the implementation of marketing and marketing activities affects the ability of entrepreneurs to clearly understand their rights and obligations, which in turn affects the legality and correctness of their actions. For example, during contact with potential buyers and clients, the entrepreneur can act in the legal field to ensure their wishes and needs.

Another important aspect is that entrepreneurs will be aware of their obligations not to violate antimonopoly legislation with their actions, as well as to act according to the principles of commercial secrecy. Marketing and all its components, such as price policy, determination of the most necessary and profitable goods or services for sale, methods of sale, places of sale, marketing communications are carried out in accordance with specific legal acts.

Legal regulation of marketing activity is a fairly young element in the modern legislation of Ukraine. In connection with the relentless increase in the influence of marketing on modern business activity in Ukraine and the world, as well as the consolidation of the market economy in Ukraine, it is increasingly urgent to ensure the legal consolidation of all aspects of marketing and marketing activities in the legislation of Ukraine. To date, we can say that the development of the legal understanding of marketing activities and its legal consolidation are beginning to gain momentum.

The subject of marketing law includes three related types of relationships. One of them defines specific marketing relationships, that is, relationships that are the main element of marketing activities. They can be considered conducting marketing research, determining the target audience, etc.

One of the main elements of the subject of marketing activity is the relationship between subjects of marketing activity and state bodies. Such relations can be considered the actions of state bodies in the sphere of state regulation of prices on the goods market, ensuring compliance with antimonopoly legislation, compliance with standardization, ensuring healthy competition, etc.

The main task of marketing activity and regulatory legislation can be called ensuring legality and equality among participants in legal relations during the implementation of business activities, which also consists in compliance with legislation in the field of marketing activities for further profit.

It is also worth noting that at the current stage of development of the market economy in Ukraine, there is a direct need for legal awareness, as well as the experience of using this legal

knowledge in business practice among entrepreneurs, marketers, as well as employees who specialize in advertising, since compliance with the law during the implementation of marketing activity is the greatest necessity to ensure a positive result and profitability from the implementation of entrepreneurial activity. It is also obvious that today entrepreneurs and marketers who have knowledge and experience in the field of legal implementation of marketing and marketing activities increase their value on the labor market due to their ability to solve organizational and economic issues in the field of advertising, as well as the direct influence of legislation in the field of marketing for business, production and marketing activities.

Over time, more and more sellers of goods and services began to enter the Ukrainian market, many of them foreign, who most often had extensive experience in marketing activities, which in turn influenced the need for private and public enterprises in Ukraine to research and improve their understanding the legal basis of marketing activity. Correct and effective regulation of relations in the field of marketing ensures the solution of many problems of entrepreneurial activity, such as overcoming the problem of overproduction, ensuring economic growth, meeting the needs of society, maintaining the correspondence of supply and demand, encouraging investment in production and ensuring the competitiveness of national enterprises.

It is worth noting that in order to determine the essence of the issue of the content of the legal regulation of marketing activities in Ukraine, it is necessary to examine the toolkit of concepts that was formed in the domestic legal literature. It should be noted that in the Ukrainian legislative base there is a system of distinguishing various activities related to entrepreneurial activity, such as commercial, informational, transport, marketing law, etc., most of which are fixed in the main branches of law.

It should also be noted that the norms regulating marketing activity should be distinguished in such specific main areas as economic, civil, procedural, administrative and financial law. Based on this, it can be noted that according to the construction of the Ukrainian legal system, such a right as marketing can be defined as a complex field of law.

The Tax Code of Ukraine [5], in particular paragraphs 14.1.108 contains a clear definition of the legal concept of marketing. Marketing is defined as an activity that is carried out in the form of providing services that ensure the functioning of the taxpayer's activities in the field of market research, promotion of sales of products (works, services), price policy, organization and management of the movement of products (works, services) to the consumer and after-sales service of the consumer within the economic activity of such a taxpayer.

This article also contains a definition of the concept of various types of marketing services, namely: (1) services for placing the taxpayer's products at the points of sale; (2) services for the study, research and analysis of consumer demand, entering products (works, services) of the taxpayer into sales information databases; (3) services for collecting and distributing information about products (works, services).

Another aspect of the study of the essence of the content of legal regulation of marketing activity in Ukraine and the world is the definition and study of one of the constituent elements of marketing activity - the marketing information system. First of all, it is necessary to study the definition of the marketing information system given by scientists. V. Darchuk notes that the marketing information system is a set of structures of methods, the main task of which is the systematic and effective collection, analysis, processing and preservation of marketing information of the enterprise, which is provided to employees and specialists at the enterprise for the further use of this information for making management decisions [6].

It is also worth noting that marketing information makes it possible to investigate the advantages of competitive enterprises, reduce the financial risk of sending new goods and services to the market, investigate the attitude of buyers and customers to goods and companies in general, monitor changes in the market for goods and services, and form company action plans and adequately evaluate its activities, improve the level of trust of buyers and clients in the advertising of goods and services, improve the efficiency and effectiveness of production and the company in general [6]. It should be noted that marketing information can be divided according to the order of



access into open and restricted information. As a general rule, the definition of open information is based on the principle of presumption, that is, all possible information can be attributed to it, except for that which has restrictions in the law on access to it.

In some cases, “private” associations are assigned regulatory functions by the state, giving them a quasi-public character (professional licensing bodies). Finally, even at the public level of authority, one can distinguish regulations by the scope of the political authority (as in city, county, state, regional and national governments). In some cases, political jurisdiction has inherent rights under the prevailing social contract (the national and state governments) [3]. Other units of government do not have sovereignty, but have been delegated their authority by some higher level of government city charters granted by states.

Along a second dimension of political authority lie regulatory instruments which are more or less compatible with exchange. Though continuous, we can distinguish five discrete categories:

1. Market Creating: public policies designed to create markets, by establishing rights, incentives and opportunities for exchange; e.g., creating a market for air pollution “rights.”

2. Market Facilitating: policies which promote or improve the operation of markets by reducing transactions costs, enhancing incentives or internalizing benefits and costs; e.g., public investment in transportation to expand the geographic scope of markets by reducing transport costs.

3. Market Modifying: regulations which attempt to change the conduct of subjects, the objects, medium or terms of exchange, in order to produce outcomes different from those the market would otherwise produce; e.g., agricultural marketing orders.

4. Market Substituting: policies which create substitutes for markets, in which instruments of political authority are used to allocate or distribute resources or control conduct of individuals or organizations outcomes are achieved, but by the exercise of authority, rather than by exchange; e.g., the provision of public-school education through rationing rather than through market exchange.

5. Market Proscribing: policies which attempt to prohibit exchanges by particular subject: or of particular objects, with no attempt to use authority as a substitute method for achieving a given outcome; rather, authority is used in an effort to prevent that outcome from occurring; e.g., laws prohibiting the sale of dangerous drugs.

A third dimension along which policies differ is their respective degree of cohesion or compulsion. At one extreme, there are laws or policies which carry virtually no compulsion, because they are superfluous (i.e., people would have acted in the legally prescribed way with or without the law; unenforced (for lack of adequate enforcement capacity, prosecutorial discretion or social consensus that it is a “bad law”; or though enforced, the sanctions imposed are not sufficiently severe to have much effect on conduct. At the other extreme, policies can be extremely coercive, when enforcement and sanctions are highly effective and the conduct prescribed or proscribed by the law is greatly different from individual preferences. Most laws, of course, lie in that middle ground in which the individual’s conduct is modified, but with no great sense of loss of personal freedom due to a high degree of compulsion. When categorizing policies with respect to coerciveness, it should be noted that laws often require us to do what is good for us and others; we are happy to comply with the law, and happy to have the law so that others will comply as well (e.g., traffic laws).

These three dimensions of authority, the degree of publicness, the degree of compatibility with exchange, and the degree of compulsion, explain much of the ideological battle over the use of authority in general, or the selection of public policies in particular. Libertarians prefer instruments of authority which are more private, less public; most compatible with markets; and least coercive. Conservatives tend to prefer policies which protect prevailing property interests (whether compatible with markets or not) and that are coercive (e.g., heavy penalties for socially unacceptable behavior).

Based on this, it can be said that in those situations where the legislation does not clearly define the legal status of this or that information, it is considered that, as a general rule, the presumption of

openness can be used to determine the legal status of information. It is also worth noting that in the case of a conflict of interests, the presumption of openness of information can be used, which will determine the direct need to prove the legality of the closure of information, and not the right to access this information.

The legislation defines that restricted access to marketing information includes confidential information, such as information about a natural person, as well as information to which access is restricted to a natural or legal person, except for subjects of authority. Confidential information may be disseminated at the request (consent) of the relevant person in the order determined by him in accordance with the conditions stipulated by him, as well as in other cases determined by law [7, Art. 21].

**Conclusions:**

A clear definition of the content of the legal regulation of marketing activity and effective legislative consolidation of marketing relations will provide a solution to the problems of overproduction and prevent their occurrence in the future, will help to maintain the correspondence of supply and demand, improve the level of provision of national and public needs, support the promotion of investments in the private and public sector of the economy, which in turn, it will ensure the improvement of the standard of living of citizens and increase the competitiveness of national producers. This is extremely necessary for the ability of our manufacturers to occupy the best places in the international market of goods and services, as well as to ensure national progress and the interests of our state on the world stage.

**Посилання:**

1. Camila Maranha Paes de Carvalho and other (2022) «Private and personal»: Corporate political activity, informal governance, and the undermining of marketing regulation in Brazil. *Global public health*. Vol. 17. №. 9. P. 1902–1912. <https://doi.org/10.1080/17441692.2021.1988128>. URL: <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/17441692.2021.1988128?src=getfr>
2. James M. Carman and Robert G. Harris (2016) Public Regulation of Marketing Activity, Part III: A Typology of Regulatory Failures and Implications for Marketing and Public Policy. *Journal of Macromarketing*. Volume 6, Issue 1, September 15. <https://doi.org/10.1177/027614678600600108>. URL: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/027614678600600108>.
3. James M. Carman and Robert G. Harris (2016) Public Regulation of Marketing Activity: Part II: Regulatory Responses to Market Failures. *Journal of Macromarketing*. Volume 4, Issue 1, September 15. <https://doi.org/10.1177/027614678400400105>. URL: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/027614678400400105>.
4. James M. Carman and Robert G. Harris (2016) Public Regulation of Marketing Activity: Part I: Institutional Typologies of Market Failure. *Journal of Macromarketing*. Volume 3, Issue 1, September 15. <https://doi.org/10.1177/027614678300300108>. URL: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/027614678300300108>.
5. Податковий кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2011. № № 13–17. Ст. 112.
6. Крижко О. В., Дарчук В. Г. (2016) Інформаційні системи в маркетинговій діяльності. *Економіка. Менеджмент. Бізнес*. № 4 (18). С. 113–120.
7. Про інформацію : Закон України. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 48. Ст. 650.

Статтю було подано	05.12.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	11.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	15.12.2022	The article was accepted

УДК 347.73

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА  
ПОРЯДОК РЕЄСТРАЦІЇ БАНКІВ З  
ІНОЗЕМНИМ КАПІТАЛОМ  
НАЦІОНАЛЬНИМ БАНКОМ  
УКРАЇНИ**

**Андрій ЦВЕТКОВ**

кандидат юридичних наук, старший  
науковий співробітник

Науково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

<https://orcid.org/0000-0002-3239-322X>

У статті досліджено проблеми та перспективи правового регулювання процедури реєстрації банків з іноземним капіталом Національним банком України. Автор стверджує, що реєстрація банку з іноземним капіталом супроводжується отриманням основних дозвілних документів від Національного банку України як органу контролю в системі центральних органів державної влади України.

У статті аналізується питання про один із важливих факторів впливу іноземного капіталу на банківську систему України – набуття та збільшення значної участі в банках з іноземним капіталом. Висвітлено загальні вимоги та особливості порядку набуття (збільшення) істотної участі нерезидентів у банках України, а також роль Національного банку України в цьому процесі. Акцентовано увагу на правових проблемах набуття (збільшення) нерезидентами істотної участі в банках України.

Автор підкреслює, що вимога щодо репутації та ділових якостей майбутніх членів виконавчого органу банку була відома банківській системі незалежної України з моменту її відокремлення від банківської системи СРСР та створення самостійної системи.

Автор також зазначає, що завер-

UDC 347.73

**LEGAL REGULATION AND  
REGISTRATION PROCEDURE OF  
BANKS WITH FOREIGN CAPITAL  
BY THE NATIONAL BANK OF  
UKRAINE**

**Tsvytkov, Andriy**

Candidate of Legal Sciences, Senior  
Researcher

Academician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The article examines problems and prospects of legal regulation of the registration procedure of banks with foreign capital by the National Bank of Ukraine. The author argues that registration of the bank with foreign capital is accompanied with the receipt of basic authorization documents from the National Bank of Ukraine as a control body in the system of central governmental bodies of Ukraine.

The article analyzes the question of one of the important factors of the influence of foreign capital on the banking system of Ukraine - the acquisition and increase of significant participation in banks with foreign capital. General requirements and specifics of the procedure for acquisition (increase) of substantial participation by non-residents in banks of Ukraine as well as the role of the National Bank of Ukraine in this process are highlighted. Attention is focused on the legal problems of non-residents acquiring (increasing) significant participation in banks of Ukraine.

The author underlines that the requirement regarding the reputation and business qualities of future members of the bank's executive body has been known to the banking system of independent Ukraine since its separation from the banking system of the USSR and

шальним етапом є отримання банком ліцензії Національного банку України на здійснення банківської діяльності. Новостворений банк у семиденний строк після державної реєстрації юридичної особи письмово повідомляє про це Національний банк України та протягом одного року подає до Національного банку України документи для отримання банківської ліцензії.

Як наслідок, автор підкреслює значну складність такого процесу на даний момент. Це не відповідає загальній концепції спрощення будь-яких реєстраційних та дозвільних процедур у сфері господарської діяльності. Подвійна реєстрація банку, реєстрація у державного реєстратора, є формальною, оскільки основна частина банківської документації перевіряється структурами Національного банку України, який має як досвід, так і практику розгляду таких документів, і є, з авт. точки зору, непотріб. Незважаючи на те, що ця процедура покликана спростити процедуру державної реєстрації юридичних осіб, досить скоро вона стане єдиною процедурою для банків: законодавча база для процедури державної реєстрації такого специфічного явища, як банк, не створена. Національний банк України залишається єдиним органом банківського регулювання та нагляду, якому, попри неодноразові спроби, не знайдено альтернативи. Так, пропонується спростити процедуру реєстрації банків шляхом удосконалення нормативно-правових актів Національного банку України.

Автор також дійшов висновку, що законодавчі норми, які регулюють допуск іноземного капіталу на внутрішній ринок банківських послуг, є недостатньо ефективними щодо регулювання присутності іноземних банків з державним капіталом країни-донора, що досить негативно впливає на фінансову безпеку країни. Банківської системи та держави в цілому. Удосконалення законодавчих, наглядових та стратегічних ініціатив щодо регулювання діяльності банків з іноземним капіталом дасть змогу створити умови для його ефективного викорис-

establishment of the independent system.

The author also notes that the final stage is when bank obtains a license from the National Bank of Ukraine to conduct banking activities. A newly established bank shall notify the National Bank of Ukraine in writing within seven days after state registration as a legal entity and submit documents to the National Bank of Ukraine for obtaining a banking license within one year.

As a result, the author emphasizes a significant complexity of such process now. This does not correspond to the general concept of simplifying any registration and licensing procedures in the field of economic activity. The bank dual registration, registration with the state registrar, is formal, because the bulk of bank-specific documentation is reviewed by the structures of the National Bank of Ukraine, which has both experience and practice in reviewing such documents, and is, from author's point of view, unnecessary. Although this procedure is designed to simplify the procedure for state registration of legal entities, it will become the only procedure for banks quite soon: the legal framework is not set up for the state registration procedure of such specific phenomenon as a bank. The National Bank of Ukraine remains the only body of banking regulation and supervision to which, despite repeated attempts, no alternative has been found. Thus, it is proposed to simplify the procedure for registering banks by improving the regulatory acts of the National Bank of Ukraine.

The author also concluded that legislative norms regulating the admission of foreign capital to domestic market of banking services are insufficiently effective in terms of regulating the presence of foreign banks with state capital of the donor country, which has a rather negative impact on the financial security of the banking system and the state as a whole. Improvement of legislative, supervisory and strategic initiatives to regulate the activity of banks with foreign capital will make it possible to create

тання в Україні, що позитивно вплине на вітчизняну банківську систему.

conditions for its effective use in Ukraine, which will have a positive impact on the domestic banking system.

Ключові слова: банк з іноземним капіталом, Національний банк України, структура власності, істотна участь, ділова репутація, статутний капітал

Keywords: bank with foreign capital, National Bank of Ukraine, ownership structure, significant participation, business reputation, statutory capital

Дослідженню впливу іноземного капіталу на функціонування банківської системи України присвячена низка наукових публікацій: В.М. Гейця, М.О. Огерчук, Н.В. Приказюк, М.І. Савлука, В.С. Стельмаха, Ф.І. Шпиґа та інших авторів.

Метою статті є дослідження особливостей реєстрації банків з іноземним капіталом Національним банком України та впливу на розвиток вітчизняної банківської системи.

Вступ України до Світової Організації Торгівлі призвів до приходу іноземного капіталу, що збільшило обсяги інвестицій як у банківську, так і в інші галузі економіки. Іноземні банки можуть допомагати розвивати нові гілки бізнесу, де вони мають значний досвід та для чого мають достатню кількість капіталу (ефект масштабу та диверсифікації).

За офіційними даними Національного банку України станом на 01 січня 2012 року в Україні було зареєстровано 198 банків. Проте з 2014 року внаслідок однієї із найсильніших криз, у якій опинилася банківська система України, їх кількість різко скоротилися у зв'язку із визнанням неплатоспроможними або ліквідацією до 77 банків [1].

Станом на 01 жовтня 2022 року, кількість діючих банків на території України становить 67 банків, з них з іноземним капіталом – 30 банків, з яких 22 банки із 100% іноземним капіталом. Банківський сектор продовжує пристосовуватися до роботи у кризових умовах воєнного стану [2].

На сьогоднішній день провідні банки з іноземним капіталом представлені в Україні багатьма європейськими розвинутими країнами, такими як: Австрія, Німеччина, Польща, Франція, Туреччина та іншими, які успішно працюють в Україні.

Процедуру реєстрації банків з іноземним капіталом в Україні можна умовно поділити на два етапи: 1) реєстрація банків з іноземним капіталом в Національному банку України; 2) та реєстрація, отримання дозволів, проходження ряду інших процедур банками з іноземним капіталом в інших органах державної влади.

Ми хотіли б детальніше розглянути особливості реєстрації та легітимізації діяльності таких банків в Національному банку України.

Порядок реєстрації в Україні комерційних банків за участю іноземного капіталу регулюється Конституцією України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР [3], Цивільним кодексом України від 16 січня 2003 року № 435-IV [4], Господарським кодексом України від 16 січня 2003 року № 436-IV [5], Законом України «Про банки і банківську діяльність» від 07 грудня 2000 року № 2121-III [6], Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання діяльності банків» від 15 лютого 2011 року № 3024-VI [7], Постановою Національного банку України «Про затвердження положення про ліцензування банків» № 149 від 22 грудня 2018 року [8], Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців» від 15 травня 2003 року № 755-IV [10], Законом України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 року № 514-VI [11], Законом України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 року № 679-XIV [12], Законом України «Про режим іноземного інвестування» від 19 березня 1996 року № 93/96-ВР [13], Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання іноземних інвестицій та кредитування» від 27 квітня 2010 року № 2155-VI [14], Законом України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 року № 3689-XII [15], Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів

України щодо форми створення банків та розміру статутного капіталу» від 14 вересня 2006 року № 133-V [16] та іншими нормативно правовими документами.

Відповідно до п. 4 ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [6], банком з іноземним капіталом є банк, у якому частка капіталу, що належить хоча б одному іноземному інвестору, становить не менше 10 відсотків [18].

Банк має виключне право на підставі ліцензії Національного банку України здійснювати у сукупності наступні операції: а) залучення грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик; б) відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб та інші [6].

На практиці переважна більшість банків, що створюється або змінює свою організаційно-правову форму, обирає форму публічного акціонерного товариства.

Що стосується поняття «істотна участь», то його визначення міститься у Законі України «Про банки та банківську діяльність» [6] та Законі України «Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання діяльності банків» від 15 лютого 2011 року № 3024-VI [7], та означає пряме та/або опосередковане володіння однією особою самостійно чи спільно з іншими особами 10 і більше відсотками статутного капіталу та/або права голосу акцій, паїв юридичної особи або незалежна від формального володіння можливість значного впливу на управління чи діяльність юридичної особи. Юридична або фізична особи, які мають намір набути або збільшити істотну участь у банку, зобов'язані повідомити про свої наміри цей банк і Національний банк України та подати належний пакет документів.

Відповідно до статті 341 Закону України «Про банки та банківську діяльність» [6], Національний банк України може заборонити придбання/збільшення істотної участі в банку, якщо структура власності юридичної особи не відповідає вимогам прозорості, що встановлюються Національним банком України.

Банки зобов'язані щороку подавати до Національного банку України відомості про свою структуру власності, а також повідомляти про всі зміни у структурі власності та оприлюднювати цю інформацію на власній інтернет-сторінці. На підставі даних цієї сторінки можна буде визначити всіх юридичних та фізичних осіб, які мають пряму та/або непряму істотну участь у банку, а також наявність можливості здійснювати контроль. Ключовою вимогою до структури власності банку, як і раніше, залишається прозорість.

Будь-які зміни у структурі власності банку повинні бути вчасно та у встановлений законом спосіб відображені, а саме: власники істотної участі у банку та ключові учасники у структурі його власності зобов'язані протягом 10 робочих днів з дня настання відповідних змін надавати банку інформацію та документи, необхідні для формування відомостей про його структуру власності.

Рішення про погодження чи про заборону набуття або збільшення істотної участі у банку приймається Національним банком України, протягом двох місяців з моменту подачі передбаченого у статті 341 Закону України «Про банки та банківську діяльність» [6] пакету документів, про що заявник повідомляється у письмовій формі. У рішенні про заборону набуття або збільшення істотної участі, а також про відмову у погодженні набутої/збільшеної істотної участі у банку після її фактичного набуття або збільшення обов'язково зазначаються підстави прийняття такого рішення.

Деякі новели стосуються також безпосередньо нерезидентів. Дотримання наступних трьох умов є обов'язковим для надання дозволу на придбання/збільшення істотної участі нерезидента в українському банку Національним банком України:

1) держава, а якій зареєстрована (має постійне місце проживання) іноземна особа, на належному рівні забезпечує виконання міжнародних стандартів у сфері попередження та протидії легалізації (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом, і фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення;

2) банківський нагляд в державі, в якій зареєстровано іноземний банк, що набуває або збільшує істотну участь, з урахуванням отриманої Національним банком України інформації в цілому відповідає Основним принципам ефективного банківського нагляду Базельського

комітету з питань банківського нагляду, у тому числі в частині забезпечення ефективного нагляду на консолідованій основі;

3) законодавство держави, в якій зареєстрована/має постійне місце проживання іноземна особа, за оцінкою Національного банку України, здійсненою в установленому ним порядку, не містить положень, які можуть перешкоджати/обмежувати взаємодію між Національним банком України та наглядовими/контролюючими органами такої держави та/або перешкоджати Національному банку України у здійсненні ним наглядових повноважень.

З цього слідує, що якщо перші дві умови ще більш-менш справедливі та виправданні, то на скільки нам відомо, на даний момент не існує жодної формальної угоди про взаємодію між Національним банком України та іноземною установою, щоб можна було говорити про виконання третьої умови.

Що стосується санкцій, які можуть застосовуватися у зв'язку з порушенням порядку придбання/збільшення істотної участі, то стаття 73 Закону України «Про банки та банківську діяльність» [6] була доповнена наступним положенням – накладання штрафу на власника істотної участі в розмірі 10% від долі в банку, яка була придбана/збільшена з порушенням встановленого порядку. Нагадаємо, що попередня редакція Закону України «Про банки та банківську діяльність» передбачала можливість накладати заборону на використання права голосу і участі в управлінні справами банку щодо особи, яка придбала/збільшила істотну участь у банку без дозволу Національного банку України. Центральний банк жодного разу за уся свою практику не застосовував цю санкцію.

Засновник або уповноважена особа подає разом з документами про погодження набуття істотної участі в разі створення нового банку до Національного банку документи, потрібні для погодження статуту юридичної особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність. На даному етапі необхідно надати загальну інформацію про главу банку, його замісника і членів наглядової ради, головного бухгалтера, його замісника, членів правління банку; бізнес-план.

Після погодження статуту Національним банком України та за відсутності підстав для відмови в проведенні державної реєстрації або залишення документів, що подані для державної реєстрації, без розгляду, державний реєстратор вносить до реєстраційної картки ідентифікаційний код заявника відповідно до вимог Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України і проводить державну реєстрацію банку як юридичної особи в порядку, визначеному Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців» від 15 травня 2003 року № 755-IV [10].

Пропонуємо зупинитися на питаннях професійної придатності та ділової репутації осіб, які входять до виконавчого органу банку та його головного бухгалтера. Ділова репутація визначається як сукупність підтвердженої інформації про особу, що дає можливість зробити висновок про професійні та управлінські здібності такої особи, її порядність та відповідність її діяльності вимогам закону. Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання діяльності банків» абз. (б) п. 1 ч. 3 вводиться більш детальне визначення ділової репутації: ділова репутація – це відомості, зібрані Національним банком України, про відповідність діяльності юридичної або фізичної особи, у тому числі керівників юридичної особи та власників істотної участі у такій юридичній особі, вимогам закону, діловій практиці та професійній етиці, а також відомості про порядність, професійні та управлінські здібності фізичної особи [7].

Як показує практика, власники істотної участі в банку повинні мати бездоганну ділову репутацію та задовільний фінансовий стан. Слід зауважити, що вимога щодо репутації та ділових якостей майбутніх членів виконавчого органу банку відома банківській системі незалежної України з часів її відокремлення від банківської системи СРСР та створення у самостійну систему. Вимоги щодо надання відомостей, які могли б дати уявлення про професійні здібності та ділові якості особи містились і в найпершій редакції Закону УРСР «Про банки і банківську діяльність» від 20 березня 1991 року № 872-ХІІ [17] і в практичній діяльності у Національного банку України ніколи не виникало проблем щодо формування

висновків стосовно професійної придатності та ділової репутації керівників та членів виконавчого органу майбутнього банку. Однак, на наш погляд, аналізоване питання складає важливу теоретичну цінність для науки банківського права, оскільки в повсякденному житті є ситуації та моменти, які можуть ставити під сумнів ознаку бездоганності її ділової репутації, тому вважаємо за доцільне більш детально зупинитися на теоретико-правових аспектах питання професійної придатності та ділової репутації осіб, які входять до виконавчого органу банку та його головного бухгалтера.

Незважаючи на те, що банківське законодавство під поняттям ділової репутації особи завжди визначало позитивні сторони ділових якостей конкретної фізичної особи, то сучасне цивільне право відносить поняття ділової репутації до властивостей фізичних осіб, включаючи ділову репутацію до інституту особистих немайнових прав, що забезпечують соціальне буття фізичної особи (відповідно до п. 1 ст. 201 Цивільного кодексу України). Практика показує, що нерідко виникають проблеми з визначенням основних критеріїв ділової репутації. Про невідповідність професійної придатності та ділової репутації голови правління (ради директорів) та головного бухгалтера Національний банк України зобов'язаний повідомити уповноваженим особам банку не пізніше місячного строку з дати подання документів. Така репутація має бути підтверджена протягом усього строку, поки вони є такими власниками. Ознакою відсутності бездоганної ділової репутації фізичної особи є такі факти: 1) наявність судимості, не погашеної і не знятої в установленому законодавством порядку; 2) за пред'явленим обвинуваченням у вчиненні злочину не встановлено складу злочину, але виявлено порушення вимог Закону або нормативно-правових актів Національного банку; 3) невиконання зобов'язань з оплати боргу щодо будь-якого банку або іншої юридичної чи фізичної особи; 4) незаконні дії в минулому, що призвели до банкрутства або ліквідації банку чи іншої юридичної особи; 5) звільнення на вимогу Національного банку чи іншого державного органу (у тому числі іноземного); 6) звільнення на підставі пунктів 2, 3, 4, 7, 8 частини першої статті 40 та статті 41 Кодексу законів про працю України (протягом останніх п'яти років); 7) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; 8) неналежне виконання обов'язків як платника податків.

Важливим моментом є також формування статутного капіталу новоствореного банку за рахунок власних коштів засновників. Відповідно до ст. 31 попередньої редакції Закону України «Про банки і банківську діяльність» [6], розмір статутного капіталу становив 75 млн. гривень. Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання діяльності банків» встановлював для новостворених банків мінімальний розмір статутного капіталу на момент державної реєстрації банку не менше 120 млн. грн.

Положеннями статей 30, 31 оновленого Закону України «Про банки і банківську діяльність» [6] передбачено, що мінімальний розмір статутного капіталу банку не може бути меншим 200 млн. гривень; регулятивний капітал включає основний капітал (статутний капітал та розкриті резерви) (Рівень 1) та додатковий капітал (деякі категорії резервів, субординований борг та деякі інші джерела, визначені постановою НБУ) (Рівень 2); статутний капітал банку є компонентом регулятивного капіталу банку.

При цьому додатковий капітал не може бути більш як 100 % основного капіталу, а регулятивний капітал банку не повинен бути меншим за статутний капітал, за виключенням новостворених банків протягом першого року їхньої діяльності. Статутний капітал банку повинен формуватися виключно за рахунок коштів, які мають підтверджені джерела походження, а надання банку документів та відомостей, необхідних для з'ясування джерел походження коштів, що спрямовуються на формування його статутного капіталу, є обов'язковим для учасників банку.

Положення Закону України «Про банки та банківську діяльність» [6] визначають підстави, з яких Національний банк України може заборонити особі набувати або збільшувати істотну участь у банку або відмовити в погодженні набутої/збільшеної істотної участі у банку після її фактичного набуття або збільшення, зокрема:



а) особа, яка, бажає набути або збільшити істотну участь, не має бездоганної ділової репутації. Якщо такою особою є юридична особа, то ця вимога поширюється на членів виконавчого органу та наглядової ради, а також власників істотної участі, які є фізичними особами;

б) особа, яка бажає набути або збільшити істотну участь, не має власних коштів, яких достатньо для здійснення заявленого внеску, або не підтвердила джерел походження коштів;

в) набуття або збільшення істотної участі загрожуватиме інтересам вкладників та інших кредиторів банку або розвитку конкурентного середовища в банківській системі.

При цьому Національний банк України, у межах виконання ним функцій державного нагляду, має право отримання від державних органів, у тому числі від державних органів іноземних держав, та інших осіб інформацію щодо фінансового/майнового стану засновника (засновників) банку, ключових учасників у структурі власності банку та осіб, які набувають або збільшують істотну участь у банку, їхньої ділової репутації, джерел походження коштів, що використовуються для формування статутного капіталу банку та/або для набуття або збільшення істотної участі у банку, включаючи конфіденційну інформацію.

Відповідно до ст. 35 Закону України «Про банки та банківську діяльність» [6], банк та кожний власник істотної участі зобов'язані на постійній основі підтримувати рівень капіталу, достатній для одночасного дотримання нормативних значень нормативу достатності (адекватності) регулятивного капіталу та нормативу достатності основного капіталу, підвищених значень нормативу достатності (адекватності) регулятивного капіталу та нормативу достатності основного капіталу, та комбінованого буфера капіталу. Національний банк України, враховуючи потреби забезпечення стабільності банківської системи та загальноприйняті в міжнародній практиці принципи і стандарти, визначає мінімальний розмір регулятивного капіталу банку, мінімальне значення та порядок обчислення нормативу достатності (адекватності) регулятивного капіталу, нормативу достатності основного капіталу.

Законом України «Про банки та банківську діяльність» [6] обмежуються право вкладників на отримання дивідендів через заборону банку здійснювати таку виплату, якщо це може призвести до порушення нормативу достатності (адекватності) регулятивного капіталу. Банк має право здійснювати виплату дивідендів один раз на рік за підсумками календарного року за рахунок прибутку звітного року, що залишається в розпорядженні банку. Такі виплати здійснюються відповідно до порядку, передбаченого статутом банку.

Новостворений банк протягом семи днів після внесення державним реєстратором запису до Єдиного державного реєстру про державну реєстрацію новоствореного банку як юридичної особи письмово повідомляє про це Національний банк України, протягом одного року з дня його державної реєстрації як юридичної особи – подає до Національного банку України документи для отримання банківської ліцензії.

Завершальною стадією є отримання банком ліцензії Національного банку України на ведення банківської діяльності. Оновлений порядок отримання банківської ліцензії міститься у Главі 24 Положення «Про затвердження положення про ліцензування банків», затвердженого Постановою Правління Національного банку України № 149 від 22.12.2018 [8].

Вказаним вище Положенням передбачено, що новостворений банк протягом семи днів після державної реєстрації як юридичної особи, письмово повідомляє про це Національний банк, протягом одного року – подає Національному банку документи для отримання банківської ліцензії.

Пакет для отримання банківської ліцензії включає: 1) заяву про видачу ліцензії; 2) засвідчені копії зареєстрованого Комісією з цінних паперів звіту про результати розміщення акцій та свідоцтва про реєстрацію випуску акцій новоствореного банку; 3) стратегію та бізнес-план новоствореного банку та витяг із рішення установчих зборів або єдиного засновника новоствореного банку про їх затвердження або засвідчену копію такого рішення; 4) інформацію про наявні в новоствореному банку банківське обладнання, комп'ютерну техніку, програмне забезпечення та комунікаційні засоби; 5) інформацію про наявні в

новоствореному банку приміщення, уключаючи касовий вузол, їх технічний стан і організацію охорони; 6) організаційну структуру банку, витяг із рішення уповноваженого органу новоствореного банку про її затвердження або засвідчену копію такого рішення; 7) засвідчені копії внутрішніх положень новоствореного банку з питань: корпоративного управління та системи внутрішнього контролю - положення про загальні збори акціонерів, раду та правління новоствореного банку, про підрозділи внутрішнього контролю, про кредитний комітет, про комітет з питань управління активами та пасивами, про комітет з питань аудиту, комітет з управління ризиками тощо; надання банківських та інших фінансових послуг; політики управління активами та пасивами, кредитної, інвестиційної, облікової політики новоствореного банку; 8) документи щодо обрання (призначення) керівників і керівника підрозділу внутрішнього аудиту, головного ризик-менеджера, головного комплаєнс-менеджера новоствореного банку та документи для їх погодження на посади; 9) інформацію про колективну придатність правління/ради банку.

Відповідно до ст. 19 Закону України «Про банки та банківську діяльність» [6] Національний банк України приймає рішення про надання банківської ліцензії чи про відмову в її наданні протягом трьох місяців з дня отримання повного пакета документів.

Національний банк вносить відомості про новостворений банк до Державного реєстру банків протягом двох робочих днів після прийняття рішення про надання банківської ліцензії, та надає банку відповідний витяг. Після цього новостворений банк набуває статусу банку та отримує право на здійснення банківської діяльності.

Також, слід відзначити, що Національний банк України у 2021 році запровадив нові тарифи на свої послуги з реєстрації та ліцензування банків на рівні їх собівартості, а також актуалізував їх назви. Відповідно до Постанови Правління Національного банку України від 8 квітня 2021 року № 29 «Про внесення змін до Тарифів на послуги з реєстрації та ліцензування, що надаються Національним банком України» [9].

НБУ зокрема змінив вартість таких послуг, як: а) погодження статуту юридичної особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність (70 140 грн); б) погодження змін, що вносяться до статуту банку за загальною процедурою/положення про філію іноземного банку (9 420 грн); в) отримання попереднього висновку Національного банку України щодо відповідності проекту статуту банку законодавству України до прийняття рішення про затвердження змін до статуту банку, не пов'язаних зі зміною розміру статутного капіталу (безоплатно); г) надання банківської ліцензії юридичній особі, яка має намір здійснювати банківську діяльність (55 170 грн).

Розглянувши порядок реєстрації банків з іноземним капіталом НБУ, необхідно відзначити суттєву складність проходження такого процесу на даний момент. Це не відповідає загальній концепції про спрощення будь-яких реєстраційних та ліцензійних процедур у сфері господарської діяльності. Проходження банком подвійної реєстрації, проходження реєстрації у державного реєстратора, є формальною, тому що основна маса специфічної для банку документації розглядається структурами Національного банку України, який має і досвід, і практику розгляду таких документів, є, з нашої точки зору, непотрібним. Така процедура хоч і покликана спростити процедуру державної реєстрації юридичних осіб, однак для банків вона стане єдиною процедурою доволі нескоро: нормативно-правова база не налаштована для здійснення процедури державної реєстрації такого специфічного явища як банк. Національний банк України залишається єдиним органом банківського регулювання та нагляду, якому, незважаючи на неодноразові спроби, не знайдено альтернативи. Таким чином, пропонується спростити порядок реєстрації банків за рахунок удосконалення нормативно-правових актів Національного банку України.

Недостатньо ефективними є законодавчі норми, які регулюють допуск іноземного капіталу на вітчизняний ринок банківських послуг в частині регулювання присутності іноземних банків з державним капіталом країни-донора, що має досить негативний вплив на фінансову безпеку банківської системи і держави в цілому. Вдосконалення законодавчих, наглядових та стратегічних ініціатив до регулювання діяльності банків з іноземним

капіталом дасть змогу створити умови для ефективного його використання в Україні, що матиме позитивний вплив на вітчизняну банківську систему.

#### Посилання:

1. Основні показники діяльності банків України. Національний банк України. Огляд банківського сектору, листопад 2022 року. URL: <https://bank.gov.ua/ua/news/all/bilshist-bankiv-zberigayut-operatsiynu-efektivnist-v-umovah-viyni-popri-znachni-kreditni-vtrati--oglyad-bankivskogo-sektoru>.
2. Кількість банків в Україні. URL: <https://index.minfin.com.ua/ua/banks/stat/count/2022/>.
3. Конституція України від 28.06.1996 року № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>
4. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
5. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.
6. Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 07 грудня 2000 року № 2121-III. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/annot/2121-14>.
7. Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання діяльності банків» від 15 лютого 2011 року № 3024-VI. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=3024-17>.
8. Постанова Національного банку України «Про затвердження положення про ліцензування банків» № 49 від 22 грудня 2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0149500-18>.
9. Постанова Правління НБУ «Про внесення змін до Тарифів на послуги з реєстрації та ліцензування, що надаються Національним банком України» від 8 квітня 2021 року № 29. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0787-03>.
10. Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців» від 15 травня 2003 року № 755-IV. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/755-15>.
11. Закону України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 № 514-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/514-17>.
12. Закон України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 № 679-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14#Text>.
13. Закон України «Про режим іноземного інвестування» від 19 березня 1996 № 93/96. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
14. Закон України «Про внесення до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання іноземних інвестицій та кредитування» від 27 квітня 2010 року № 2155-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-17#Text>.
15. Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 року № 3689-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12#Text>.
16. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо форми створення банків та розміру статутного капіталу» від 14 вересня 2006 № 133-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/133-16#Text>.
17. Закон УРСР «Про банки і банківську діяльність» від 20 березня 1991 № 872-XII. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/872-12>.
18. Орлюк О.П., Воронова Л.К., Заверуха І.Б., Кучерявенко М.П., Пришва Н.Ю., Цветков А.М. та ін. (2008) Фінансова енциклопедія. 470 с.

Статтю було подано	01.12.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	02.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	15.12.2022	The article was accepted

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2022.21.14>

УДК 33:004.738.5]:34.06(477)](075.8)  
**ПЕРСПЕКТИВИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ШКОДУ, ЗАВДАНУ ШТУЧНИМ ІНТЕЛЕКТОМ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ**

**Юрій БУРИЛО**

доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

<https://orcid.org/0000-0001-8743-7739>

У статті розглядаються основні теоретичні концепції та законодавчі ініціативи щодо цивільно-правової (деліктної) відповідальності за шкоду, заподіяну автономними системами штучного інтелекту в Європейському Союзі.

Зараз точиться жвава теоретична дискусія щодо найкращого підходу до питань цивільно-правової (деліктної) відповідальності за шкоду, заподіяну автономними системами (роботами) на основі штучного інтелекту. Існує кілька основних теоретичних концепцій деліктної відповідальності, які обговорюються щодо шкоди, завданої системами штучного інтелекту. Вони включають поняття сторонньої відповідальності, суворої відповідальності, відповідальності за продукт і відповідальності за вину.

З чисто теоретичної точки зору застосування суб'єктивної відповідальності за шкоду, спричинену системами штучного інтелекту, фактично означає, що оператор такої системи буде нести відповідальність без власної вини, оскільки рішення приймаються автономною системою незалежно, і без вини самої автономної системи штучного інтелекту, оскільки вона не є людиною і тому в принципі не може бути виною. Застосування суворої відповідальності, яка базується на ідеї ризику, а не провини, вимагає, щоб системи

UDC 33:004.738.5]:34.06(477)](075.8)  
**THE PROSPECTS OF CIVIL LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE EUROPEAN UNION**

**Yuriy BURYLO**

Doctor of Law Sciences, Associate Professor, Leading Researcher

Academician F.H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The article deals with the main theoretical concepts and legislative initiatives regarding civil (tort) liability for the damage caused by autonomous artificial intelligence systems in the European Union.

Currently there is a lively theoretical discussion of the best way to approach the issues of civil (tort) liability for the damage caused by autonomous systems (robots) powered by artificial intelligence. There are several main theoretical concepts of tort liability being discussed with regards to the damage inflicted by artificial intelligence systems. They include the concepts of vicarious liability, strict liability, product liability and fault-based liability.

From a purely theoretical perspective the application of vicarious liability for the damage caused by artificial intelligence systems effectively means that the operator of such a system would be liable without his own fault, since the decisions are made by the autonomous system independently, and without the fault of the autonomous artificial intelligence system itself, because it is not human and therefore cannot be at fault in principle. The application of strict liability, which is based on the idea of risk rather than fault, requires that artificial intelligence systems are regarded as sources of high risk. It is true that some

штучного інтелекту розглядалися як джерела високого ризику. Це правда, що деякі автономні системи штучного інтелекту, такі як безпілотні автомобілі, системи медичної діагностики тощо, становлять високий ступінь ризику. Однак багато таких систем не слід розглядати як джерела підвищеної небезпеки. Що стосується застосування концепції відповідальності за продукт до шкоди, спричиненої штучним інтелектом, то теоретично це виглядає можливим, але викликає багато практичних питань, пов'язаних із юридичними визначеннями «виробника» та «продукту» відповідно до законодавства ЄС. Концепція відповідальності за вини як різновиду відповідальності за замовчуванням теоретично також може застосовуватися до шкоди, заподіяної автономними системами, що працюють на основі штучного інтелекту, особливо беручи до уваги той факт, що багато з цих систем не становлять високого ризику.

Судячи з ініціатив Європарламенту, на інституційному рівні Європейського Союзу існує розуміння того, що має бути гібридний ризик-орієнтований підхід до відповідальності за шкоду, заподіяну автономними системами штучного інтелекту, передбачаючи сувору відповідальність за шкоду, заподіяну системи високого ризику, а також відповідальність за збитки, спричинені використанням інших систем, які не вважаються високоризиковими.

Водночас не варто виключати, що в довгостроковій перспективі, коли штучний інтелект досягне рівня людського інтелекту або навіть суперінтелекту, автономні системи штучного інтелекту (роботи) можуть отримати власну правосуб'єктність і стати т.з. -називаються електронні особи, подібні до юридичних осіб. У такому разі такі електронні особи самі можуть нести відповідальність за завдану ними шкоду.

Ключові слова: штучний інтелект, шкода, деліктна відповідальність, ризик-орієнтований підхід, правосуб'єктність

autonomous artificial intelligence systems, such as self-driving cars, medical diagnosis systems etc. pose a high degree of risk. However, a lot of such systems should not be regarded as sources of increased danger. As for the application of product liability concept to the damage caused by artificial intelligence it looks possible in theory, but raises a lot of practical issues stemming from the legal definitions of the “producer” and the “product” under the EU legislation. The concept of fault-based liability as a sort of liability by default theoretically can also apply to the damage caused by the autonomous systems powered by artificial intelligence, particularly taking into account the fact that many of these systems do not present a high risk.

Judging by the initiatives of the European Parliament at the institutional level of the European Union there is an understanding that there should be a hybrid risk-based approach to the liability for the damage caused by autonomous artificial intelligence systems involving strict liability for the damage caused by high-risk systems as well as fault-based liability for the damage resulting from the use of other systems, which are not regarded as high-risk.

At the same time, it should not be ruled out that in the long run, when artificial intelligence reaches the level of human intelligence or even superintelligence, autonomous systems of artificial intelligence (robots) may be granted legal personality of their own and become the so-called electronic persons similar to legal entities. In that case such electronic persons themselves may become liable for the damage they cause.

Keywords: artificial intelligence, damage, tort liability, risk-based approach, legal personality

Сучасний етап розвитку інформаційного суспільства характеризується активним розвитком цифрових технологій на основі штучного інтелекту. Системи на основі штучного інтелекту починають відігравати дедалі більшу роль в житті людини, суспільства і держави. Вже сьогодні здійснюючи пошук в мережі Інтернет або отримуючи рекомендації щодо придбання тих чи інших товарів і послуг ми, як правило, маємо справу зі штучним інтелектом, на основі якого побудовані відповідні інформаційні системи. Приклади сучасного застосування штучного інтелекту досить різноманітні і включають в себе роботизацію виробничих ліній, автономні транспортні засоби, які не потребують людини в якості водія, автоматизовані інвестиційні системи, системи моніторингу соціальних мереж, чат-боти, що використовуються в маркетингових цілях та ін. [1].

Поряд з очевидними перевагами і користю, що може принести штучний інтелект, він також може спричинити шкоду для життя і здоров'я людини, а також майна фізичних та юридичних осіб. З огляду на це, виникає закономірне питання про відшкодування шкоди, спричиненої системами, що працюють на основі штучного інтелекту – на основі якого підходу та за якими правилами має застосовуватися цивільно-правова (деліктна) відповідальність таку шкоду? Це питання здається актуальним через те, що сучасні системи штучного інтелекту не є звичайними інструментами в руках людини. Такі системи є автономними. Вони здатні самостійно навчатися та приймати власні рішення без втручання людини. На відміну від звичайних машин і механізмів, в тому числі електронно-обчислювальних машин, дії яких контролюються людиною, системи, що працюють на основі штучного інтелекту, можуть діяти безконтрольно і непередбачувано. Крім того, це надзвичайно складні системи, в розробці, виробництві та експлуатації яких задіяно багато різних суб'єктів (інженерів, програмістів, виробників, операторів, власників, користувачів), що само по-собі ускладнює питання визначення особи, відповідальної за шкоду. Ці особливості систем штучного інтелекту викликають питання щодо можливості застосування існуючих цивільно-правових норм про деліктну відповідальність до правовідносин, де шкода завдана такими системами, а також про необхідність та доцільність врахування відповідних особливостей у перспективному законодавстві.

Правові проблеми відшкодування шкоди, завданої штучним інтелектом, активно обговорюються в Європейському Союзі як на науковому, так і на інституційному рівнях. У цьому зв'язку заслуговують увагу праці таких науковців-юристів як Б. Шютте, Л. Маєвські, К. Хаву, Е. Карнер, Б. Кох, М. Гайстфельд, П. Черка, Дж. Грігієне, Дж. Сірбікайте та ін., які з теоретичної точки зору розглядають різні підходи до врегулювання цивільно-правової (деліктної) відповідальності за шкоду, завдану системами зі штучним інтелектом з урахуванням особливостей цих систем. Водночас протягом останніх років Європейський Парламент прийняв низку документів, які містять рекомендації та пропозиції щодо правового регулювання суспільних відносин, пов'язаних зі штучним інтелектом, зокрема щодо цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану системами, що функціонують на основі штучного інтелекту. Зазначені ініціативи Європейського Парламенту, так само як і теоретичні роздуми європейських вчених, потребують ретельного аналізу з тим, щоб Україна мала можливість будувати власне національне законодавство з урахуванням сучасних тенденцій європейської юридичної думки та перспективного розвитку законодавства Європейського Союзу. З огляду на це, дане дослідження має на меті з'ясувати існуючі в Європейському Союзі підходи до законодавчого врегулювання особливостей цивільно-правової (деліктної) відповідальності за шкоду, завдану системами, що функціонують на основі штучного інтелекту. При цьому важливими завданнями є зрозуміти, які фактори в найбільшій мірі впливають на таку відповідальність та яким чином враховуються особливості систем штучного інтелекту, такі як їх автономність, здатність самостійно навчатися і приймати рішення, а також множинність суб'єктів, задіяних у створенні та експлуатації (використанні) цих систем.

В теоретичній площині на сьогодні існує чимало різних поглядів і думок європейських вчених-юристів щодо того як слід підходити до питання цивільно-правової (деліктної)

відповідальності за шкоду, завдану системами, що функціонують на основі штучного інтелекту. Водночас з концептуальної точки зору більшість наукових розробок з цієї проблематики зводяться до аналізу зазначеної відповідальності через призму субсидіарної відповідальності (*vicarious liability*), суворої відповідальності (*strict liability*), відповідальності за шкоду, завдану внаслідок недоліків товару (*product liability*), відповідальності за наявності вини (*fault-based liability*).

Як зазначає В. Харпвуд, субсидіарна відповідальність, як правило, застосовується до роботодавців за делікти, вчинені їх працівниками в ході виконання їх трудових обов'язків [2, с.345]. В Україні як приклад такої деліктної відповідальності можна навести частину першу ст.1172 ЦК України, якою передбачено, що юридична або фізична особа відшкодовує шкоду, завдану їхнім працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків [3]. Інші приклади субсидіарної відповідальності за шкоду, як зазначають П. Черка, Дж. Грігієне, Дж. Сірбікайте, включають в себе відповідальність принципала за дії агента, відповідальність батьків за своїх дітей та відповідальність господаря за дії слуги [4, с.385].

Оскільки сама ідея субсидіарної відповідальності полягає в можливості притягнення однієї особи (принципала – бенефіціара) до відповідальності за протиправне діяння іншої особи (агента – помічника) європейськими експертами висуваються припущення про можливість застосування субсидіарної відповідальності за дії штучного помічника, яким виступає не людина, а система, що функціонує на основі штучного інтелекту. Так, на думку фахівців незалежної експертної групи з питань відповідальності та новітніх технологій, створеної Європейською Комісією, якщо шкода завдана автономною технологією, що використовується у спосіб функціонально еквівалентний використанню помічників – людей, відповідальність оператора за використання цієї технології має відповідати існуючому режиму субсидіарної відповідальності принципала за дії помічників [5, с.25, 45].

Разом з тим, подібний підхід не є бездоганним, адже потрібно враховувати, що він ґрунтується на певній умовності, а саме на прирівнюванні системи зі штучним інтелектом до людини. Хоча штучний інтелект здатний діяти автономно і приймати рішення самостійно подібно до людини, він, все ж таки, позбавлений деяких важливих людських характеристик, таких як моральні цінності, усвідомлення добра і зла, відчуття болю і страждань, тощо. Відтак, на відміну від людини, яка може бути винною або невинною у вчиненні правопорушення, дії системи, що функціонує на основі штучного інтелекту, навряд чи можна розглядати через призму категорії вини. При цьому особа, яка несе субсидіарну відповідальність, хоча і не є безпосередньо винною у спричиненні шкоди, відповідає, все ж таки, за винні дії іншої особи. У випадку застосування субсидіарної відповідальності до оператора системи штучного інтелекту, він нестиме таку відповідальність за відсутності як власної вини, так і вини системи штучного інтелекту, адже остання є всього лише набором мікросхем та алгоритмів і ніякої вини усвідомлювати не може в принципі, попри те, що може приймати надзвичайно розумні рішення.

Поряд із субсидіарною відповідальністю в європейських наукових колах активно обговорюється так звана “сувора” відповідальність (*strict liability*) за шкоду, завдану штучним інтелектом. В основі цього різновиду деліктної відповідальності лежить не вина особи, яка притягується до відповідальності, а підвищений ступінь ризику, який пов'язаний з певними речами або видами діяльності. Як відзначають Е. Карнер і Б. Кох., така відповідальність зумовлена розумінням того, що певній особі дозволяється використовувати особливо небезпечну річ або здійснювати ризикову діяльність для її власних цілей, у зв'язку з чим така особа повинна нести витрати, якщо відповідний ризик матеріалізується [6, с.58]. У зв'язку з тим, що для застосування суворої відповідальності непотрібно ніякого проступку з вини особи, яка притягується до відповідальності, а натомість необхідний об'єкт чи діяльність, які становлять підвищений ризик, цей різновид деліктної відповідальності в наукових джерелах часто називають “*risk-based liability*”, тобто відповідальність на основі ризику. Зазначений різновид деліктної відповідальності присутній в тому чи іншому вигляді в законодавстві всіх країн Європи. В Україні, наприклад, у ст.1187 Цивільного кодексу Укра-

їни встановлена відповідальність за шкоду, завдану джерелом підвищеної небезпеки [3].

Деякі системи штучного інтелекту можуть бути потенційно небезпечними і цілком здатні завдати реальну шкоду життю та здоров'ю людини або спричинити майнову шкоду. До таких потенційно небезпечних систем штучного інтелекту належать, наприклад, автономні транспортні засоби, системи медичної діагностики, системи спостереження та ін. Подібні системи, на думку багатьох вчених, можуть вважатися джерелами підвищеної небезпеки, а отже за шкоду, завдану цими системами має наставати ризик-орієнтована суворі відповідальність [4, с.386]. В той же час висловлюються і зауваження до такого підходу. Так, зокрема, М.М. Великанова відзначає, що коли йдеться про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, така шкода наноситься у випадку використання транспортного засобу, механізму, обладнання, які хоч і можуть вийти з-під контролю, не можуть автономно приймати рішення. Натомість характерною рисою штучного інтелекту є його здатність приймати незалежні рішення. Отже, справа не у невідконтрольності, а в непередбачуваності його дій та спричиненні шкоди. Відповідно, оскільки шкода непередбачувана, її завдання не охоплюється поняттям діяльності, що становить підвищену небезпеку для інших в розумінні Принципів Європейського Деліктного Права [7, с.195]. В цих аргументах є певна логіка. Однак, на практиці невідконтрольність може призводити до непередбачуваності і навпаки, а отже межа між цими категоріями досить умовна.

Досить часто в європейській юридичній літературі відшкодування шкоди, завданої системами на основі штучного інтелекту, розглядається в контексті відповідальності виробника за шкоду, завдану внаслідок недоліків його товару (product liability), що передбачена Директивою ЄС про відповідальність за товар (Product Liability Directive)[8]. Як зазначають Я. Бенхамоу і Дж. Ферланд, якщо товар з дефектом завдає фізичної шкоди споживачам або їх майну, постраждала особа має довести шкоду, дефект та причинно-наслідковий зв'язок між дефектом і шкодою, однак після того як цей тягар доказування виконаний, виробник має надати компенсацію незалежно від того чи мала місце вина з його боку [9, с.5]. Отже, з точки зору постраждалої особи (споживача) такий вид цивільно-правової відповідальності має певні переваги.

Однак, виникає питання хто може вважатися виробником системи штучного інтелекту, адже враховуючи велику кількість осіб, які приймають участь у створенні систем штучного інтелекту, а саме розробників, програмістів, виробників апаратного забезпечення, неясно хто з них може вважатися виробником такої системи, тобто особою, яка має нести відповідальність. В той же час з аналізу частини першої ст.3 вказаної Директиви ЄС випливає, що виробником може вважатися не лише виробник готового товару, а й виробник складових частин цього товару або навіть виробник сировини, з якої зроблений товар.

Більш того, Я. Бенхамоу і Дж. Ферланд звертають увагу на те, що відповідальність, передбачена цією Директивою ЄС стосується лише рухомого майна, а не послуг, в той час коли ключові сучасні технології, такі як програмне забезпечення і алгоритми, часто розглядаються саме як послуги, а не товари (продукти)[9, с.9]. На перший погляд, дана точка зору може здаватися дискусійною, адже програмне забезпечення є насамперед об'єктом права інтелектуальної власності. Однак, якщо заглибитися в практичну площину і поглянути на існуючі форми використання штучного інтелекту, наприклад, на використання систем штучного інтелекту через мережу Інтернет, ми побачимо, що користувач фактично отримує не саме програмне забезпечення, а лише можливість ним скористатися, що дійсно схоже на послугу.

Таким чином застосування даного різновиду деліктної відповідальності до шкоди, завданої штучним інтелектом, може виявитися дещо проблематичним, що вимагає певного доопрацювання відповідного законодавства на рівні Європейського Союзу.

Поряд з різними видами деліктної відповідальності, що настає незалежно від вини того, хто притягується до відповідальності, європейськими дослідниками правових проблем штучного інтелекту не відкидається і класична деліктна відповідальність, обов'язковою



умовою якої є вина, тобто “fault-based liability”. Як зазначають Е. Карнер, Б. Кох і М. Гайстфельд, така відповідальність застосовується за дефолтом у всіх європейських юрисдикціях за відсутності норм, що передбачають субсидіарну або “сувору” відповідальність за певні категорії деліктів. Іншими словами, цей різновид деліктної відповідальності є резервним на випадок відсутності альтернатив [6, с.38]. По суті йдеться про деліктну відповідальність на загальних підставах, подібно до тієї, що передбачена ст. 1166 Цивільного кодексу України [3].

Хоча штучний інтелект може становити небезпеку, далеко не всі системи штучного інтелекту можна розглядати як джерела підвищеної небезпеки. Отже, далеко не завжди доцільно застосовувати відповідну ризик-орієнтовану деліктну відповідальність, що настає незалежно від наявності вини. Врешті решт, як зазначають К. Еліот і Ф. Квін, на практиці більшість деліктів потребують доказів вини [10, с.6].

Ряд дослідників, зокрема Я. Бенхамоу і Дж. Ферланд, пропонують замість того, щоб розглядати нові принципи деліктної відповідальності стосовно шкоди, завданої штучним інтелектом, просто розглянути можливість адаптації існуючих загальних засад деліктної відповідальності на основі вини до нових викликів штучного інтелекту, доповнивши існуючий правовий режим додатковими обов'язками, так званими “duties of care”, пов'язаними із піклуванням про безпеку систем штучного інтелекту [9, с.20]. При цьому представники незалежної експертної групи з питань відповідальності та новітніх технологій, створеної Європейською Комісією, пропонують покласти на операторів новітніх цифрових технологій, в тому числі систем штучного інтелекту, обов'язки щодо вибору технологій (обирати систему, що відповідає поставленим завданням і наявним навичкам), обов'язки щодо моніторингу та експлуатації систем (перевірки безпеки та ремонт)[5, с.44].

Поряд із теоретичними розробками значна увага питанням штучного інтелекту приділяється на рівні керівних органів Європейського Союзу. Особливо активну роль в цьому напрямі відіграє Європейський Парламент. За останні п'ять років Європейський Парламент прийняв щонайменше дві важливі резолюції з рекомендаціями, що стосуються питань деліктної відповідальності за шкоду, завдану системами штучного інтелекту. Перша з них це резолюція Європейського Парламенту від 16 лютого 2017 року з рекомендаціями Комісії щодо норм цивільного права з питань робототехніки [11].

Серед інших питань цивільно-правового регулювання у сфері робототехніки в резолюції 2017 року чільне місце належить питанням цивільно-правової (деліктної) відповідальності за шкоду, завдану штучним інтелектом. Насамперед в резолюції 2017 року Європейський Парламент пропонує Європейській Комісії під час підготовки відповідного законодавства розглянути доцільність застосування суворої відповідальності або так званого ризик-орієнтованого підходу, який дозволяє не фокусувати увагу на особі, яка могла допустити недбалість, а натомість зосередитися на особі, яка могла за певних обставин мінімізувати ризики та впоратися з негативними наслідками. Крім того, пропонується поєднати цивільно-правову відповідальність з механізмом обов'язкового страхування цієї відповідальності для виробників або власників автономних роботів. Додатково, в якості допоміжного заходу пропонується створення спеціального компенсаційного фонду на випадок відсутності страхового покриття [11].

Ще одним важливим кроком Європейського Парламенту стало прийняття 20 жовтня 2020 року резолюції з рекомендаціями Комісії щодо режиму цивільно-правової відповідальності для штучного інтелекту [12]. Зазначена резолюція фактично розвиває положення щодо ризик-орієнтованого підходу, закріплені в резолюції 2017 року, пропонуючи встановлення суворої відповідальності (strict liability) незалежно від вини для відшкодування шкоди, завданої автономними системами штучного інтелекту, які становлять високий ступінь ризику (high-risk AI systems). В той же час, виходячи з аналізу проекту Регламенту, що міститься в резолюції 2020 року, для відшкодування шкоди, завданої системами штучного інтелекту, які не становлять підвищеного ступеня ризику, передбачається класичний варіант деліктної відповідальності, що настає за наявності вини (fault-based liability).

Для розмежування систем штучного інтелекту, що становлять високий ступінь ризику, від інших систем, які не вважаються високо-ризиковими, пропонується визначення високого ризику, відповідно до якого під таким ризиком слід розуміти значний потенціал автономно функціонуючої системи штучного інтелекту спричиняти шкоду одній особі або більшій кількості осіб випадковим способом, що виходить за межі розумних очікувань. При цьому такий потенціал залежить від взаємодії таких факторів як розмір шкоди, ступінь автономності системи при прийнятті рішень, вірогідності матеріалізації ризику, способу і контексту використання системи штучного інтелекту [12]. Водночас поряд із наведеним визначенням резолюцією 2017 року передбачається встановлення переліку систем штучного інтелекту, які становлять високий ступінь ризику. На разі цей перелік закріплений в Додатку III до запропонованого Регламенту, що встановлює гармонізовані правила щодо штучного інтелекту [13].

Разом з тим, такий підхід до визначення високо-ризикових систем штучного інтелекту викликає критику. Так, зокрема Б. Шютте, Л. Маєвські та К. Хаву висловлюють застереження щодо одночасного використання загального поняття високо-ризикових систем і виключного переліку таких систем, адже, на їхню думку, це може створити загрозу гнучкості відповідного правового регулювання та правовій визначеності. Крім того, зазначені вчені наголошують на необхідності узгодження існуючого правового режиму деліктної відповідальності за шкоду, завдану недоліками товару, та майбутнього правового режиму деліктної відповідальності за шкоду, пов'язану зі штучним інтелектом, адже Директива ЄС про відповідальність за товар (Product Liability Directive) передбачає відповідальність виробника, тоді як резолюція Європейського Парламенту 2020 року пропонує встановити відповідальність оператора системи штучного інтелекту [14, с.28, 30].

Так чи інакше, незважаючи на певні застереження з боку науковців на даному етапі Європейський Союз рухається у напрямку застосування гібридного підходу до цивільно-правової (деліктної) відповідальності за шкоду, завдану штучним інтелектом, що поєднує ризик-орієнтовану сувору відповідальність без вини з класичною відповідальністю на загальних підставах, що має наставати за наявності вини. Водночас варто звернути увагу на ще одну пропозицію, зазначену в резолюції Європейського Парламенту 2017 року, яка може мати важливе значення у довгостроковій перспективі. Йдеться про ідею створення у майбутньому спеціального правового статусу “електронної особи” для автономних роботів, іншими словами про надання роботам правосуб’єктності подібної до юридичних осіб. Припускається, що це дало б можливість таким “електронним особам” безпосередньо відшкодовувати шкоду, яку вони заподіяли, а також застосовувати цей правовий статус в інших ситуаціях, де роботи автономно приймають рішення або іншим чином незалежно взаємодіють з іншими особами. В принципі такий підхід міг би допомогти дати відповідь на питання, хто саме має відповідати за шкоду, завдану системою штучного інтелекту, коли важко вирішити, хто має за неї відповідати: розробник, програміст, виробник, оператор чи власник системи.

Однак, ідея надання правосуб’єктності системам штучного інтелекту (роботам) здається досить дискусійною і поки що не отримала суттєвої підтримки. Ряд науковців вказують на потенційні труднощі в плані практичної реалізації цієї ідеї. Зокрема, наділення систем штучного інтелекту власною правосуб’єктністю потребувало б значних законодавчих зусиль, вирішення складних юридичних і практичних питань, наприклад, з коштами, якими б мали володіти або керувати відповідні системи (роботи) [14, с.15]. Так чи інакше, незважаючи на те, що на даний час ідея надання правосуб’єктності системам штучного інтелекту не користується популярністю, не можна виключати, що з часом, коли штучний інтелект зрівняється з інтелектом людини або навіть перевищить його дана ідея отримає своє практичне втілення на рівні законодавства Європейського Союзу або окремих країн.

В якості висновку можна зазначити, що на теоретичному рівні здійснюється активний багатовекторний пошук оптимальної для Європейського Союзу моделі цивільно-правової (деліктної) відповідальності за шкоду, завдану системами штучного інтелекту, який охоплює

основні існуючі різновиди деліктної відповідальності. В той же час на інституційному рівні, судячи з відповідних ініціатив Європейського Парламенту, пропонується гібридний підхід до такої відповідальності, що враховує ступінь ризику, який становить та чи інша система штучного інтелекту. Він поєднує сувору відповідальність незалежно від вини за шкоду, завдану системами штучного інтелекту, які становлять високий ступінь ризику, а також відповідальність за наявності вини за шкоду, завдану системами штучного інтелекту, які не вважаються високо-ризиковими. Цей підхід здається прийнятним на даному етапі розвитку штучного інтелекту, тоді як в довгостроковій перспективі не можна виключати застосування іншого підходу, який передбачатиме наділення автономних систем штучного інтелекту власною правосуб'єктністю (статусом електронної особи), що дасть можливість відшкодування шкоди безпосередньо самою системою штучного інтелекту (електронною особою).

Перспективні дослідження з окресленої проблематики варто зосередити на аналізі ідеї визнання правосуб'єктності автономних систем штучного інтелекту (закріпленні статусу електронних осіб) та безпосередньому відшкодуванні ними завданої шкоди.

#### Посилання:

1. Sam Daley 31 Examples of Artificial Intelligence Shaking Up Business as Usual. URL: <https://builtin.com/artificial-intelligence/examples-ai-in-industry>.
2. Harpwood V. (2000) Principles of Tort Law: fourth edition. 521p.
3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. №№ 40-44. Ст.356.
4. Cerka P., Grigiene J., Sirbikyte G. (2015) Liability for damages caused by artificial intelligence. Computer Law & Security Review. 31. P. 376-389.
5. Abbot R., Borges G., Dacornia E., Devillier N., Jankowska-Augustyn, M., Karner, E., et al. (2019) Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies. Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation. URL: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2020/01-09/AI-report\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2020/01-09/AI-report_EN.pdf)
6. Karner E., Koch B.A., Geistfeld M.A. (2020) Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence. URL: <https://www.oeaw.ac.at/etl/detail/news/ec-study-on-liability-for-artificial-intelligence-1>
7. Velykanova M. M. (2020) Artificial intelligence: legal problems and risks. Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, 27(4). P. 185-198.
8. Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31985L0374>
9. Benhamou Y., Ferland J. (2020) Artificial Intelligence & Damages: Assessing Liability and Calculating the Damages. URL: <https://www.researchgate.net/publication/339140477>
10. Elliott C., Quinn F. (2009) Tort Law. 7th edition. Pearson Education Limited. 439 p.
11. European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017IP0051>
12. European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence. URL: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276\\_EN.html#title2](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html#title2)
13. Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence. URL: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence>.
14. Schütte B., Majewski L., Havu K. (2021) Damages Liability for Harm Caused by Artificial Intelligence – EU Law in Flux. Helsinki Legal Studies Research Paper. № 69. P. 1-34.

Статтю було подано	21.11.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	01.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	12.12.2022	The article was accepted

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2022.21.15>

УДК 340.134

**ЮРИДИЧНА КЛІНІКА ЯК ФОРМА  
НАВЧАННЯ І ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ  
РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПРАВОВУ  
ДОПОМОГУ**

**Євгенія ДУЛІБА**

доктор юридичних наук, професор кафедри  
конституційного права та галузевих  
дисциплін

Навчально-науковий інститут права  
Національного університету водного  
господарства та природокористування (Київ)

<https://orcid.org/0000-0003-2651-4977>**Владислав ТЕРЕМЕЦЬКИЙ**

доктор юридичних наук, професор,  
провідний науковий співробітник, професор  
кафедри конституційного, адміністративного  
та фінансового права

Науково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)  
Академія праці, соціальних відносин і  
туризму (Київ)

<https://orcid.org/0000-0002-2667-5167>

Навчання правничому професіоналізму та етиці є життєво важливою частиною будь-якої навчальної програми юридичної освіти. Студенти-юристи повинні усвідомлювати важливість того, ким вони є як юристи і що повинні робити для набуття необхідних навичок майбутнього юриста-професіонала. Тому саме для підвищення рівня практичних знань, умінь і навичок студентів-юристів, їх навчання у дусі дотримання і поваги до принципів верховенства права, справедливості тощо на базі вищих навчальних закладів III-IV рівнів акредитації юридичного профілю створюються і діють юридичні клініки. Доступ до правової допомоги є ключовим критерієм для забезпечення доступу до правосуддя. Є типові проблеми, з якими стикаються різні особи, які потре-

UDC 340.134

**LEGAL CLINIC AS A FORM OF  
TRAINING AND ENSURING THE  
REALIZATION OF THE RIGHT TO  
LEGAL AID**

**Duliba, Yevgenia**

Doctor of Law, Professor of the Department of  
Constitutional Law and Branch Disciplines

Educational and Scientific Institute of Law of  
the National University of Water Management  
and Environmental Management (Kyiv)

**Teremetskyi, Vladyslav**

Doctor of Law, Professor, Leading Researcher,  
Professor of the Department of Constitutional,  
Administrative and Financial Law

Academician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)  
Academy of Labour, Social Relations and  
Tourism (Kyiv)

Training the legal professionalism and ethics is a vital part of any educational program in legal education. Law students must be aware of the importance of who they are as lawyers and what they must do to acquire the necessary skills of the future professional lawyer. That is why legal clinics are formed and operate on the basis of higher educational institutions of III-IV levels of legal profile accreditation to increase the level of practical knowledge, abilities and skills of students-lawyers, their training in the spirit of observance and respect to the principles of the rule of law, justice, etc.

Access to legal aid is a key criterion for ensuring access to justice. There are typical problems faced by various individuals who need legal help. Legal aid

бують юридичної допомоги. Юридична допомога дозволяє людям зрозуміти та реалізувати свої права та може допомогти усунути настання небажаних наслідків.

Юридичні клініки є зразком формування правничого професіоналізму, цінностей та етики юриста, зразком для наслідування в юридичній практиці як повинен поводитися практикуючий юрист і який внесок може зробити для покращення справедливості у суспільстві. Саме юридичні клініки роблять студентів більш активнішими, допомагають на практиці побачити як діють правові норми. В юридичних клініках студенти-юристи займаються юридичною практикою під наглядом керівника-практика в умовах, що покликані допомогти закріпити на практиці отримані знання і досягнути досконалості на практиці.

Саме запровадження клінічної юридичної освіти як способу подолання розриву між теорією і практикою призвело до визнання юридичних клінік найкращими формами здобуття освіти, які мотивують студентів до розвитку почуття професіоналізму, етики, соціальної відповідальності, сприйняття демократії та верховенства права.

Водночас однією з проблем, з якою стикаються як юридичні клініки в Європі, так і європейська мережа клінічної юридичної освіти, є необхідність розробки стандартів для юридичних клінік Європи загалом.

Надаючи можливість закріпити на практиці теоретичні знання, юридичні клініки стали не лише формою навчання, але й формою забезпечення реалізації права на правову допомогу у багатьох країнах світу.

Ключові слова: юридичні клініки, клінічна юридична освіта, правова допомога, безоплатна правова допомога, доступ до правосуддя, верховенство права

enables people to understand and exercise their rights and can help prevent unwanted consequences. Legal clinics are an example of the formation of legal professionalism, values and ethics of a lawyer, an example of the investigation in the legal practice of how a lawyer should behave and what contribution can be made to improve justice in society. The legal clinics make students more active and help in practice to see how legal norms work. In legal clinics, law students engage in legal practice under the supervision of the head lawyer in conditions that are designed to help consolidate the obtained knowledge and achieve perfection in practice.

It was the introduction of clinical legal education as a way of bridging the gap between theory and practice that led to the recognition of legal clinics as the best forms of education that motivate students to develop a sense of professionalism, ethics, social responsibility, perception of democracy and the rule of law.

At the same time, one of the problems facing both legal clinics in Europe and the European network of clinical legal education is the need to develop standards for legal clinics in Europe in general.

By providing an opportunity to consolidate theoretical knowledge in practice, legal clinics have become not only a form of study but also a form of ensuring the realization of the right to legal aid in many countries of the world.

Keywords: legal clinics, clinical legal education, legal aid, free legal aid, access to justice, rule of law

Однією з цілей сталого розвитку до 2030 року ООН є «сприяння справедливим, мирним та інклюзивним суспільствам», в якій знаходить своє відображення положення ст. 7 Декларації прав людини ООН про те, що «всі люди рівні перед законом і мають право без

будь-якої дискримінації на рівний захист закону» [1; 2]. Однак поряд із цим у сучасному світі і надалі існує глобальна прогалина у правосудді, а дві третини людства страждають від відсутності реального доступу до правосуддя. Так, щонайменше 253 млн людей живуть у надзвичайних умовах несправедливості, понад 200 млн живуть у країнах або спільнотах, де високий рівень незахищеності ускладнює їм можливість досягнути справедливості, 1,5 млрд людей мають проблеми із правосуддям, які вони не можуть вирішити, 4,5 млрд людей позбавлені можливостей, які надає закон [3]. Тому сприяння захисту прав і свобод людини і громадянина, їх всебічна охорона є фундаментальними цінностями правової, демократичної, соціальної держави, орієнтиром для всієї системи органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Погляд на те, що студенти-юристи, так само як і студенти-медики, можуть краще вчитися, коли їм надаються можливості застосувати свої навички на практиці, призвів до появи юридичної клінічної освіти в США як нової форми юридичної освіти і переосмислення права та запровадження такої освіти в більшості країн світу [4]. Розпочавшись у США, клінічний правовий рух швидко поширився на всіх континентах. У Європі запровадження клінічної юридичної освіти відбувалося швидше в її Центральній та Східній частині, ніж у Західній. Це пов'язано з тим, що протягом тривалого часу країни Західної Європи мали традиційно консервативні підходи до юридичної освіти і не сприймали клінічну юридичну освіту. В більшості університетах правова традиція юридичної освіти ґрунтувалася на переважанні академічного стилю викладання та формальних критеріїв отримання юристами знань і професійних навичок [4].

Важливу роль у створенні простору для інновацій таких як юридичні клініки відіграв Болонський процес, який створив Європейський простір вищої освіти [5]. Головною особливістю Болонської декларації було сприяння зосередженню уваги не на гармонізації вищої освіти в Європі як такої, а радше на прозорості, необхідній для підвищення мобільності студентів і викладачів [6; 7]. Запровадження Болонської реформи, яка діє по всій Європі, стимулювало поширення інтерактивного навчання та клінічної освіти в Західній Європі. Щоб залишатися конкурентоспроможними на міжнародному рівні, західноєвропейським університетам довелося змінити свою юридичну освіту відповідно до програм Кембриджа. Це створило стимул для впровадження більш інноваційних курсів та інтерактивних методів навчання, які покликані залучити студентів і підготувати їх до глобальної юридичної практики. Таким чином, за останнє десятиліття відбулося значне зростання кількості клінічних програм у західноєвропейських юридичних школах [8].

Впровадження системи клінічної юридичної освіти на факультетах права в країнах світу минулого століття дало якісно новий поштовх розвитку вищої юридичної освіти загалом. Клінічна юридична освіта певною мірою компенсувала певні недоліки системи вищої юридичної освіти, поєднуючи досвід студентів набутий в аудиторії з реальними випадками клієнтів під наглядом викладачів-практиків.

Створюючи юридичні клініки, навчальні заклади переслідують дві основні цілі: 1) ціль соціальної справедливості шляхом розширення правових можливостей соціально незахищених осіб та груп шляхом надання безоплатних юридичних послуг; 2) освітню ціль, тобто навчання студентів-юристів юридичним навичкам і підготовка їх до виконання соціальних обов'язків [9]. Зупинимось на цьому більш детально.

Варто почати з того, що доступ до правосуддя є основним принципом верховенства права. Доступ до правосуддя є важливою умовою для ефективної реалізації прав людини, а також для демократії та верховенства права. Доступ до правосуддя передбачає правовий захист, правову обізнаність, юридичну допомогу та консультації, ухвалення судових рішень, виконання та нагляд громадянського суспільства [12]. За відсутності доступу до правосуддя люди не можуть реалізувати свої права і свободи, оскаржити дискримінацію або притягнути до відповідальності осіб, які приймають рішення [11].

Доступ до правосуддя є головним викликом для розбудови демократії та соціального миру у світі. До того ж забезпечення доступу до правосуддя є складним для більшості

розвинених країн світу і країн, що розвиваються. Перешкоди для доступу до правосуддя впливають на розвиток будь-якої держави, а зменшення бідності, сталий розвиток і доступ до правосуддя фундаментально пов'язані між собою. Не має доступу до правосуддя там, де громадяни бояться системи, вважають її чужою та не мають доступу до неї; де система правосуддя є фінансово недоступною, де особи не мають інформації або знань про свої права, де є слабка система правосуддя. Обмежений доступ до правосуддя позбавляє окремих осіб і громади можливості відстоювати свої права та захищатися від несправедливості. Таким чином, доступ до правосуддя пов'язаний з економічним зростанням і соціальним розвитком.

Саме юридичні клініки в усьому світі покращили доступ до правосуддя в різних країнах, особливу увагу зосереджуючи на наданні безоплатної правової допомоги тим особам, які зазвичай позбавлені права на отримання таких послуг. Надаючи безкоштовні юридичні послуги для різних верств населення, юридичні клініки покликані розвивати професійні практичні навички студентів із сучасного розуміння ролі соціально орієнтованого професіонала у сприянні верховенства права, забезпеченні доступу до правосуддя та розв'язанні соціальних проблем [12]. Як приклад можна навести систему юридичних клінік Республіки Польща, яка є єдиною країною в Центрально-Східній Європі, що надає значну частину національних послуг правової допомоги через юридичні клініки. Аналізуючи дані діяльності 27 юридичних клінік, що функціонують в Польщі, варто зазначити, що протягом довгого часу юридичні клініки розглядали численну кількість справ. Зокрема, у 2011-2012 навчальному році юридичні клініки розглянули 13 379 справ, у 2014-2015 навчальному році – розглянуто 10 693 справ, у 2015-2016 навчальному році – 8 424 справ, у 2017-2018 навчальному році – 5 757 справ, у 2018-2019 навчальному році – 4 414 справ, у 2019-2020 навчальному році – 2 547 справ [13].

Доступ до правової допомоги є ключовим критерієм для забезпечення доступу до правосуддя. Є типові проблеми, з якими стикаються різні особи, які потребують юридичної допомоги. Юридична допомога дозволяє людям зрозуміти та реалізувати свої права та може допомогти усунути настання небажаних наслідків.

Клінічна юридична освіта надає студентам-юристам досвід реальної роботи. Дозволяючи студентам зустрічатися з клієнтами, подавати позовні заяви, проводити дослідження справ та керувати реальними справами, юридична клініка допомагає закріпити знання, отримані в аудиторіях, що в майбутньому стає основою практичної діяльності таких юристів.

Робота в юридичній клініці є цінною для студентів, адже допомагає майбутнім юристам сформувати високий рівень правової свідомості та правової культури, сприяє розвитку професійних навичок, і прийняттю обґрунтованих рішень згідно з чинним законодавством.

Юридична клініка допомагає студентам розвинути такі навички, як здатність до критичного мислення, комунікабельність, здатність до встановлення справедливості. Практика в юридичній клініці – це безпрецедентний досвід, який дозволяє студентам розвивати свої навички із проведення опитувань клієнтів, дослідження фактів, аналізу нормативно-правової бази, оформлення процесуальних документів та ведення документації, спілкування з державними органами, а також із володіння юридичною етикою.

Варто виділити переваги, які можуть отримати студенти від участі в роботі юридичної клініки:

- 1) удосконалення юридичної освіти, отримання професійного досвіду під кваліфікованим керівництвом;
- 2) отримання знань про «живий закон» та його невідповідність академічному праву, як результат зустрічі з клієнтами і аналіз реальних проблем;
- 3) розвиток навичок, пов'язаних з комунікацією, міжкультурного спілкування;
- 4) навчання кооперативній та міждисциплінарній роботі;
- 5) зміцнення етичних принципів через особисту відданість захисту прав людини, розуміння того, як закон може служити соціальній справедливості [4].

Клінічні юридичні школи значно відрізняються між собою через відмінності в правових

системах, професійній та академічній культурі, що призвело до розвитку різноманітних відмінних національних та регіональних підходів до клінічної освіти. Поряд з цим проведений аналіз функціонування юридичних клінік у багатьох державах, надав можливість зробити висновок, що найбільш надійні та ефективні юридичні клініки повинні об'єднувати 5 компонентів:

1) надання юридичних консультацій або послуг реальним клієнтам здійснюється студентами-юристами під наглядом викладача-практика;

2) клієнтами клініки є особи, які не мають ресурсів для залучення адвоката або це є особа з уразливої групи населення;

3) вся робота студентів-юристів ретельно перевіряється, регулярно контролюється викладачем-практиком закладу освіти, де знаходиться клініка;

4) участь студентів юридичного факультету забезпечується академічним кредитом у закладі, в якому навчається студент, та інтегрованою частиною курсу навчання в юридичній школі;

5) студента готують до взаємодії з клієнтами за допомогою підготовчого або паралельного курсу навчання, який фокусується на доктрині, навичках, етиці та цінностях професійної практики в галузі права [14; 15].

Саме запровадження клінічної юридичної освіти як способу подолання розриву між теорією і практикою призвело до визнання юридичних клінік найкращими формами здобуття освіти, які мотивують студентів до розвитку почуття професіоналізму, етики, соціальної відповідальності, сприйняття демократії та верховенства права.

До того ж юридичні клініки різних країн тісно поєднані з особливостями кожного закладу освіти з точки зору досвіду юридичної школи та спеціалізації студентів. Юридичні клініки можуть бути загального спрямування або мати певну спеціалізацію. Наприклад, в Університеті Кента (Бельгія), в Університеті Турині (Італія) функціонують юридичні клініки з прав людини та міграції, що надають юридичні консультації і юридичну допомогу для різних осіб з питань європейської політики та законодавства у сфері міграції та з питань вільного пересування в ЄС [16; 17].

Сьогодні клінічна юридична освіта у світі визнана потужною педагогічною моделлю, невід'ємною частиною юридичної освіти, яка залучає студентів у життя спільноти з орієнтацією майбутніх юристів на набуття навичок комунікації, спілкування з клієнтами, командної роботи, творчого мислення. Результати клінічної юридичної освіти для студентів і клієнтів, якими б позитивними вони не були, є лише частковим обґрунтуванням для юридичних клінік. Юридичні клініки не лише навчають студентів-юристів, а й сприяють верховенству права та розвитку громадянського суспільства, довгостроковому розвитку сектору юстиції та просуванню соціальної справедливості шляхом налагодження міцних, професійних відносин з клієнтами адвоката, а також взаємовигідних зв'язків між юристами, неурядовими організаціями та громадськими групами суспільства.

Одним із таких прикладів може слугувати діяльність юридичних клінік в Європі під час війни в Україні і їх зосередження на наданні юридичних консультацій та послуг для українців. Наприклад, студентами юридичної клініки Університету Помпеу Фабра (Іспанія) розроблено спеціальну програму правової підтримки українців, що прибули до Барселони, яка включає допомогу в процесі подання заявки на отримання спеціальних дозволів на проживання та юридичних супровід у всіх інших процедурах, необхідних для проживання в Іспанії (реєстрація місця проживання, підписання договорів оренди, подача заявки на пільги, відкриття банківських рахунків тощо) [18]. Аналогічну інформацію розроблено студентами юридичної клініки Вільнюського університету (Литва) [19], ІЕ Університету (Іспанія) [20]. Про можливість отримання юридичної консультації чи допомоги заявили і інші юридичні клініки різних вузів у Польщі [21; 22; 23].

Цікавим фактом є те, що розвиток юридичних клінік в юридичних закладах освіти Європи призвів до виникнення Європейської мережі з клінічної юридичної освіти. До основних цілей Європейської мережі клінічної юридичної освіти належать: сприяння,



підтримка та просування програм клінічної юридичної освіти по всій Європі; сприяння транснаціональному обміну інформацією та співпраці щодо клінічної юридичної освіти, шляхом надання конкретних інструментів для обміну інформацією про методи навчання, ефективні практики серед викладачів, таких як веб-сайти та бази даних; сприяння дослідженням клінічної юридичної освіти та створення платформ для обміну відповідними дослідницькими продуктами; підтримка та впровадження адвокаційних проєктів на регіональному, національному або європейському рівні з метою підвищення обізнаності в Європі про заслуги та переваги клінічної юридичної освіти; проведення конференцій, семінарів та тренінгів; надання платформи для сприяння транснаціональним проєктам з інноваційних методів юридичної освіти та чутливості до соціальної справедливості через юридичну освіту; сприяння транснаціональному навчанню, візитів та програм обміну; сприяння співпраці між програмами клінічної юридичної освіти та юридичними фахівцями [24].

Важливим для існування юридичних клінік є наявність стандартів діяльності. У багатьох країнах Європи діяльність юридичних клінік стандартизована для збереження достатнього високого рівня клінічної освіти. Наприклад, відповідно до Стандартів діяльності польських юридичних клінік виділено такі основні аспекти для функціонування клінік, як:

1) юридична клініка забезпечує надійність наданих послуг, щотижня проводяться семінари для обговорення справ, над якими зараз працює клініка;

2) юридична клініка забезпечує нагляд викладачів за студентами, при цьому протягом одного навчального року студент бере участь у розгляді не менше 2 випадків і один викладач не може безпосередньо наглядати за більш ніж 16 студентами;

3) юридична консультація, що надається клінікою, є безкоштовною;

4) юридична клініка забезпечує необхідну конфіденційність її послуг;

5) юридична клініка забезпечує захист наданих клієнтами документів; і не приймає оригінальні версії документів;

6) юридична клініка встановлює секретаріат за сферою діяльності та на особливості його діяльності;

7) перед прийняттям справи юридична клініка інформує клієнта письмово про правила надання клінічних послуг, зокрема заявляючи, що: студент – це особа, яка приймає справу, студент і працівник юридичної клініки не можуть відмовити в доказі або відповіді на питання суду, прокурора або будь-якого іншого уповноваженого органу, юридична клініка не приймає справ, у яких адвокат або юридичний радник вже бере участь, клієнт має право звернутися з будь-якими коментарями щодо наданих юридичних порад до Правління Фонду юридичних клінік, юридичні консультації надаються виключно письмово, юридична клініка пропонується тільки для тих осіб, які не можуть дозволити собі оплату за юридичну консультацію через складний фінансовий стан;

9) юридична клініка проводить кваліфікаційну процедуру для своїх клієнтів, яка полягає в тому, щоб переконатися, що клієнт не може дозволити собі оплатити юридичну консультацію; у разі виникнення обставин, що свідчать про те, що клієнт може дозволити собі таку послугу, запропоновану адвокатом або юридичним радником, юридична клініка негайно перепідписує справу;

10) юридична клініка встановлює, згідно з належними нормами права, інформаційну систему про клієнтів, яка має гарантувати мінімальний ризик виникнення конфлікту інтересів;

11) юридична клініка зобов'язана укласти договір страхування відповідальності за збитки, сума гарантії не може бути нижчою за 10 000 євро [25].

Водночас однією з проблем, з якою стикаються як юридичні клініки в Європі, так і європейська мережа клінічної юридичної освіти, є необхідність розробки стандартів для юридичних клінік Європи загалом. Це питання неодноразово обговорювалося на конференціях Європейської мережі клінічної юридичної освіти [26; 27].

Встановлення стандартів для юридичних клінік може визначати мінімальні вимоги для юридичних клінік в Європі і вирішувати як освітні, так і практичні питання, пов'язані з

клінічною роботою. Зокрема, питання організаційно-правової форми юридичних клінік, питання виконання студентами діяльності та рівня контролю за нею, питання щодо форми правової допомоги, які пропонує клініка, питання стосовно фінансування та інтеграції юридичної клініки в програму навчання юридичного факультету.

Підсумовуючи викладене, варто зазначити, що запровадження клінічної юридичної освіти як способу подолання розриву між теорією та практикою призвело до визнання юридичних клінік найкращими формами навчання у світі, які мотивують студентів до розвитку почуття професіоналізму, етики, соціальної відповідальності, сприяють демократії та верховенству права.

Юридична клініка в сучасних реаліях є найефективнішим інструментом набуття практичних навичок для студентів, які в процесі залучення до роботи юридичної клініки можуть консолідувати теоретичні знання шляхом надання правової допомоги. Клінічний досвід пропонує безцінну можливість використовувати отримані теоретичні знання з юриспруденції на практиці задля розширення доступу певної категорії осіб до юридичної допомоги та правосуддя.

### Посилання:

1. United Nations. Universal declaration of human rights (1948). URL: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
2. 17 Goals to Transform Our World. URL: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/>
3. Task Force on Justice (2019). Justice for All – Final Report. (New York: Center on International Cooperation, 2019), URL: <https://www.justice.sdg16.plus/>
4. Bartoli Clelia. Legal clinics in Europe: for a commitment of higher education in social justice. URL: [http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2016\\_nSE\\_Legal-clinics-in-Europe/DQ\\_2016\\_Legal-Clinics-in-Europe\\_specialissue.pdf](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2016_nSE_Legal-clinics-in-Europe/DQ_2016_Legal-Clinics-in-Europe_specialissue.pdf)
5. Terry, L. S. The Bologna process and its impact in Europe: It's so much more than degree changes. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008. 41(107), 113–114.
6. The Bologna Declaration of 19 June 1999. URL: [https://www.eurashe.eu/library/bologna\\_1999\\_bologna-declaration-pdf/](https://www.eurashe.eu/library/bologna_1999_bologna-declaration-pdf/)
7. Hovhannisian Lusine. Clinical Legal Education and the Bologna Process, PILI Papers, Number 2, Dec. 2006, at 5 (citations omitted). URL: [www.pilnet.org/public-interest-law-resources/25-clinical-legal-education-and-the-bologna-process.html](http://www.pilnet.org/public-interest-law-resources/25-clinical-legal-education-and-the-bologna-process.html)
8. Genty, P. Reflections on US Involvement in the Promotion of Clinical Legal Education in Europe. In A. Alemanno & L. Khadar (Eds.), *Reinventing Legal Education: How Clinical Education Is Reforming the Teaching and Practice of Law in Europe* 2018, pp. 29-43. Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316678589.002
9. Meghdadi Mohammad Mahdi, Nasab Ahmad Erfani. The role of legal clinics of law schools in human rights education; Mofid University legal clinic experience. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*. 2011. Vol. 15. Pages 3014-3017, <https://doi.org/10.1016/j.sbspro.2011.04.234>
10. Teremetskyi V., Duliba Ye., Drozdova O., Zhukovska L., Sivash O., Dziuba Iu. Access to Justice and Legal Aid for Vulnerable Groups: New Challenges Caused by the Covid-19 Pandemic. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*. 2021 Vol: 24 Issue: 1S. p. 1-11.
11. United Nations and the Rule of Law (2021). Access to Justice. URL: <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>
12. Definition of a legal clinics. URL: <http://encle.org/about-encle/definition-of-a-legal-clinic>
13. Summary of the academic year 2019/2020 activity in Polish legal clinics. URL: <https://www.fupp.org.pl/en/legal-clinics/publications/reports/297-summary-of-the-academic-year-2019-2020-activity-in-polish-legal-clinics>
14. Bryant, S., Milstein, E. S., & Shalleck, A. C. *Transforming the education of lawyers: The theory and practice of clinical pedagogy*. 2014. Durham: Carolina Academic Press
15. Wilson R.J. Legal Aid and Clinical Legal Education in Europe and the USA: Are They Compatible? In: Halvorsen Rønning O., Hammerslev O. (eds) *Outsourcing Legal Aid in the Nordic Welfare States*. 2018. Palgrave Macmillan, Cham. [https://doi.org/10.1007/978-3-319-46684-2\\_11](https://doi.org/10.1007/978-3-319-46684-2_11)
16. The EU Rights Clinic of the University of Kent in Brussel. URL: <https://blogs.kent.ac.uk/eu-rights-clinic/about-us/>
17. The European Human Rights and Migration Law Clinic in Turin. URL: [https://www.clinichelegali.unito.it/do/home.pl/View?doc=/strategic\\_litigation/panoramica.html](https://www.clinichelegali.unito.it/do/home.pl/View?doc=/strategic_litigation/panoramica.html)

- 18.The UPF Legal Clinic coordinates an aid programme for Ukrainian refugees in Barcelona. URL: [https://www.upf.edu/en/web/focus/ucraina/-/asset\\_publisher/7m3tYIt0iFGh/content/id/257044360/maximized](https://www.upf.edu/en/web/focus/ucraina/-/asset_publisher/7m3tYIt0iFGh/content/id/257044360/maximized)
- 19.Help for Ukrainians in Lithuania. URL: <https://teisesklinika.lt/ukraina-en/>
- 20.IE University Law School’s Legal Clinic drafted a legal guide to support Ukrainian refugees that arrive in Spain. URL: <https://www.ie.edu/law-school/news-events/news/ie-university-law-schools-legal-clinic-drafted-legal-guide-support-ukrainian-refugees-arrive-spain/>
21. Pomoc prawna dla obywateli Ukrainy. URL: [https://poradnia.law.uj.edu.pl/poradnia/aktualnosci-/journal\\_content/56\\_INSTANCE\\_CopcvGZkL3Jg/121939963/149702656](https://poradnia.law.uj.edu.pl/poradnia/aktualnosci-/journal_content/56_INSTANCE_CopcvGZkL3Jg/121939963/149702656)
- 22.Student Legal Services support people arriving from Ukraine. URL:<https://english.swps.pl/we-the-university/our-news-and-events/news/33018-student-legal-services-supports-people-arriving-from-ukraine>
23. Support at the University of Lodz. URL: <https://www.uni.lodz.pl/en/university-of-lodz-for-ukraine/legal-assistance>
- 24.The European Network for Clinical Legal Education. URL: <https://www.encle.org/about-us/what-is-encle>
- 25.Uchwały Radę Fundacji Uniwersyteckich Poradni Prawnych nr 9/2014 z dnia 08.03.2014 r. “Standardy działalności uniwersyteckich poradni prawnych”. URL: <http://www.fupp.org.pl/kliniki-prawa/standardy>
- 26.ENCLE Round Table on European Standards for Clinical Legal Education. URL: <https://www.encle.org/events-and-news/events/encle-round-table-on-european-standards-for-clinical-legal-education>
- 27.Skills Transfers in Academia: A Renewed Strategy Enhancing legal clinics in the European Union (STARS). URL: <http://www.lawstars.eu/>

Статтю було подано	01.12.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	02.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	07.12.2022	The article was accepted

УДК 347.1

**ВПРОВАДЖЕННЯ ЕЛЕКТРОННИХ  
МЕДИЧНИХ ЗАПИСІВ ПАЦІЄНТА:  
ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО  
РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ****Галина МИРОНОВА**

доктор юридичних наук, старший науковий  
співробітник, провідний науковий  
співробітник

Науково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

<https://orcid.org/0000-0002-9136-586X>

Запровадження цифрової моделі медичної документації є першочерговим у створенні єдиного медичного простору, зокрема, у забезпеченні загального охоплення населення послугами охорони здоров'я. Предметом статті авторка обрала проблему правового регулювання цифрових засобів обробки медичних даних та захисту персональних і медичних даних пацієнта. Дослідження виконано на основі аналізу нормативно-правової бази, наукових джерел, опису та узагальнення наявних досягнень і проблем у сфері правового регулювання цифрових засобів збереження та обробки медичних даних пацієнтів.

Основні проблеми, пов'язані з оцифруванням медичних карт пацієнтів, стосуються реалізації основних прав суб'єктів персональних та медичних даних. Зокрема, це стосується доступу та управління доступом до медичних даних, що передаються між пацієнтами та постачальниками медичних послуг, включаючи проблеми з миттєвим і зручним доступом до їхніх даних, їх зміною, видаленням, що виникають через юридичні, технічні чи організаційні перешкоди. Крім того, чинним законодавством не передбачено врегулювання низки правовідносин, які виникають у зв'язку з обробкою

UDC 347.1

**IMPLEMENTATION OF  
ELECTRONIC PATIENT MEDICAL  
RECORDS: PROBLEMS OF LEGAL  
REGULATION IN UKRAINE****Myronova, Galyna**

Doctor of Law Sciences, Senior Researcher,  
Leading Researcher

Academician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The introduction of a digital model of medical records is of primary importance in creating a single medical space, in particular, in ensuring the general coverage of the population with health care services. The author chose the problem of legal regulation of digital means of medical data processing and protection of personal and medical data of the patient as the subject of the article. The research was carried out on the basis of the analysis of the legal framework, scientific sources, description and generalization of existing achievements and problems in the field of legal regulation of digital means of saving and processing the patient's medical data.

The main problems related to the digitization of medical records of patients relate to the implementation of the basic rights of subjects of personal and medical data. In particular, this applies to access and access management to medical data transferred between patients and health care providers, including problems with immediate and convenient access to their data, their modification, deletion arising due to legal, technical or organizational obstacles. In addition, the current legislation does not cover the settlement of a number of legal relationships that arise in connection with the processing of personal data in the electronic health care system.

персональних даних в електронній системі охорони здоров'я. Важливим кроком до вирішення низки системних проблем захисту персональних даних пацієнтів у світлі розвитку міжнародних стандартів стала розробка проекту Закону № 8153 «Про захист персональних даних», який спрямований на підвищення рівня захисту конституційного права на повагу до приватного життя шляхом посилення стандартів обробки персональних даних.

У результаті дослідження виявлено існуючі правові проблеми, пов'язані з цифровізацією медичних записів пацієнтів, сформульовано основні принципи реалізації основних прав суб'єктів персональних та медичних даних, визначено деякі шляхи посилення безпеки даних пацієнтів. Були запропоновані, зокрема, щодо нормалізації використання відповідних ідентифікаторів для доступу та управління доступом до медичних даних. Пропонується реалізація певного алгоритму та відповідних спеціальних форм для отримання згоди суб'єкта на обробку його персональних даних на відповідних Інтернет-сервісах. Зокрема, слід передбачити, що згода на обробку персональних даних є недійсною, якщо не було надано вибору або не було можливості її відкликати.

**Ключові слова:** єдиний медичний простір, пацієнторієнтована охорона здоров'я, цифровізація медичних записів, електронна медична картка пацієнта, захист персональних даних пацієнтів

Ключовими трендами сучасної пацієнторієнтованої системи охорони здоров'я стали інклюзивна медицина та єдиний медичний простір. Досягання таких амбітних цілей у сучасну техногенну добу неможливе без застосування інноваційних систем обміну інформацією. Тому саме новітні інформаційні технології виступили в якості каталізаторів та важливих інструментів на шляху забезпечення прав громадян та інтересу держави щодо надання доступної та якісної медичної допомоги в Україні. Проте застосування цифрових засобів збереження та обробки медичних даних має як переваги, так і небезпеки для дотримання приватності суб'єкта даних.

Вплив цифрової трансформації охорони здоров'я в Україні на забезпечення прав людини та інтересів держави встановлено в низці проведених досліджень науковців: Л. Р. Криничко, Ю. М. Малігон [1], Г. А. Миронова [3], Т. Миськевич [4]. Аналіз впливу цифрових технологій на забезпечення інклюзивного підходу в медицині зроблено А. Жуковською [5].

An important step towards solving a number of systemic problems of the protection of personal data of patients in the light of the development of international standards was the development of the project of Law No. 8153 «On the Protection of Personal Data», which aims to increase the level of protection of the constitutional right to respect for private life by strengthening the standards for the processing of personal data.

As a result of the research, the existing legal problems related to the digitization of patients' medical records were identified, the basic principles of implementing the basic rights of subjects of personal and medical data were formulated, some ways of strengthening the security of patient data were proposed, in particular, regarding the normalization of the use of appropriate identifiers for access and managing access to medical data. It is proposed to implement a specific algorithm and corresponding special forms for obtaining the subject's consent to the processing of his personal data on the relevant Internet services. In particular, it should be provided that consent to the processing of personal data is not valid if no choice was made or there was no possibility of its withdrawal.

**Keywords:** a single medical space, patient-oriented health care, digitization of medical records, electronic medical card of the patient, protection of personal data of patients

Окремі проблеми правового забезпечення захисту персональних даних пацієнта досліджували С. Б. Булеца [6], І. Венедіктова [7], П. М. Юніна [8].

В ході проведення дослідження виникла потреба у застосуванні спеціальних знань щодо технічних аспектів медичних записів. Спеціальні технічні аспекти та їх вплив на правове забезпечення медичних записів у цифровому форматі висвітлено авторами: С. Брайчевський [9], В. Гаген, О. Палагіна, В. Палагін О. Івченко [10], В. П. Марценюк, Н. Я. Климчук [11]. Проблема кібербезпеки медичних комп'ютерних систем та медичних даних досліджувалась у низці праць О. Трофименко, Я. Дубовим, Н. Логіновою, Ю. Прокоп, О. Задерейком [12, 13].

Втім, залишається актуальним завдання дослідження правового забезпечення цифрових медичних записів, зокрема, вдосконалення засобів захисту персональних та медичних даних пацієнта у світлі останніх змін у сфері обробки таких даних та правового регулювання захисту цих даних. Саме тому предметом дослідження автором обрано проблему правового регулювання цифрових засобів обробки медичних даних та захисту персональних і медичних даних пацієнта.

Дослідження проведено на засадах аналізу нормативно-правової бази, наукових джерел, опису, узагальнення та аналізу наявних досягнень та проблем в сфері правового регулювання цифрових засобів збереження та обробки медичних даних пацієнта. Методом теоретичного аналізу проблеми встановлено істотний вплив цифровізації на забезпечення пацієнторієнтованої системи охорони здоров'я та виявлено наявність проблем у правовому регулюванні цифрових засобів обробки даних та захисту персональних і медичних даних пацієнта. Застосування порівняльного методу надало змогу проаналізувати вітчизняні нормативно-правові засади цифровізації медичних записів та виявити невідповідності профільного законодавства України європейським правовим стандартам та прогалини чинного законодавства щодо захисту персональних та медичних даних пацієнта. Завдяки прогностичному методу було запропоновано шляхи вирішення низки системних проблем захисту персональних даних пацієнтів у в світлі розвитку міжнародних стандартів, а також виявлено перспективи подальших досліджень проблеми правового регулювання цифрових засобів обробки даних пацієнта.

В результаті проведення дослідження виокремлено існуючі правові проблеми, пов'язані із цифровізацією медичних записів пацієнтів, сформульовано основні засади реалізації базових прав суб'єктів персональних та медичних даних, запропоновано деякі шляхи посилення безпеки даних пацієнта, зокрема, щодо унормування застосування належних ідентифікаторів для доступу та керування доступом до медичних даних.

*Вплив цифровізації медичних записів на забезпечення пацієнторієнтованої системи охорони здоров'я*

Одним з актуальних цивілізаційних трендів стало запровадження пацієнтоорієнтованого підходу та інклюзивної медицини як системоутворюючих елементів всієї сфери охорони здоров'я. Важливим інструментом досягання поставлених глобальних цілей є застосування сучасних інформаційних технологій та створення на цих засадах єдиного медичного простору, що дозволило підвищити ефективність усієї галузі. В ініційованому ВООЗ у 2012 році документі «Здоров'я-2020: Основи Європейської політики на підтримку дій держави та суспільства в інтересі здоров'я та благополуччя» було вказано на прямий вплив використання таких інструментів та інновацій ХХІ ст., як комунікаційні технології (електронні історії хвороби, телемедицина та електронна охорони здоров'я) та онлайнів соціальні мережі, на підвищення якості та економічної ефективності надання медичної допомоги [14].

Впровадження засад електронної медицини передбачено вітчизняною «Стратегією розвитку інформаційного суспільства в Україні» [15]. Відповідно до Стратегії, «електронна медицина» є діяльністю з використанням електронних інформаційних ресурсів у сфері охорони здоров'я та забезпечення оперативного доступу медичних працівників та пацієнтів до них. Е-медицина повинна забезпечувати взаємодію між пацієнтами, медичними працівниками та установами за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій.

Основними напрямками діяльності в галузі розвитку е-медицини визначено впровадження автоматизованих інформаційних галузевих систем, які, зокрема, дають змогу перейти до ведення медичної документації в електронному вигляді.

Українська електронна система охорони здоров'я (ЕСОЗ) стала інформаційним фундаментом та важливим інструментом проведення медичної реформи в Україні, за допомогою якого забезпечуються права та інтереси усіх учасників відносин: пацієнтів, лікарів, медичних закладів та держави. ЕСОЗ як національна інформаційна система функціонує в Україні з вересня 2017 року та забезпечує цифровізацію ведення та обліку медичних даних в єдиному інформаційному просторі. Об'єднання інструментів та послуг, які використовують інформаційно-комунікаційні технології на всіх етапах управління системою охорони здоров'я, очікувано стає джерелом ефективного використання ресурсів, покращання якості обслуговування, підвищення відповідності стандартам та загальної ефективності сфери охорони здоров'я.

Станом на тепер ЕСОЗ є однією з наймасштабніших електронних систем в Україні, яка забезпечує укладання електронних декларацій з сімейними лікарями, виписку електронних рецептів та направлень, ведення електронної медичної картки, функціонування низки реєстрів. Функціональні можливості ЕСОЗ забезпечують: реєстрацію користувачів у центральній базі даних; створення, внесення, перегляд та обмін деклараціями про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу, рецептами, направленнями, медичними записами, іншою інформацією та документами через електронні кабінети відповідно до прав доступу користувачів; здійснення пошуку та перегляду відомостей у центральній базі даних відповідно до прав доступу користувача; укладення, зміни та припинення договорів про медичне обслуговування населення та договорів про реімбурсацію за програмою медичних гарантій, формування та подання електронних звітів, первинних, розрахункових та інших документів за договорами через центральну базу даних. В перспективі системні дії щодо цифровізації мають на меті замінити паперові медичні карти, довідки, рецепти на електронні.

Використання новітніх комунікаційних та інформаційних технологій має значний позитивний вплив на загальну ефективність та відповідність сучасним суспільним очікуванням у цій сфері, зокрема, що стосується доступності медичної допомоги та якості надання послуг. Завдяки комплексному застосуванню фінансових, управлінських, технологічних та інформаційних важелів досягаються важливі цілі розв'язання попередньо визначених нагальних проблем та реалізації пацієнторієнтованого підходу в медичному обслуговуванні.

#### *Нормативно-правові засади цифровізації медичних записів в Україні*

Правові питання впровадження та функціонування ЕСОЗ в Україні регулюються базовими нормативно-правовими актами: Законом України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» № 2168-VIII [16] та Постановою Кабінету Міністрів України «Деякі питання електронної системи охорони здоров'я» № 411 [17]. У цих правових документах визначені основні поняття, суб'єкти, завдання, функції, складові, етапи запровадження нових механізмів для реалізації наданих державою гарантій медичного обслуговування населення.

У статті 6 Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» передбачено, що пацієнти мають право на надання лікарям, третім особам права доступу до персональних даних та іншої інформації, що міститься в електронній системі охорони здоров'я, у тому числі до інформації про стан свого здоров'я, діагноз, про відомості, одержані під час медичного обстеження. То ж доступ до даних пацієнта можливий лише за згоди останнього (окрім випадків наявності ознак прямої загрози життю пацієнта, неможливості отримання згоди такого хворого чи його законних представників та за рішенням суду).

Постановою Кабінету Міністрів України № 411 затверджено «Порядок функціонування електронної системи охорони здоров'я» та «Порядок опублікування відомостей з електронної системи охорони здоров'я Національною службою здоров'я». У Постанові №

411 регламентовано порядок реєстрації користувачів, права доступу до інформації та документів у центральній базі даних, відповідальність адміністратора, технічні вимоги до електронних медичних інформаційних систем, алгоритм підключення електронних медичних інформаційних систем до центральної бази даних, підстави та умови зупинення доступу до центральної бази даних та відключення електронних медичних інформаційних систем від центральної бази даних, механізм та обсяг опублікування інформації з електронної системи охорони здоров'я. На адміністратора системи покладено обов'язок щодо захисту інформації, яка міститься в центральній базі даних. У випадку порушення оператором вимог щодо забезпечення захисту інформації адміністратор може прийняти рішення про зупинення доступу електронної медичної інформаційної системи до центральної бази даних або навіть відключення такої системи від центральної бази.

Усі приватні медичні інформаційні системи, що приєдналися до ЕСОЗ, є акредитованими Операторами підключення до системи, отже, пройшли перевірку на відповідність технічним вимогам та правилам безпеки, співпрацюють з центральним компонентом, та надають гарантований пакет електронних сервісів. Технічно вони мають забезпечувати можливість реєстрації та доступу постачальників медичних послуг і користувачів до системи; здатність користувачам завантажувати документи, накладати електронний цифровий підпис на інформацію та документи, що формуються з метою обліку надання медичних послуг; здійснювати обмін інформацією через відкритий програмний інтерфейс.

Згідно Постанови № 411 у системі ЕСОЗ створено низку реєстрів, перелік яких постійно оновлюється. З 2020 р. в ЕСОЗ започатковано системні процеси з обробки та зберігання персональної та медичної інформації про пацієнта у форматі електронної медичної картки. Електронна медична картка є частиною центрального компоненту бази даних та становить систематизований та стандартизований перелік медичних записів пацієнта в електронному вигляді, які можуть бути створені в різних закладах охорони здоров'я, або посилення на записи, що можуть зберігатись в інших інформаційно-комунікаційних системах. За своєю основною концепцією електронна медична картка пацієнта – електронні медичні записи, доступні у режимі реального часу, що накопичують інформацію про пацієнта, забезпечують терміновий та захищений доступ для зареєстрованих користувачів із відповідними правами доступу.

В рамках діючої в Україні двокомпонентної системи ЕСОЗ проект електронної медичної картки реалізовано у формі реєстру медичних записів, записів про направлення та рецептів, які створюються та доповнюються на основі електронної медичної інформаційної системи, обраної закладом. Усі дані пацієнтів, як медичні, так і персональні, зберігаються у порядку, визначеному законодавством, на платформі центральної бази даних ЕСОЗ у вигляді сукупності реєстрів даних. Вони поповнюються дід час кожного візиту пацієнта до лікаря, який здійснює відправку даних до ЕСОЗ, та засвідчує кожну транзакцію кваліфікованим електронним підписом.

Порядок ведення Реєстру медичних записів, записів про направлення та рецептів в електронній системі охорони здоров'я затверджено Наказом Міністерства охорони здоров'я України «Деякі питання ведення Реєстру медичних записів, записів про направлення та рецептів в електронній системі охорони здоров'я» № 587 [18]. Порядком визначено зміст відомостей кожного медичного запису, запису про направлення та рецепт, які вносяться у Реєстр. Реєстр ведеться в центральній базі даних системи та формується з медичних записів, записів про направлення і рецептів, що внесені до системи відповідно до законодавства. Розпорядником Реєстру та володільцем його відомостей є Національна служба здоров'я України (НСЗУ). Обробка персональних даних в Реєстрі здійснюється з метою забезпечення реалізації програми державних гарантій медичного обслуговування населення, а також для забезпечення функціонування електронної системи охорони здоров'я.

Внесення відомостей у Реєстр медичних записів та їх перегляд здійснюється через електронний кабінет відповідно до прав доступу до системи, визначених Наказом № 587 або



законодавством, що визначає порядок функціонування електронної системи охорони здоров'я.

Завдяки централізованому зберіганню даних пацієнта досягаються декілька важливих цілей: дані гарантовано доступні для пацієнта й лікаря, який його обслуговує, незалежно від того, чи працюють сервер в закладі, з якого вносились інформація; заклади охорони здоров'я можуть переходити з однієї інформаційної системи на іншу без втрати ключових даних, які зберігаються в централізованій системі; Міністерство охорони здоров'я України та Національна служба здоров'я України можуть обробляти знеособлені дані для ефективного управління системою охорони здоров'я, аналізувати дані для управління якістю медичних послуг.

Доступ до інформації, яка міститься в ЕСОЗ, мають виключно ідентифіковані та автентифіковані користувачі з відповідними правами доступу. Користувачі ЕСОЗ проходять двохфакторну авторизацію: спочатку через вхід до медичної інформаційної системи закладу охорони здоров'я, та на другому рівні – безпосередньо вхід до ЕСОЗ на рівні прав доступу, визначених для конкретного користувача, засвідчуючи всі дії власним кваліфікованим електронним підписом. Додатково в системі реалізовано принцип відокремленого зберігання персональних та медичних даних пацієнта, що суттєво знижує ризик витоку персоналізованих даних.

Наразі пацієнти не мають доступу до своїх електронних медичних карток, тому не можуть бачити інформацію про електронні медичні записи про себе, які зберігаються в центральній базі даних ЕСОЗ. Надалі в системі планується реалізувати функціонал, що дозволить пацієнту самостійно керувати доступом до власних даних через електронні кабінети пацієнтів.

Наступним важливим кроком в реалізації проекту створення єдиного медичного простору, стане розпочата інтеграція до ЕСОЗ даних недержавних надавачів медичних послуг. Відповідно до постанови Кабінету міністрів України «Деякі питання провадження господарської діяльності з медичної практики» № 126 [19] усі суб'єкти господарювання, які отримали ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики до набрання чинності цією постановою, зобов'язані не пізніше ніж до 31 грудня 2022 р. (наразі Міністерством охорони здоров'я України ініційовано продовження терміну до 31 березня) привести свою діяльність у відповідність з Ліцензійними умовами провадження господарської діяльності з медичної практики, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 02.03.2016 р. № 285, з урахуванням внесених змін.

Зокрема, новими змінами ліцензіати зобов'язуються: дотримуватися вимог до ведення форм первинної облікової документації, затверджених МОЗ, а також вимог, передбачених Постановою № 411; зареєструватися в Реєстрі суб'єктів господарювання у сфері охорони здоров'я центральної бази даних електронної системи охорони здоров'я; забезпечити роботу з електронною системою охорони здоров'я, зокрема внесення первинної облікової медичної документації, ведення обліку медичних послуг, управління медичною інформацією та використання інших функціональних можливостей електронної системи охорони здоров'я, які визначені законодавством обов'язковими в процесі провадження господарської діяльності з медичної практики; здійснювати обробку персональних даних та іншої інформації про пацієнтів (зокрема інформації про стан здоров'я, діагноз, наявні обмеження повсякденного функціонування/життєдіяльності, відомостей, одержаних під час медичного та/або реабілітаційного обстеження пацієнтів), у тому числі під час роботи в електронній системі охорони здоров'я, з дотриманням вимог Закону України «Про захист персональних даних». Нові умови запроваджують обов'язок усіх закладів охорони здоров'я, незалежно від форми власності, вести базові медичні записи в електронній системі охорони здоров'я. Це дозволить зберігати необхідну медичну інформацію про пацієнта в єдиному місці – електронній медичній картці.

*Системні проблеми, що виникають у зв'язку із обробкою медичних даних пацієнта, та правові шляхи їх вирішення*

Основні проблеми, пов'язані із цифровізацією медичних записів пацієнтів, стосуються реалізації базових прав суб'єктів персональних та медичних даних. Зокрема, користувачі пацієнти фактично не мають можливості невідкладного і зручного доступу до своїх даних, їхньої зміни, видалення через правові, технічні або організаційні перешкоди. Проте самі надавачі таких сервісів не поспішають виконувати свої зобов'язання щодо дотримання прав суб'єктів даних.

Відповідно до Регламенту Європейського парламенту та Ради ЄС 2016/679 від 27 квітня 2016 р. «Про захист фізичних осіб щодо обробки персональних даних та вільного обігу таких даних» [20] та Закону України «Про захист персональних даних» № 2297-VI [21] згода суб'єкта персональних даних, тобто надання дозволу на обробку його персональних даних, повинна володіти такими невіддільними ознаками, як: добровільність (відсутність прямого чи опосередкованого примусу при наданні згоди, та можливість відкликати її в будь-який час); поінформованість (можливість отримати в доступному вигляді достовірну інформацію про те, хто, з якою метою буде обробляти його персональні дані, кому будуть передаватися, які саме дані, а також про права, визначені законом; визначена форма надання згоди, однозначність якої не повинна викликати сумнівів упродовж усього часу проведення обробки персональних даних.

Проте в Україні залишається проблема надання поінформованої згоди на обробку персональних даних та доступу до захищених законодавством даних внаслідок їх неналежного зберігання, передавання. Чинним законодавством не охоплюється врегулювання низки правовідносин, які виникають у зв'язку із обробкою персональних даних в ЕСОЗ.

Деякі шляхи та способи розв'язання існуючих проблеми в електронній системі охорони здоров'я запропоновано у «Концепції розвитку електронної охорони здоров'я», затвердженій Розпорядженням Кабінету міністрів України № 1671-р. [22]: визначення вимог щодо розроблення сервісів, контролю за якістю розробленого функціоналу; удосконалення підходів щодо електронної ідентифікації, автентифікації користувачів, а також стандартів обміну інформацією, ведення форм медичної документації, функціонування медичної статистики; забезпечення інтеграції та електронної взаємодії електронної системи охорони здоров'я з іншими інформаційно-телекомунікаційними системами; урегулювання питання щодо оброблення персональних даних, зокрема тих, що становлять особливий ризик для прав і свобод суб'єктів персональних даних (дані про стан здоров'я), їх повторного знеособленого використання для цілей статистичних, наукових досліджень та з іншими цілями поза метою надання медичної допомоги; гармонізація національних стандартів з поширеними у світі стандартами та класифікаторами, впровадження міжнародно визнаних і поширених стандартів в Україні для подальшої інтеграції із світовим інформаційним простором.

Важливим кроком на шляху вирішення низки системних проблем захисту персональних даних пацієнтів у в світлі розвитку міжнародних стандартів стало розроблення проекту Закону № 8153 «Про захист персональних даних» [23], який підготовлено на заміну чинного однойменного закону. Документ має на меті підвищення рівня захисту конституційного права на повагу до приватного життя через посилення стандартів обробки персональних даних.

Серед важливих новел проекту закону № 8153 є визначення спеціальних термінів, що стосуються чутливих даних: «генетичні дані – персональні дані щодо вроджених або набутих генетичних ознак фізичної особи, які надають унікальну інформацію про фізіологію чи здоров'я такої фізичної особи та такі, що отримані, зокрема, в результаті аналізу біологічного зразка, взятого у відповідної фізичної особи; дані про стан здоров'я – персональні дані, про стан фізичного чи психічного здоров'я фізичної особи, включаючи дані про надання медичних послуг або допомоги, які містять інформацію про стан здоров'я фізичної особи».

Законопроект № 8153 передбачає реалізацію таких ключових правових завдань: деталізацію принципів обробки персональних даних; більш чітке формулювання підстав

обробки персональних даних; деталізовані та прозорі вимоги до згоди на обробку персональних даних, які дозволять уникнути зловживань та маніпуляцій; розширення прав суб'єктів персональних даних та механізм їх реалізації; чітке визначення обов'язків контролера і оператора персональних даних; порядок повідомлення про витік персональних даних; інститут відповідальної особи з питань захисту персональних даних, її функціональні обов'язки, вимоги та порядок призначення; фінансову відповідальність, адміністративно-господарські санкції, що застосовуються до контролера та/або оператора за порушення права на захист персональних даних, які дозволять забезпечити дієвість закону та виконання його вимог.

Важливим аспектом з точки зору предмету дослідження є запропоноване законопроектом № 8153 суттєве розширення прав суб'єктів персональних даних: на інформацію; на доступ до персональних даних; на виправлення персональних даних; на забуття; на заперечення проти обробки персональних даних; на обмеження обробки персональних даних; на захист від автоматизованого прийняття рішення; на захист своїх прав та відшкодування шкоди. Також встановлено особливі вимоги до обробки чутливих персональних даних; порядку розгляду вимог суб'єкта персональних даних контролерами та операторами.

Законопроектом № 8153 пропонуються назрілі зміни до порядку обробки персональних даних в ЕСОЗ. Так статтю 11 Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» подано у новій редакції, за якою доступ до даних про пацієнта, що містяться в електронній системі охорони здоров'я має право лікар, з яким пацієнт (його законний представник) уклав декларацію, інші медичні працівники, на яких поширюється зобов'язання відповідно до статті 40 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я». Також доступ до даних пацієнта надано працівникам Національної служби здоров'я України «з метою перевірки наданих медичних послуг встановленим умовам надання таких послуг, умовам укладених договорів про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій».

З метою забезпечення дієвості норм закону та виконання його вимог запроваджено достатньо сувору фінансову відповідальність, адміністративно-господарські санкції, що застосовуються до контролера та/або оператора за порушення права на захист персональних даних. Зокрема, за порушення вимог до обробки чутливих персональних даних пропонується штраф до 300 000 гривень (максимально за сукупністю порушень або повторних порушень суми штрафу сягають на фізичних осіб в розмірі до 20 мільйонів гривень, на юридичних осіб в розмірі до 150 мільйонів гривень).

Подальше посилення безпеки даних пацієнта має відбуватися на засадах унормування застосування належних ідентифікаторів, цифрових ключей та інших сучасних засобів. Найпоширеніший в Україні спосіб підтвердження ідентифікації пацієнта, застосовний сьогодні в медичних інформаційних системах для верифікації особи при підписанні декларації про вибір лікаря, це – надсилання СМС-повідомлення з одноразовим чотиризначним кодом на номер телефону пацієнта, який він вказує у Декларації про вибір лікаря. За допомогою цього коду пацієнт підтверджує, що саме йому належить даний номер телефону. Проте даний спосіб верифікації хоча і здається простим та надійним, є вразливим для безпеки даних.

В цьому контексті видається доцільним взяти до уваги досить вдалі пропозиції акторів проекту № 8153 стосовно засобів захисту персональних даних у сфері електронної комерції. Зокрема, ті норми, які законопроектом пропонується викласти у Законі України «Про електронну комерцію» для посилення безпеки персональних даних цілком доречно застосовувати і в сфері захисту персональних та медичних даних пацієнта. Зокрема, до таких засобів посилення безпеки даних пацієнта можна поширити такі пропозиції: ідентифікація особи за допомогою електронного підпису має здійснюватися під час кожного входу в інформаційну систему суб'єкта електронної комерції. З метою недопущення несанкціонованого доступу до облікового запису особи в інформаційно-комунікаційній

системі суб'єкта електронної комерції для ідентифікації такої особи може використовуватися додатковий унікальний набір електронних даних, що додаються (приєднуються) до спеціального набору електронних даних, який був введений (створений) такою особою під час реєстрації.

Отже запропоновані спеціальні заходи безпеки для захисту даних суб'єктів електронної комерції цілком застосовні та доцільні для захисту даних пацієнта: ідентифікація особи за допомогою електронного підпису під час кожного входу в інформаційну систему; або (та) додатковий унікальний набір електронних даних, що додаються до спеціального набору електронних даних, який був введений під час реєстрації.

Вбачається за доцільне запровадити конкретний алгоритм та відповідні спеціальні форми отримання згоди суб'єкта на оброблення його персональних даних на відповідних інтернет-сервісах. Зокрема, передбачити, що згода на оброблення персональних даних не є чинною, якщо не було надано можливості вибору або була відсутня можливість її відкликання.

Деякі автори зазначають, що «дані про стан здоров'я потребують окремого правового регулювання, яке б впорядковувало їх збір та використання» [13, с. 33]. Ця пропозиція є слушною, зважаючи на спеціальний статус медичних даних, проте станом на тепер її втілення малоймовірно, тому слід виходити з загальних та спеціальних норм щодо захисту персональних та медичних даних пацієнта, що містяться в Законах України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення», у пропонованому проєкті закону України «Про захист персональних даних».

*Висновки.* Критично важливим засобом реалізації інклюзивної медицини та пацієнтоорієнтованого підходу в Україні стало створення єдиного медичного простору на засадах сучасних цифрових системних рішень та універсалізації інформаційних процесів в сфері охорони здоров'я. Поступова цифровізація процесів обміну інформацією та створення єдиного простору медичних даних надає істотні переваги для ефективної системи надання медичної допомоги, та досягає важливі цілі реалізації приватного та публічного інтересів. Запровадження цифрової моделі медичних записів має першочергове значення у створенні єдиного медичного простору, зокрема, у забезпеченні загального охоплення населення послугами охорони здоров'я.

Основні проблеми, пов'язані із цифровізацією медичних записів пацієнтів, стосуються реалізації базових прав суб'єктів персональних та медичних даних. Зокрема, це стосується доступу та керування доступом до медичних даних, які передаються між пацієнтами та постачальниками медичних послуг, в тому числі проблем із невідкладним і зручним доступом до своїх даних, їхньої зміни, видалення, що виникають через правові, технічні або організаційні перешкоди. Крім того, чинним законодавством не охоплюється врегулювання низки правовідносин, які виникають у зв'язку із обробкою персональних даних в ЕСОЗ.

Важливим кроком на шляху вирішення низки системних проблем захисту персональних даних пацієнтів у в світлі розвитку міжнародних стандартів стало розроблення проєкту Закону № 8153 «Про захист персональних даних», який підготовлено на заміну чинного однойменного закону. Документ має на меті підвищення рівня захисту конституційного права на повагу до приватного життя через посилення стандартів обробки персональних даних.

Перспективні дослідження проблеми правового регулювання цифрових засобів обробки медичних даних пацієнта мають спрямуватися на вирішення завдання подальшого посилення безпеки даних пацієнта, зокрема, щодо унормування застосування належних ідентифікаторів, цифрових ключей та інших сучасних засобів, які надають доступ до персональних та медичних даних.

#### Посилання:

1. Криничко Л. Р., Малігон Ю. М. (2020) Нормативно-правове забезпечення реформування системи охорони здоров'я в Україні. Вісник ХНАУ. Серія «Економічні науки»: збірник наукових

праць. № 3. С. 364–380.

2. Костенок Н., Пенкова А. (2021) Особливості розвитку інструментів цифрової трансформації системи охорони здоров'я в Україні. Актуальні проблеми державного управління. № 3 (84) С. 121–125.

3. Myronova, G. A. (2022) Digitalization of healthcare in Ukraine: legal support of public and private interests. Entrepreneurship, Economy and Law. № 3. P. 40–47.

4. Миськевич Т. (2019) Розвиток e-Health в контексті трансформації системи охорони здоров'я України. Громадська думка про правотворення. № 16 (181). С. 18–23.

5. Жуковська А. Ю. (2020) Інноваційні технології інклюзивної медицини. Інноваційна економіка. № 3–4. С. 19–30.

6. Булеца С. (2013) Персональні дані пацієнта. Науковий вісник Ужгородського національного університету, Серія Право. Випуск 22. Частина II. Том 1. С. 186–191.

7. Венедіктова І. (2008) Проблема захисту прав пацієнтів у світлі спеціального українського законодавства. Медичне право України: правовий статус пацієнтів України та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення). С 57–60.

8. Юніна П. М. (2021) Деякі питання захисту персональних даних у сфері охорони здоров'я під час пандемії COVID 19. Юридичний науковий електронний журнал. № 2. С.108–111.

9. Брайчевський С. (2020) Персональні дані та мультимедіа. Інформація і право. № 4 (35). С. 82–91.

10. Гаген В., Палагіна О., Палагін В., Івченко О. (2020) Застосування бази стандартів для розробки систем цифрових медичних записів. Вісник Черкаського державного технологічного університету. № 1 С. 34–42.

11. Марценюк В. П., Климчук Н. Я. (2016) Проблема захисту телемедичної інформації: нормативно-правові та організаційні аспекти з досвіду Республіки Польща. Медична інформація та інженерія. № 3. С. 44–55.

12. Трофименко О.Г., Прокоп Ю.В., Логінова Н. І., Задерейко О. В. (2019) Кібербезпека України: аналіз сучасного стану. Захист інформації. Т. 21. № 3. С. 150–157.

13. Трофименко О.Г., Логінова Н. І., Прокоп Ю.В., Задерейко О. В. (2021) Аналіз проблеми забезпечення кібербезпеки медичних комп'ютерних систем. Захист інформації. Том 23. №1. С.30–39.

14. Програма Європейського Союзу «Європейська стратегія «Здоров'я-2020: основи європейської політики у підтримку дій всієї держави і суспільства в інтересах здоров'я і благополуччя». Копенгаген: ЄРБ ВООЗ, 2012. URL: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/345924/WHO-EURO-2021-1919-41670-59496-ukr.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

15. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні» від 15.05. 2013 р. № 386-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/386-2013-%D1%80#Text>

16. Закон України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» від 19.10.2017 р. № 2168-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2168-19#Text>

17. Постанова Кабінету Міністрів України «Деякі питання електронної системи охорони здоров'я» від 25.04.2018 р. № 411. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/411-2018-%D0%BF#Text>

18. Наказ МОЗ України «Деякі питання ведення Реєстру медичних записів, записів про направлення та рецептів в електронній системі охорони здоров'я» від 28.02.2020р. № 587. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0236-20#Text>

19. Постанова Кабінету міністрів України «Деякі питання провадження господарської діяльності з медичної практики» від 16.02. 2022 р. № 126. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/126-2022-%D0%BF#Text>

20. Регламент Європейського парламенту та Ради ЄС «Про захист фізичних осіб щодо обробки персональних даних та вільного обігу таких даних» 2016/679 від 27.04. 2016 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_008-16#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-16#Text)

21. Закон України «Про захист персональних даних» від 01.06. 2010 р. № 2297-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text>

22. Розпорядження Кабінету міністрів України «По схвалення Концепції розвитку електронної охорони здоров'я» від 28.12.2020 р. № 1671-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1671-2020-%D1%80#Text>

23. Проект Закону України № 8153 «Про захист персональних даних». URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/40707>.

Статтю було подано	15.11.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	19.11.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	28.11.2022	The article was accepted

УДК 341.9

**ПІДХОДИ ДО СТВОРЕННЯ  
СПЕЦІАЛЬНИХ ІНСТИТУЦІЙНИХ  
МЕХАНІЗМІВ КОМПЕНСАЦІЇ  
ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ  
МІЖНАРОДНИМИ ЗБРОЙНИМИ  
КОНФЛІКТАМИ**

**Ірина МУДРА**

аспірантка

Науково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

Стаття присвячена аналізу міжнародного досвіду розробки підходів до створення та функціонування спеціальних міждержавних комісій і трибуналів як інституційних механізмів відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок міжнародних збройних конфліктів та подібних подій. Досвід створення спеціальних міжнародних трибуналів і комісій, які вирішували претензії між державами, пов'язані як з міжнародно-протиправними діями і збройними конфліктами, так і зі спорами, що виникли в майбутньому в прямому чи опосередкованому зв'язку з ними, свідчить про існування кількох принципово різних підходів. Таким чином, Трибунал із розгляду претензій між Іраном і Сполученими Штатами Америки (IUSCT) був створений через посередницьку роль і на основі заяв уряду Алжиру з подальшим приєднанням до їх положень і прийняттям на себе відповідних зобов'язань Сполученими Штатами та Ірану, а також з дотриманням принципу їх паритетної участі у призначенні членів трибуналу, який розглядав позови згідно з Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ. Це, безперечно, свідчить про договірно-добровільний характер створення та діяльності МСКТ, що в реаліях російсько-українського міжнародного

UDC 341.9

**APPROACHES TO THE CREATION  
OF SPECIAL INSTITUTIONAL  
MECHANISMS FOR  
COMPENSATION OF DAMAGE  
CAUSED BY INTERNATIONAL  
ARMED CONFLICTS**

**MUDRA, Iryna**

Postgraduate student

Academician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The article is devoted to the analysis of international experience in the development of approaches to the creation and functioning of special interstate commissions and tribunals as institutional mechanisms for compensation of damage caused as a result of international armed conflicts and similar events. The experience of creating special international tribunals and commissions that decided claims between states related to both internationally illegal acts and armed conflicts, as well as disputes that arose in the future in direct or indirect relationship with them, shows the existence of several essentially differing approaches. Thus, the Iran-United States Claims Tribunal (IUSCT) was established through the intermediary role and on the basis of the declarations of the government of Algeria, with the subsequent accession to their provisions and the assumption of the corresponding obligations, by the United States and Iran, and with the principle of their parity participation in the appointment members of the tribunal that considered claims under the UNCITRAL Arbitration Rules. This certainly indicates contractual and voluntary nature of the creation and activity of the IUSCT, which in the realities of the Russian-Ukrainian international armed conflict, namely the extremely low probability of obtaining the

збройного конфлікту, а саме про вкрай низьку ймовірність отримання згоди Російської Федерації на формування такого трибуналу та готовності виконувати його обов'язкові до виконання рішення, є найменш реалістичним сценарієм для спеціального трибуналу (комісії) щодо позовів України та українських фізичних та юридичних осіб до держави-агресора.

На перший погляд, більш відповідним нашій ситуації є досвід формування та діяльності КК ООН, сформованої за рішенням Ради Безпеки ООН з одночасним врегулюванням питань припинення вогню та зобов'язань щодо дотримання Іраком суверенітету та територіальної цілісності Кувейту, принципів міжнародного гуманітарного права та формування спеціального фонду з виплатою компенсацій за рахунок продажу Іраком власних енергетичних ресурсів у визначених відсотках від доходів. Водночас очевидною перешкодою на шляху до ухвалення подібної резолюції Ради Безпеки щодо міжнародного збройного конфлікту між Україною та Російською Федерацією є належність останньої з правом вето, фактично в Раді Безпеки. Наразі проблематичним видається також створення комісії з розгляду спорів у мирному договорі між Україною та РФ за прикладом ЄСКС. Причини політичні та зумовлені очевидним неприйняттям сучасним російським керівництвом злочинності неспровокованої повномасштабної збройної агресії проти України. Все це потребує пошуку альтернативного і, можливо, унікального рішення щодо порядку створення та діяльності спеціальної комісії (трибуналу) в нашій ситуації, шляхів і способів формування фонду виплати Росією компенсацій.

Ключові слова: відшкодування шкоди, міжнародні збройні конфлікти, спеціальні комісії та трибунали, міжнародне гуманітарне право, компенсаційні механізми

consent of the Russian Federation to the formation of such a tribunal and the readiness to implement its binding decisions, is the least realistic scenario for a special tribunal (commission) regarding claims of Ukraine and Ukrainian individuals and legal entities against the aggressor state.

At first glance, more appropriate to our situation is the experience of the formation and activities of the UNCC, formed by the decision of the UN Security Council with the simultaneous settlement of ceasefire issues and obligations regarding Iraq's compliance with the sovereignty and territorial integrity of Kuwait, the principles of international humanitarian law, and the formation of a special fund with payment of compensation due to Iraq's sale of its own energy resources at specified percentages of revenues. At the same time, an obvious obstacle on the way to the adoption of a similar resolution of the Security Council in relation to the international armed conflict between Ukraine and the Russian Federation is the membership of the latter with the right of veto, in fact, in the Security Council. Currently, the creation of a dispute review commission in the peace treaty between Ukraine and the Russian Federation based on the example of the EECC also seems to be problematic. The reasons are political and due to the obvious non-acceptance by the modern Russian leadership of the criminality of unprovoked full-scale armed aggression against Ukraine. All this requires the search for an alternative and, potentially, unique solution regarding the procedure for the creation and operation of a special commission (tribunal) in our situation, and the ways and means of forming a fund for the payment of compensation by Russia.

Keywords: compensation of damages, international armed conflicts, special commissions and tribunals, international humanitarian law, compensation mechanisms

Повномасштабне вторгнення Російської Федерації на територію України, вчинення великої кількості воєнних злочинів, в тому числі і на тимчасово окупованих територіях нашої держави, спричинило надзвичайно великий обсяг завданих нашій державі, громадянам та підприємствам збитків (лише верифікований розмір прямої шкоди, завданої Україні збройною агресією РФ станом на червень 2022 року становив 350 мільярдів доларів США [1]). Враховуючи те, що воєнні дії ще тривають, а також те, що фактично підрахунок збитків на тимчасово окупованих територіях ще попереду, розмір збитків зберігатиме тенденцію до суттєвого зростання. Попередня оцінка завданої Україні шкоди вже вражає своєю колосальністю, то ж ситуація вимагає конкретних дій та рішень, а саме: притягнення держави-агресора до відповідальності за міжнародно-протиправні діяння в усіх аспектах, зокрема, за завдані збитки, а отже і теоретико-прикладного обґрунтування засад створення та функціонування відповідних правових механізмів.

При цьому варто зазначити, що на сьогодні жоден існуючий національний або міжнародний суд чи трибунал не може повністю забезпечити реальне відшкодування завданої внаслідок збройної агресії шкоди. А отже, є потреба пошуку нових шляхів вирішення питання, в тому числі, створення нового спеціального механізму, який би дозволив здійснити компенсацію за завдані збитки. Зрозуміло, що при створенні такого спеціального міжнародно-правового механізму є необхідним ретельне вивчення та аналіз міжнародного досвіду щодо подібних за природою і наслідками міжнародних збройних конфліктів, з усвідомленням того, що з часів Другої світової війни вторгнення Росії на територію України є найбільш масштабним збройним конфліктом на території європейського континенту.

Загальні питання засад і порядку притягнення держав до відповідальності за міжнародно-протиправні діяння, механізмів відшкодування завданої ними шкоди, вивчались у працях таких українських та зарубіжних авторів, як С. С. Андрейченко, В. Ф. Антипенко, М. М. Антонович, Ю. Ю. Блажевич, В. Г. Буткевич, К. А. Важна, В. А. Василенко, К. Воробійова, Т. А. Грабович, Б. Грілфрат, В. Н. Денисов, І. В. Касинюк, Г. П. Коверзнева, М. С. Коверзнев, А. О. Кориневич, В. І. Король, О. І. Мисак, А. Пелле, Р. Пісілло-Маззекі, В. Д. Примак, Н. В. Пронюк, Г. П. Циверенко, М. Н. Шоу та інших. Разом з тим, сучасні реалії продовжуваної збройної агресії Російської Федерації проти України, масштаби завданої державою-агресором шкоди нашій державі, її громадянам та бізнесу, переводять проблему відшкодування завданої міжнародно-протиправними діяннями шкоди на сутнісно новий рівень, вимагаючи проведення нових досліджень. Зокрема, окремої уваги заслуговує вивчення зарубіжного досвіду другої половини ХХ століття у аспекті створення та функціонування спеціальних комісій і трибуналів із розгляду заяв щодо відшкодування шкоди, завданої внаслідок міжнародних збройних конфліктів, міжнародно-протиправних діянь тощо.

Метою статті є здійснення аналізу міжнародного досвіду в частині засад і конкретних підходів до створення та функціонування спеціальних міждержавних комісій та трибуналів як інституційних механізмів компенсації шкоди, завданої в результаті міжнародних збройних конфліктів, міжнародно-протиправних діянь тощо.

З актуальних, організованих після закінчення Другої світової війни та встановлення сучасного світового правопорядку, прикладів створення спеціальних компенсаційних механізмів доцільним є вивчення, передусім, досвіду діяльності Спеціального трибуналу Ірану та Сполучених Штатів (Iran United States Claims Tribunal, далі – IUSCT), Компенсаційної комісії Організації Об'єднаних Націй (United Nations Compensation Commission, далі – UNCC) та Спеціальної комісії Еритреї та Ефіопії (Eritrean-Ethiopian Claims Commission, далі – EECC). Варто зауважити, що в рамках їх роботи не лише розглядались та вирішувались відповідні скарги, але й були розроблені ефективні механізми формування та виплати компенсацій зі спеціально створених фондів чи іншим чином за рахунок держав, визнаних винними у міжнародно-протиправних діяннях.

IUSCT був створений як один із заходів, вжитих для вирішення кризи у відносинах між Ісламською Республікою Іран та Сполученими Штатами Америки, що виникла внаслідок



кризи із захопленням заручників у посольстві Сполучених Штатів у Тегерані в листопаді 1979 року, і подальшого заморожування іранських активів Сполученими Штатами Америки [2]. Створення IUSCT відбулось за посередництва уряду Алжирської Демократичної Народної Республіки, у пошуку взаємоприйняттого рішення. Провівши широкі консультації з двома урядами щодо зобов'язань, які кожен готовий взяти на себе для врегулювання кризи, уряд Алжиру зафіксував ці зобов'язання у двох деклараціях, зроблених 19 січня 1981 року, а саме – «Загальній декларації» [3] та «Декларації про врегулювання позовів» [4], разом названих «Алжирськими деклараціями», до яких потім приєдналися Іран і США.

Відповідно до ст. II(1) Декларації про врегулювання позовів було засновано міжнародний арбітражний суд (Трибунал із позовів Іран-Сполучені Штати, власне – IUSCT), з метою розгляду позовів громадян Сполучених Штатів проти Ірану та позовів громадян Ірану проти Сполучених Штатів, а також будь-яких зустрічних позовів, які випливають із того самого договору, операції або події, яка є предметом позову цього громадянина, якщо такі позови та зустрічні позови залишаються невирішеними на дату укладення цієї Декларації про врегулювання позовів і виникають [такі позови] через борги, контракти, експропріації або інші заходи, що впливають на майнові права, за винятком позовів, описаних у параграфі 11 Декларації уряду Алжиру від 19 січня 1981 року (тобто, Загальної декларації), і позовів, що виникають внаслідок дій Сполучених Штатів як реакції на поведінку, описану в такому пункті, і виключаючи позови, що виникають відповідно до обов'язкового контракту між сторонами, де конкретно передбачається, що будь-які спори за цим перебувають у виключній юрисдикції компетентних судів Ірану відповідно до позиції Меджлісу. Частина друга цієї ж статті встановлює, що трибунал (IUSCT) також має юрисдикцію щодо офіційних позовів Сполучених Штатів та Ірану один проти одного, що виникають із договірних домовленостей між ними щодо купівлі-продажу товарів і послуг.

Ст. III Декларації про врегулювання позовів встановила порядок формування складу IUSCT, що передбачав встановлення складу трибуналу у кількості 9 членів або відповідної більшої кількості, кратної трьом, настільки, наскільки Іран і Сполучені Штати узгодять, що така кількість є необхідною для швидкого вирішення справ. При цьому уряди зацікавлених держав призначали по третині членів трибуналу, а останню третину призначали самі члени за згодою між собою, визначаючи одного з останньої третини членів Президентом Трибуналу. Кожна така комісія повинна складатись з Президента та з одного члена, призначеного кожним із трьох методів, викладених вище.

Окремої уваги заслуговує факт того, що друга Декларація передбачала, що члени Трибуналу призначаються, і Трибунал веде свою діяльність відповідно до Арбітражного регламенту Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ), за винятком випадків, змінених Сторонами або Трибуналом для забезпечення виконання цієї міжнародної угоди.

Отже, ключовими рисами формування та діяльності IUSCT стали: 1) посередництво третьої сторони, а саме – Алжиру, уряд якого і прийняв декларації про створення спеціального трибуналу між Іраном та США, до яких вже доєднались обидві сторони; 2) склад трибуналу формувався на паритетних основах сторонами, а процесуально IUSCT діяв за правилами Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, на той момент у редакції від дня його прийняття 15 грудня 1976 року [5]; 3) добровільне взяття на себе сторонами зобов'язання з виконання ухвалених трибуналом рішень.

Тобто, IUSCT можна вважати радше договірним, ніж «інквізиційним» трибуналом, який засновувався на домовленості сторін, а не на рішенні певного міжнародного органу, а розгляд позовів відбувався, і фактично, і процесуально, за участі представників обох сторін – Ірану та США. Функціонування IUSCT виявилось достатньо ефективним, на користь чого свідчить те, що станом на травень 2022 року, IUSCT розглянув близько 4700 позовів між урядами та громадянами Ірану та Сполучених Штатів, присудивши компенсації на понад 2,5 мільярди доларів США [6, 7].

Іншим був механізм створення UNCC, сформованої у 1991 році як допоміжного органу Ради Безпеки ООН відповідно до резолюції Ради Безпеки 687 (1991) [8] для розгляду позовів

і виплати компенсації за збитки та шкоду, заподіяну в результаті незаконного вторгнення Іраку та окупації країни Кувейт у 1990-1991 рр. Згаданою резолюцією РБ ООН 687 (1991), було підтверджено факт незаконного вторгнення та окупації Іраком Кувейту, відзначено, серед іншого, зобов'язання сторін щодо припинення вогню та дотримання норм і принципів міжнародного гуманітарного права, а також було закріплено доручення Генеральному секретарю розробити та представити Раді Безпеки для прийняття рішення не пізніше ніж через тридцять днів після ухвалення цієї резолюції рекомендації для фонду щодо виконання вимог щодо виплат за позовами, а також стосовно механізмів забезпечення здійснення платежів до фонду, процесу розподілу коштів і виплати за позовами, відповідних процедур для оцінки збитків, переліку позовів та перевірки їх обґрунтованості та вирішення спірних позовів щодо відповідальності Іраку, а також складу відповідної Спеціальної Комісії.

Згідно з офіційними статистичними даними за час свого функціонування (1991-2005 рр.) до UNCC було подано близько 2,7 мільйонів позовів загальною вартістю 352,5 мільярдів доларів. Загальна сума компенсації, присудженої Комісією склала 52,4 мільярди доларів США приблизно 1,5 мільйонам заявників, які подавали позови, до яких належали уряди, міжнародні організації, компанії та окремі особи. При цьому кошти для виплати компенсації були взяті з Компенсаційного фонду ООН, який отримував відсоток від доходів, отриманих від експортних продажів іракської нафти та нафтопродуктів. Цей відсоток спочатку був встановлений на рівні 30% і з роками був зменшений відповідно до різних резолюцій Ради Безпеки та рішень Керівної Ради (органу UNCC). У січні 2022 року було здійснено платіж за останнім позовом, і компенсацію в розмірі 52,4 мільярди доларів було виплачено в повному обсязі та розподілено між 1,5 мільйонами заявників. Таким чином, 9 лютого 2022 року відбулася спеціальна сесія Керівної Ради, щоб відзначити виконання Комісією свого мандату після майже 31 року функціонування. На цій сесії Рада керуючих прийняла своє остаточне рішення 277 (2022) [9], проголошуючи, що уряд Іраку виконав свої міжнародні зобов'язання щодо компенсації всім заявникам, яким Комісія присудила компенсацію за збитки та збитки, понесені в результаті вторгнення Іраку до Кувейту [10].

Також доречно згадати механізм створення ЕЕСС, заснований на мирному договорі між Ефіопією та Еритреєю, підписаному 12 грудня 2000 року [11]. Відповідно до цього договору було створено Комісію з розгляду позовів (ЕЕСС) [12], мандат якої полягав у тому, щоб шляхом обов'язкового арбітражу вирішувати всі позови щодо збитків, пошкоджень або шкоди, поданих одним урядом проти іншого, а також громадянами (включаючи як фізичних, так і юридичних осіб) однієї сторони проти уряду іншої сторони або організацій, що належать або контролюються іншою стороною, які або пов'язані з конфліктом або є результатом від порушень міжнародного гуманітарного права, включаючи Женевські конвенції 1949 року, або інших порушень міжнародного права. При цьому визначалось, що комісія не розглядає позови, пов'язані із вартістю військових операцій, підготовкою до військових операцій або застосуванням сили, за винятком тих випадків, коли такі позови пов'язані з порушенням міжнародного гуманітарного права [11]. Встановлювалось також, що Комісія складається з п'яти арбітрів. Кожна сторона, письмово повідомивши Генерального секретаря ООН, призначає двох членів протягом 45 днів з дати набрання чинності цією Угодою, жоден із яких не повинен бути громадянином або постійним жителем Сторони, яка призначає. У випадку, якщо сторона не призначає одного або обох призначених нею арбітрів протягом зазначеного часу, це призначення здійснює Генеральний секретар ООН. Щодо правил процедури відзначалось, що ЕЕСС приймає власні правила процедури на основі Факультативних правил Постійної палати третейського суду щодо арбітражних спорів між двома державами 1992 року. Усі рішення комісії приймаються більшістю членів комісії. Таким чином, ЕЕСС також функціонувала за принципами добровільності на основі мирного договору, із імплементацією окремих елементів арбітражного розгляду, зокрема порядку призначення арбітрів, у процес вирішення справ за позовами сторін.

Висновки. Таким чином, досвід створення спеціальних міжнародних трибуналів та комісій, що вирішували позови між державами, пов'язаними як із міжнародно-проти-

правними діями та збройними конфліктами, так і зі спорами, які виникали у майбутньому у прямому чи опосередкованому взаємозв'язку із ними, показує існування кількох відмінних підходів. Так, Спеціальний трибунал Ірану та Сполучених Штатів (IUSCT) було створено за посередництва та на основі урядових декларацій Алжиру, за наступного приєднання до їх положень та взяття на себе відповідних зобов'язань США та Іраном, а також за принципом їх паритетної участі у призначенні членів трибуналу, який здійснював розгляд позовів за Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ. Це вказує на безумовну договірну та добровільну природу створення і діяльності IUSCT, що в реаліях російсько-українського міжнародного збройного конфлікту, а саме вкрай низької ймовірності отримання згоди РФ на формування подібного трибуналу та готовності виконувати його зобов'язуючі рішення, є найменш реалістичним сценарієм для спеціального трибуналу (комісії) щодо позовів України та українських фізичних і юридичних осіб проти держави-агресора.

На перший погляд більш відповідним нашій ситуації може стати досвід організації та діяльності UNCC, сформованої за рішенням Ради Безпеки ООН з одночасним урегулюванням питань припинення вогню та зобов'язань із дотримання Іраком суверенітету і територіальної цілісності Кувейту, принципів міжнародного гуманітарного права, та формування спеціального фонду з виплати компенсацій за рахунок продажу Іраком власних енергоресурсів за визначеними процентами від доходів. Разом з тим, очевидною перепоною на шляху до прийняття подібної резолюції Ради Безпеки по відношенню до міжнародного збройного конфлікту між Україною та Російською Федерацією є членство останньої із правом вето, власне, у Раді Безпеки ООН. На сьогодні проблематичним видається і створення комісії з розгляду спорів у мирному договорі між Україною та Російською Федерацією за прикладом діяльності ЕЕСС. Такий висновок зумовлений, цілою низкою історичних, економічних, політичних та геополітичних причин, пов'язаних, передусім, із очевидним несприйняттям сучасним російським керівництвом злочинності неспровокованої повномасштабної збройної агресії проти України, а також фактом повного ігнорування як сучасних демократичних цінностей і надбань людської цивілізації, так і грубого та цинічного нехтування законами і звичаями ведення війни, вчиненням десятків тисяч воєнних злочинів тощо. З огляду на це, перспектива укладення такого договору видається доволі примарною.

Усе це вимагає пошуку альтернативного та, потенційно, унікального рішення щодо порядку створення і діяльності спеціального компенсаційного механізму, та шляхів і способів формування фонду виплати компенсацій Росією. Ці складні, але вкрай важливі питання, а також спроби пошуку дієвих механізмів їх вирішення, стануть предметом наших наступних наукових досліджень.

#### Посилання:

1. Звіт «Швидка оцінка завданої шкоди та потреб на відновлення – серпень 2022» спільно підготовлений Світовим Банком, Урядом України та Європейською Комісією. URL: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099545009082226957/pdf/P1788430ed0fce0050b9870be5ede7337c6.pdf>
2. Iran-United States Claims Tribunal. Introduction. URL: <https://iusct.com/introduction/>
3. Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria (General Declaration), 19 January 1981. URL: [https://iusct.com/wp-content/uploads/2021/02/1-General-Declaration\\_.pdf](https://iusct.com/wp-content/uploads/2021/02/1-General-Declaration_.pdf)
4. Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration), 19 January 1981. URL: <https://iusct.com/wp-content/uploads/2021/02/2-Claims-Settlement-Declaration.pdf>
5. Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law. Resolution 31/98 Adopted by the General Assembly on 15 December 1976. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules.pdf>
6. Iran-U.S. Claims Tribunal: Office of the Assistant Legal Adviser for International Claims and Investment Disputes. URL: <https://www.state.gov/iran-u-s-claims-tribunal/>
7. Джіорджеті К., Ключковський М., Пірсал П. Створення міжнародної спеціальної комісії для України. URL: <https://www.justsecurity.org/81862/launching-an-international-claims-commission-for-ukraine-ua/>

8. Resolution 687 (1991), adopted by the Security Council at its 2981st meeting, on 3 April 1991. URL: <https://uncc.ch/sites/default/files/attachments/documents/res0687.pdf>.

9. Fulfilment of the mandate of the Commission. United Nations Compensation Commission. Governing Council. Sixteenth special session. Geneva, 9 February 2022. URL: <https://uncc.ch/sites/default/files/attachments/documents/UNCC%20Decision%20277.pdf>

10. United Nations Compensation Commission. Home. URL: <https://uncc.ch/home>.

11. Agreement between the Government of the State of Eritrea and the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia. URL: [https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/ER%20ET\\_001212\\_AgreementEritreaEthiopia.pdf](https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/ER%20ET_001212_AgreementEritreaEthiopia.pdf).

12. Nystuen G., Tronvoll K. The Eritrean-Ethiopian Peace Agreement: Exploring the Limits of Law. URL: <https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN1891-814X-2008-01-02>.

Статтю було подано	11.12.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	12.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	15.12.2022	The article was accepted

УДК 34.01:349.4

**ЗАСТАВА ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК:  
ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВІРНИХ  
ПРАВОВІДНОСИН В УМОВАХ  
ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ****Тетяна ПОПОВИЧ**кандидат юридичних наук, старший  
дослідник, учений секретарНауково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)<https://orcid.org/0000-0003-2292-4530>

Досліджено проблеми розвитку та становлення іпотеки земельних ділянок у порівнянні з нормами Цивільного кодексу Німеччини. Проаналізовано ризики, що виникають при іпотеці земельних ділянок. Надано пропозиції щодо вдосконалення вказаних питань.

Важливим етапом у розвитку інституту іпотеки землі стало прийняття Верховною Радою України Закону України «Про іпотеку», в якому визначено поняття іпотеки, іпотекодавця, майнового поручителя, іпотекодержателя. Загалом іпотека як правовий інститут склалася в рамках проведеної на початку 90-х років земельної реформи, спрямованої на формування нового земельного ладу. Протягом 1995–2000 років приймалися укази Президента України, якими передбачалася можливість передачі в заставу права оренди земельних ділянок несільськогосподарського призначення, земельних часток (паїв), земельних ділянок, що перебувають у власності громадян або юридичних осіб.

Йдеться про іпотеку, іпотечну заборгованість і заборгованість за оренду. Незважаючи на відмінності щодо різного ступеня прив'язки права іпотеки до передбаченої ним вимоги, для названих інститутів характерна одна спільна риса:

UDC 34.01:349.4

**PLEDGE OF LAND PLOTS:  
FEATURES OF CONTRACTUAL  
LEGAL RELATIONS IN THE  
CONDITIONS OF EUROPEAN  
INTEGRATION****Popovych, Tetiana G.**Candidate of Legal Sciences, Senior  
Researcher, Academic SecretaryAcademician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The problems of the development and formation of land mortgages in comparison with the norms of the Civil Code of Germany are studied. The risks arising from land mortgages are analyzed. Proposals for improvement of the specified issues have been provided.

An important stage in the development of the land mortgage institute was the adoption by the Verkhovna Rada of Ukraine of the Law of Ukraine "On Mortgages", which defines the concepts of mortgage, mortgagor, property guarantor, mortgagee. In general, the mortgage as a legal institution developed within the framework of the land reform carried out in the early 90s, aimed at the formation of a new land system. During the years 1995–2000, decrees of the President of Ukraine were adopted, which provided for the possibility of pledging the right to lease non-agricultural land plots, land shares (shares), land plots owned by citizens or legal entities.

These are mortgages, mortgage debt and rent arrears. Despite the differences regarding the different degree of attachment of the mortgage right to the requirement stipulated by it, the mentioned institutes have one common feature: in case of non-fulfillment of the obligation, the creditor has the right to demand

у разі невиконання зобов'язання кредитор має право вимагати задоволення його вимоги за рахунок земельної ділянки шляхом проведення її примусового продажу.

Проблема укладання іпотечних договорів полягає в тому, що предмет іпотеки регулюється багатьма нормативними актами, які також містять певні обмеження щодо об'єктів, які можуть бути передані в забезпечення виконання іпотечних договорів. У разі неврахування вимог законодавства такі договори можуть бути визнані судом недійсними.

В умовах євроінтеграції з одночасним утвердженням приватної власності на землю, бурхливим розвитком ринкових земельних відносин земля стала цінним капіталом (товаром), який з часом не тільки не втрачає своєї вартості, а навпаки, може значно зрости в ціна в залежності від місця розташування, функціонального призначення, розвитку інфраструктури, благоустрою території та ін.

Ключові слова: іпотека, застава, земельні ділянки, ризики, оренда, приватне, публічне, оборот, підприємництво, конкурентоздатність, інвестиції, співвласність, договір, судове врегулювання

satisfaction of his claim at the expense of the land plot by carrying out its forced sale.

The problem of concluding mortgage contracts is that the subject of mortgage is regulated by many regulatory acts, which also contain certain restrictions on the objects that can be transferred to secure the execution of mortgage contracts. If the requirements of the legislation are not taken into account, such contracts may be declared invalid by the court.

In the conditions of European integration with the simultaneous establishment of private ownership of land, the rapid development of market land relations, land has become a valuable capital (commodity), which not only does not lose its value over time, but on the contrary, can significantly increase in price depending on the location, functional purpose, infrastructure development, improvement of the territory, etc.

Keywords: mortgage, pledge, land plots, risks, lease, private, public, turnover, entrepreneurship, competitiveness, investment, co-ownership, contract, judicial settlement

Historically, an important role in the legal regulation of contractual land relations was played by the Law of Ukraine "On Property" dated February 7, 1991 (currently invalid), which proclaimed the right to private ownership, in particular to land.

Provisions that gave the right to every citizen of Ukraine to own, use and dispose of land individually or jointly with others became key. Land owners, including private individuals, were given the right to freely perform all actions not prohibited by law in relation to their property.

The acquisition of the right to private ownership of land, the formation and development of private business of various organizational and legal forms and, as a result, the freedom of contractual behavior of business entities in the mortgage lending market created the prerequisites for the legislative consolidation of mortgage relations

In general, the mortgage as a legal institution developed within the framework of the land reform carried out in the early 1990s, aimed at forming a new land system. During 1995–2000, decrees of the President of Ukraine were adopted, which provided for the possibility of pledging the right to lease non-agricultural land plots, land shares (shares), land plots owned by citizens or legal entities.

Mortgage legislation in the conditions of land and agrarian reforms should ensure freedom of agrarian entrepreneurship, freedom of land turnover for every land owner and entrepreneur. With the help of mortgage lending and the use of land pledges, it is possible to create the necessary conditions for the redistribution of land in favor of highly efficient and competitive farms [1, 2].

In the 2000s (after the adoption of the Land Code of Ukraine), land mortgages became one of the effective ways of attracting investments in the development of land plots and the development of agricultural and agrarian production.

In accordance with Article 133 of the Land Code of Ukraine, land parcels belonging to citizens and legal entities with ownership rights may be pledged. A plot of land in joint ownership can be pledged with the consent of all co-owners.

The pledge of a part of the land plot is carried out after its allocation in kind (on the ground) and only on condition that the land plot is assigned a cadastral number. Only banks that meet the requirements established by the laws of Ukraine can be pledge holders of land.

An important stage in the development of the land mortgage institute was the adoption by the Verkhovna Rada of Ukraine of the Law of Ukraine "On Mortgages", which defines the concepts of mortgage, mortgagor, property guarantor, mortgage holder.

The Law of Ukraine "On Mortgages" regulates the procedure for drawing up a pledge agreement, the transfer of rights under the mortgage agreement and the pledge. The legislator paid special attention to meeting the demands of the mortgagee at the expense of the subject of the mortgage. At the same time, there is a possibility of pre-trial settlement of this moment, as well as realization of the subject of the mortgage according to the court's decision. Progressive are the norms of the law regarding the conduct of public auctions.

The Law of Ukraine "On Mortgages" also defines guarantees regarding the rights of creditors, the interests of debtors and other persons who have legal claims to the pledged land plot, the establishment of transparent rules for the registration and execution of mortgage rights and obligations of the mortgagee and other persons on the pledged land plot, the introduction mortgage as a special type of securities, which allows introducing mortgage obligations into free economic circulation, as well as simplifying the procedure for foreclosure on a mortgaged land plot using extrajudicial methods of settlement.

The mentioned Law, along with the Land Code and other legal acts, is the basis for the pledge and further formation of the legal environment. The next legislative step should be a law on land or mortgage banks, which have already proven themselves in other countries [3, 4].

The concept of "mortgage", proposed by land law, actually does not reflect the main content of this concept, namely, that the subjects of mortgage relations operate with a specific object - land. A good definition is that a mortgage is a legal encumbrance for a certain period of time on a plot of land and other objects related to it, which remain in the possession and use of the mortgagor or an authorized third party, who, in cases specified by law, has granted the mortgagee the right to realize them with for the purpose of satisfying the requirements for the land plot [5].

The experience of Germany [6, 7] is interesting, where, in contrast to the requirements of Ukrainian legislation, which limits the mortgagee-owner of an agricultural plot of land in the choice of a mortgagee (Article 133 of the Land Code of Ukraine). In mortgage relations in Germany, lenders (creditors), in accordance with the requirements of the law, can be both private individuals and mortgage banks, savings banks, building savings banks, other credit institutions and official (public) institutions. According to statistics, specialized mortgage banks as financial institutions act as creditors much more often (compared to private individuals), which was caused by the tendency to strengthen the protection of debtors' rights and the increase in the cost of the forced sale procedure.

The term "pledged right" (regarding immovable property) is unknown in German law. In scientific research, it is used as a generalized and simplified name, which in its general sense unites the essence of the three institutions of real estate pledge known to German legislation, which have long been used in binding relations between citizens and received legal consolidation with the adoption of the German Civil Code of 1896.

It is about mortgage, mortgage debt and rental debt. Despite the differences regarding the different degree of attachment of the mortgage right to the claim it provides, one common feature is characteristic of the named institutions: in the event of non-fulfillment of the obligation, the creditor

has the right to demand satisfaction of his claims at the expense of the land plot by carrying out its forced sales.

A plot of land as a means of liability to a creditor and an object of encumbrance is considered in economic unity with other things and rights related to it. In § 14 of the Federal Law "On Mortgage Securities" to protect the rights and legal interests of the creditor, a percentage of the value of the land plot is defined, within which the owner can encumber his land plot, or "loan limit" - the security of the first rank cannot exceed three p' from the value of the land plot [7].

Over time, in Ukraine, the definition of real estate given in Art. 181 of the Civil Code of Ukraine, in addition to ensuring the universality of its use, was expanded by indicating the registration of real estate objects, in particular land plots, in the State Register of Real Property Rights and their restrictions.

Similarly, in Germany, a plot of land as the subject of a mortgage (including all components and things belonging to it) is registered under a special number in the Land Register, where other encumbrances, in addition to the mortgage, are also registered. At the same time, it should be emphasized that those components (belongings) which, as a result of the legitimate use of the land by a third party within the scope of ordinary economic activity, become the property of this person, are not the subject of a mortgage.

Contractual agreements on the limits of mortgage liability are valid only for the parties to the contract and do not apply to legal relations between all other persons. At the same time, the scope of powers of the mortgage creditor does not include the right to dispose of the products obtained on the land plot, although he still has the right to claim rent for the use of the land plot. These requirements can be implemented exclusively through the forced management of property (sequestration).

The problem of concluding mortgage contracts is that the subject of mortgage is regulated by many regulatory acts, which also contain certain restrictions regarding the objects that can be transferred to ensure the execution of mortgage contracts. If the requirements of the legislation are not taken into account, such contracts may be declared invalid by the court.

Article 1 of the Law of Ukraine "On Mortgage" and Art. 575 of the Civil Code of Ukraine allow the subject of a mortgage to include immovable property, as well as movable things, which are equated with immovable property, or property rights. But can any real estate be the subject of a mortgage. According to Art. 5 of the Law of Ukraine "On Mortgages" the subject of a mortgage can be one or more real estate objects, and according to Art. 181 of the Civil Code of Ukraine, immovable property (real estate) includes land plots, as well as objects located on the land plot and inseparably connected with it, the movement of which is impossible without their depreciation and changing their purpose. Article 191 of the Civil Code of Ukraine also recognizes a special object of civil rights - a single property complex - as real estate. This is essentially the same definition given in Art. 2 of the Law of Ukraine "On State Registration of Real Property Rights and Their Limitations".

The issue of distinguishing between movable and immovable objects of civil legal relations acquires practical importance. The legislator proposes the following criteria for classifying objects of civil rights as immovable property: natural properties of objects (land plots, subsoil plots, isolated water bodies), physical properties of objects (close connection with the land, impossibility of movement without depreciation and changes in their purpose — forests, buildings, constructions and other objects), objects specified in the law (according to the law). In addition to the above criteria, Art. 376 of the Civil Code of Ukraine allows to highlight the presence of not only a physical, but also a legal connection between the specified real estate objects and the land plot on which this object is located.

Land plots as the subject of a mortgage are characterized by a number of restrictions that must be paid attention to when concluding mortgage contracts. First of all, it is necessary to take into account the presence of nine categories of land by purpose (including land for development, agricultural purpose, etc.) - Art. 19 of the Land Code of Ukraine. This circumstance can significantly affect the liquidity of the subject of the mortgage in the future. Secondly, only the



owners of the land can be mortgagors. As for the possibility of transferring the right to lease land as a mortgage, provided for in Art. 5 of the Law of Ukraine "On Mortgages", today in the practice of concluding mortgage contracts it is considered quite risky. The risk is related to the fact that a new lease of land is required for a new tenant (mortgagor) in order to register the right of lease for the mortgagee. Thirdly, only banks can be pledge holders of agricultural plots of land. Fourth, the presence of requirements for the content of contracts on the transfer of ownership rights to land plots (location, purpose, composition, legal regime, information on the absence of prohibitions, etc.). Fifth, an expert monetary valuation of the land is mandatory.

There are difficulties with the mortgage of certain types of land plots. So, if an object of unfinished construction is located on the land plot that is mortgaged, then it is also considered the subject of the mortgage regardless of who is the owner (Part 6, Article 6 of the Law of Ukraine "On Mortgages"). In this case, a conflict may arise with the owner of the unfinished building, who was not a party to the mortgage agreement.

In the case of foreclosure on a land plot on which a building is located, which is owned by another person, the mortgagor is obliged to provide the owner of the building with the same conditions of use that the mortgagor had.

The presence of restrictions in the case of alienation does not contribute to the realization of the possibility of concluding mortgage contracts, the subject of which are agricultural lands.

Property rights to real estate (completed or unfinished), which are also classified by the legislator as the subject of a mortgage, require separate consideration. According to Art. 3 of the Law of Ukraine "On Valuation of Property, Property Rights and Professional Appraisal Activities in Ukraine" property rights are recognized as any rights that differ from the right of ownership. The grounds for the mortgagor's property rights may be various contracts.

Part 2 of Art. 16 of the Law of Ukraine "On Mortgages" contains a special case of a mortgage of an object of unfinished construction, according to which it is transferred through the transfer of ownership rights to a land plot. In this case, it must be remembered that only land owners can be mortgagors, and only banks can be mortgage holders of agricultural land. Such restrictions are provided for in Article 15 of the Law of Ukraine "On Mortgages" and Article 133 of the Land Code of Ukraine, and Art. 132 of the Land Code of Ukraine contains requirements for the content of contracts on the transfer of ownership rights to land plots (location, purpose, legal regime, information on the absence of prohibitions). In addition, it is worth paying attention to such aspects of the mortgage, which are provided for by the relevant law.

The value of the subject of the mortgage is determined by agreement between the mortgagor and the mortgagee or by carrying out the assessment of the subject of the mortgage (when this is provided for by law or contract).

Jointly owned property can be mortgaged only with the notarized consent of all co-owners. A co-owner of real estate has the right to mortgage his share in the joint property without the consent of other co-owners, provided that it is allocated in kind and the ownership of it is registered as a separate real estate object.

If the mortgaged building (structure) is located on a land plot owned by the mortgagor, such building (structure) shall be mortgaged together with the land plot on which it is located. If this land plot belongs to another person and was leased (use) to the mortgagor, after foreclosure of the buildings (structures), their new owner acquires the rights and obligations that the mortgagor had under the deed, which established the terms of the lease of this land plot (use her).

If a land plot on which buildings (structures) owned by the mortgagor are located is mortgaged, such land plot shall be mortgaged together with the buildings (structures) on which they are located. After foreclosure on the mortgaged land plot on which buildings (structures) belonging to a person other than the mortgagor are located, the new owner of the land plot is obliged to provide the owner of the building (structure) with the same conditions for using the land plot as the mortgagor had.

It should be noted that those prohibitions and restrictions on the alienation and targeted use of land plots, which are established by the Land Code of Ukraine, are valid under the terms of their mortgage.

Realization of mortgaged land plots for agricultural purposes in case of foreclosure on the subject of the mortgage is carried out at public auctions. Buyers of agricultural plots of land can be persons defined by the Land Code of Ukraine (except for plots of land that are in state and communal ownership).

The right to own land established by the Constitution of Ukraine provides for the possibility of disposing of a plot of land, alienating it, limiting it with other rights, pledging it, etc.

Ensuring in this way the parity of economic and ecological interests, which is the basis of the principle of sustainable development, requires the consideration of these features in the further reform of the economy, taking into account the continuation of the land reform in Ukraine, one of the directions of which is the development of lending secured by land plots.

Pledge of land plots as a legal phenomenon is implemented in land and mortgage legal relations, the presence of an effective mechanism of legal regulation of which is one of the conditions for the functioning of the mortgage system in general. But as evidenced by the analysis of the current legislation of Ukraine in the field of mortgage of land plots, despite the supposedly significant number of legal norms dedicated to the regulation of this phenomenon, there are a number of problems that negatively affect the application of legal norms in the field of mortgage of land plots and lead to their absence in practice implementation of the legal institution of pledge of land plots. First of all, there is no final solution in the legal doctrine of the concept of the pledge of land plots, the relationship between the right of pledge and the rights to land, the object-subject structure of these legal relations, the state registration of the pledge, the grounds, methods and procedure for foreclosure on pledged land plots, protection of the rights of mortgagors of agricultural land, etc. In addition, the legal nature of land mortgage relations remains undefined neither in jurisprudence nor in legislation, which is evidenced by the fact that land mortgage relations are regulated by the norms of various branches of law.

In essence, the right to pledge a land plot in a subjective sense is a set of legal possibilities of the pledgee, which allow him to realize the rights to the value of the land plot owned by another person, which are burdened in terms of the right to land by special land and environmental legal requirements regarding the targeted and rational use of the land plot, as well as regarding its protection and reproduction (subjective right).

The set of legal norms that determine such possibilities, as well as other legal means that allow regulating the system of mortgage relations, act as the right to pledge a land plot in its objective sense, a complex legal institution of land law, which can be defined as a land mortgage right.

A pledge of a plot of land is a limitation of the mortgagor's ownership right to a plot of land, which is established on the basis of a contract or by virtue of the law, and consists in the prohibition of the landowner to exercise authority to dispose of the plot of land without the consent of the pledgee (that is, the obligation of the landowner is to obtain the consent of the pledgee to exercise the right disposition of a land plot), caused by the need to protect the property interests of the mortgagee.

A pledge of a plot of land is an encumbrance of the plot of land with the right of the pledge holder to satisfy his property claims regarding the sale price of the plot of land in the event that the debtor fails to fulfill the main obligation. The concept of land mortgage legal relations is already traditionally defined as social relations regulated by the norms of land law, which mediate the emergence, change and termination of the right to pledge a land plot, which are formed between the owner of the land plot (the mortgagor), the creditor of the obligation secured by the land pledge (the pledgee) and others by subjects of land law (state registrar of rights, subject of evaluation activity, control bodies, etc.) in connection with the implementation by the mortgagor of the ownership right to the land plot and in connection with the implementation by the mortgagee of all legal options aimed at encumbering the land plot of the mortgagor by the right of pledge, by foreclosure on the land plot in case of non-fulfillment of the main obligation secured by the pledge, as well as in connection with the mortgagor's observance of the legal regime of use and protection of the land plot encumbered by the right of the pledge holder.

In fact, the legal relations that arise in connection with the transfer of a land plot as a pledge, by their legal nature, are not land relations, which, in order to achieve the greatest effectiveness of legal regulation, can be regulated mainly by the methods of land law as an independent branch of law, because, in our opinion, and the conclusion of the pledge agreement itself, and further compliance with its terms, as well as most of its requirements are mainly civil in nature.

The legislator provided that the pledge contract must be concluded in writing. This is mandatory. Moreover, in cases where the object of the pledge is real estate (primarily land plots), the pledge agreement must be notarized on the basis of relevant legal documents.

The parties may provide notarization of the pledge agreement in cases where it is not mandatory by law, but one of the parties insists on it.

The right of lien arises from the moment of conclusion of the contract, and in the case when the contract is subject to notarization - from the moment of notarization of this contract. If, according to the law or contract, the subject of the pledge must be with the pledgee, the right of pledge arises at the moment of transferring the subject of the pledge to him. If such a transfer was made before the conclusion of the contract, then from the moment of its conclusion. The registration of the pledge is not related to the moment of the right of pledge and does not affect the validity of the pledge agreement.

In the conditions of the establishment of private ownership of land, the rapid development of market land relations, land has become a valuable capital (commodity), which not only does not lose its value over time, but on the contrary, can significantly increase in price depending on its location, functional purpose, infrastructure development, improvement of the territory, etc.

#### Посилання:

1. Beza Mucbe Teka (2022) Determinants of the sustainability and growth of micro and small enterprises (MSEs) in Ethiopia: literature review. *Journal of Innovation and Entrepreneurship*. Volume 11, Issue 1. P. 1–16. <https://doi.org/10.1186/s13731-022-00261-0>.

2. Sangameswaran, Priya (2022) Contending claims and uses of land: Unpacking the trajectory of a mortgage in Thane. *Indian Economic and Social History Review*. Volume 59, Issue 4, Pages 507–533. <https://doi.org/10.1177/00194646221130827>.

3. Park Seongbeoma, Lee Jaekyunga, Park Yunmib (2022) Analysis of Residential Satisfaction Changes by the Land Bank Program Using Text Mining. *Sustainability (Switzerland)*. Volume 14, Issue 18. P. 1–18. <https://doi.org/10.3390/su141811707>.

4. Reite, Endre J. (2022) Information asymmetry between banks, rent extraction, and switching in mortgage lending. *Finance Research Letters*. Volume 50. December 2022. Article number 103339. <https://doi.org/10.1016/j.frl.2022.103339>.

5. Hryshchuk N. V. (2007) Legal regulation of land mortgages under the legislation of Ukraine and Germany: comparative legal analysis: autoref. Dis... *Cand. law Sciences: 12.00.06. National Agrarian University*. 21 p.

6. Clerc-Renaud Sebastiena, Ulbricht Dirka, Neuberger D (2018) Germany: Ageing Economy with Rising Pension Gap, Stable Mortgage Market and Well-Developed Rental Market oris. *Old-Age Provision and Homeownership - Fiscal Incentives and Other Public Policy Options*. Pages 209–251. [https://doi.org/10.1007/978-3-319-75211-2\\_8](https://doi.org/10.1007/978-3-319-75211-2_8).

7. Frederiksen D. M. (1984) Mortgage banking in germany. *Quarterly Journal of Economics*. Volume 9. Issue 1. Pages 47–76. <https://doi.org/10.2307/1883634>.

Статтю було подано	05.12.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	11.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	15.12.2022	The article was accepted

УДК 347.51

**ДЕЛІКТНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ  
ДЕРЖАВИ УКРАЇНА В УМОВАХ  
ВІЙНИ****Володимир ПРИМАК**доктор юридичних наук, провідний науковий  
співробітникНауково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)<https://orcid.org/0000-0002-9054-5017>

Умови війни, в яких тривалий час перебуває Україна внаслідок збройної агресії Російської Федерації, у контексті взаємодії деліктного і міжнародного права характеризуються надзвичайним зростанням кількості випадків проти-правного заподіяння майнової та моральної шкоди найрізноманітнішим категоріям потерпілих суб'єктів – насамперед жертвам агресії загалом, у тому числі потерпілим від різного роду грубих порушень норм міжнародного гуманітарного права представниками держави-агресора. У зв'язку з цим відповідні міжнародно-протиправні діяння постають водночас і як юридичні факти цивільного права – підстави виникнення відповідних деліктних зобов'язань щодо відшкодування завданої шкоди саме державою-агресором.

Але під час війни деліктні зобов'язання виникають також і за певному розумінні ординарних підстав – відповідно до принципу генерального делікту або згідно з сконструйованими законодавцем спеціальними деліктами. Крім того, держава, яка є жертвою агресії, за певних обставин може бути відповідальною за дії, вчинені її представниками внаслідок грубого порушення ними норм міжнародного гуманітарного права.

Ключовими ознаками правових режимів деліктної відповідальності держави Україна у передбачених націо-

UDC 347.51

**TORT LIABILITY OF THE STATE  
OF UKRAINE DURING THE WAR****Prymak, Volodymyr D.**Doctor of Law Sciences, Leading  
ResearcherAcademician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

The conditions of war, in which Ukraine has been for a long time, in the context of the interaction of tort and international law, are characterized by an extraordinary increase in the number of cases of unlawfully causing property and moral damage to the most diverse categories of victims – primarily victims of aggression in general, as well as victims of various types of violations of international humanitarian law. In this regard, the corresponding internationally illegal acts appear as legal facts of civil law – grounds for the emergence of corresponding tort obligations.

But during the war, tort obligations also arise from, in a certain sense, ordinary grounds – according to the principle of general tort or according to special torts constructed by the legislator. In addition, a state that is a victim of aggression may, under certain circumstances, be responsible for actions committed by its representatives as a result of their flagrant violation of the norms of international humanitarian law.

The key features of the legal regimes of tort liability of the state of Ukraine in the cases provided for by national law are: the definition of the state itself as the subject of responsibility; specification of the factual basis for the occurrence of a certain tort liability and the composition of the conditions of liability for a special tort,

нальним правом випадках є: визначення саме держави як суб'єкта відповідальності; конкретизація фактичної підстави виникнення певного деліктного зобов'язання та складу умов відповідальності за вчинення спеціального делікту, з переважним виключенням з них вини, а подекуди і деталізація підстав для звільнення від відповідальності; встановлення чіткого співвідношення між розміром завданої шкоди та обсягом майнового обов'язку щодо її відшкодування з боку держави, а в окремих випадках і порядку його виконання.

В умовах війни самостійного значення набуває проблема ймовірної відповідальності держави за шкоду, завдану при застосуванні високоточних боєприпасів силами безпеки та оборони України. Норми міжнародного гуманітарного права не закріплюють такого роду спеціального механізму відповідальності держави – учасника збройного конфлікту (війни), оскільки загалом є і мають бути індиферентними щодо принципово допустимих засобів заподіяння шкоди, яка може виникнути внаслідок порушення приписів міжнародного гуманітарного права. Зазначені норми покликані визначити лише загальні критерії міжнародно-правової протиправності діяння, вчиненого державою – правопорушником. Зважаючи на потенційно пропонований до розробки механізм відповідальності держави Україна за «супутню шкоду», завдану внаслідок вчинення правомірних дій з використання високоточних боєприпасів, змістовно і структурно також істотно не відрізнятиметься від будь-якого іншого механізму майнової відповідальності за правомірне застосування військової зброї і бойових засобів ураження під час збройного конфлікту.

Ключові слова: деліктна відповідальність; держава; відшкодування шкоди; міжнародне гуманітарне право; принцип вини; високоточні боєприпаси; супутня шкода

Умови війни, в яких тривалий час перебуває Україна внаслідок збройної агресії Російської Федерації, у контексті взаємодії деліктного і міжнародного права характеризуються надзвичайним зростанням кількості випадків протиправного заподіяння

with the predominant exclusion of guilt from them, and in some cases detailing the grounds for exemption from liability; establishment of a clear relationship between the size of the damage caused and the amount of the property obligation for its compensation by the state, and in some cases the procedure for its execution.

In the conditions of war, the problem of probable responsibility of the state for the damage caused by the use of high-precision ammunition by the security and defense forces of Ukraine becomes of independent importance. Norms of international humanitarian law do not establish this kind of special mechanism of responsibility of the state participating in an armed conflict (war), because in general they should be indifferent to the fundamentally permissible means of inflicting damage that may arise as a result of violating the provisions of international humanitarian law. The specified norms are intended to define only the general criteria of international legal illegality of an act committed by the state – the offender. Taking into account the potentially proposed mechanism of responsibility of the state of Ukraine for «collateral damage» lawfully caused as a result of the use of high-precision munitions, its content and structure will also not significantly differ from any other mechanism of property liability for the lawful use of military weapons and combat means of destruction during an armed conflict.

Keywords: tort liability; state; reparation; international humanitarian law; the principle of guilt; high-precision ammunition; collateral damage

майнової та моральної шкоди найрізноманітнішим категоріям потерпілих суб'єктів – насамперед жертвам агресії загалом, у тому числі потерпілим від різного роду грубих порушень норм міжнародного гуманітарного права (далі – МГП). Тож зазначені міжнародно-протиправні діяння постають водночас і як юридичні факти цивільного права – підстави виникнення деліктних зобов'язань щодо відшкодування шкоди, завданої державою-агресором.

У цьому контексті на перший план, безперечно, виходить питання про відшкодування шкоди, завданої злочином агресії з боку Російської Федерації та похідними від нього діяннями. Зокрема, норми Закону України від 03.03.2022 № 2116-IX «Про основні засади примусового вилучення в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів» створюють передумови для забезпечення за рахунок майнових активів держави-агресора та пов'язаних з нею осіб вимог держави Україна щодо відшкодування завданої їй шкоди.

Проте, поряд з зовнішньою агресією як визначальним чинником заподіяння шкоди під час війни, деліктні зобов'язання виникають також і з ординарних підстав – відповідно до принципу генерального делікту або згідно зі сконструйованими українським законодавцем спеціальними деліктами. За наявності належних підстав та умов це може передбачати й власну деліктну відповідальність держави Україна. Крім того, держава, яка є жертвою агресії, за певних обставин може бути суб'єктом відповідальності за дії, вчинені її представниками внаслідок грубого порушення ними норм МГП.

Зазначене зумовлює необхідність визначення особливостей функціонування механізму деліктної відповідальності держави Україна, як учасника цивільних відносин, саме в умовах війни. Тим паче, що традиційний науковий дискурс більшою мірою був спрямований на обґрунтування характеристик низки донині доволі усталених правових режимів, пов'язаних або зі спеціальними деліктами з відшкодування державою шкоди, завданої у зв'язку з виконанням її функцій органами державної влади та їх посадовими і службовими особами [1; 2, с. 214–217; 3], або із запровадженням нових правових режимів, що мають на меті створення за рахунок держави гарантій відшкодування шкоди, завданої третіми особами окремим групам потерпілих (здебільшого від злочинів, терористичних актів тощо) осіб.

Йдеться головню про такі ознаки згаданих правових режимів, закріплених актами національного права України: визначення саме держави як суб'єкта відповідальності; конкретизація фактичної підстави виникнення певного деліктного зобов'язання та складу умов відповідальності за вчинення спеціального делікту, з переважним виключенням з них вини, а подекуди і деталізацією підстав для звільнення від відповідальності; встановлення чіткого співвідношення між розміром завданої шкоди та обсягом майнового обов'язку щодо її відшкодування з боку держави, а в окремих випадках і порядку його виконання.

Втім, нерідко передбачені національним і міжнародним правом правові режими зобов'язань з відшкодування шкоди тісно переплітаються і взаємно обумовлюють одне одного. Так, при розгляді питання про реалізацію деліктоздатності держави під час війни ймовірний спосіб заподіяння шкоди у вигляді грубих порушень МГП виконує роль своєрідного вододілу між цією – умовно винятковою для держави, яка захищається – підставою її відповідальності, та рештою фактичних підстав виникнення деліктних зобов'язань за участі такої держави. Проте загальне функціональне призначення всіх асоційованих з тим або іншим деліктом механізмів майнової відповідальності держави залишатиметься спільним. Так само мета реалізації притаманних загалом цивільно-правовій відповідальності компенсаційної та превентивної функцій неодмінно буде досягатися через пошук належних форм утілення принципів справедливості, розумності, добросовісності та їх локальними виявами у вигляді засад повного відшкодування шкоди та вини.

Хоча, звісно, щодо останнього принципу йтиметься радше про обмеження його дії через справедливе виключення вини зі складу умов деліктної відповідальності держави як первісного носія публічної влади й публічної правосуб'єктності (статті 1173 – 1176, 1178 ЦК України). До того ж зазначене поширюється як на делікти, закріплені нормами національного права, так і на делікти, фактичні підстави виникнення яких впливають передовсім з норм міжнародного права.

Водночас логічне суголосся об'єктивних умов деліктної відповідальності у вигляді фактичної наявності майнової та моральної шкоди, протиправності її заподіяння та причинно-наслідкового зв'язку між двома попередніми умовами спричиняє формальну непорушність принципу повного відшкодування шкоди. Втім, часто нездоланими перешкодами на шляху його реалізації стають труднощі доказування точного розміру завданих втрат, відсутність у суб'єкта відповідальності достатнього майна або встановлення особливого порядку (в тому числі у темпоральному вимірі, певних пропорціях тощо) його розподілу.

Примітно, що чи не найбільш деталізованим міжнародно-правовим прикладом утілення принципу повного відшкодування завданої шкоди є положення п. 20 Основних принципів і керівних положень щодо права на правовий захист і відшкодування шкоди для жертв грубих порушень міжнародних норм у сфері прав людини і серйозних порушень міжнародного гуманітарного права [4]. Адаже його норми визнають право на компенсацію за будь-яку придатну до економічної оцінки шкоду (як майнову, так і моральну), включно з негативними наслідками для фізичного та психічного здоров'я потерпілої фізичної особи; втратою можливостей у сфері праці, освіти й соціального захисту; реальні збитки і упущену вигоду, враховуючи втрачений заробіток; різного роду додаткові витрати, пов'язані з правовою, психологічною, соціальною, експертною допомогою, необхідністю придбання ліків та отриманням медичного обслуговування.

Водночас у плані деталізації нормативних підстав виникнення окремих різновидів деліктних зобов'язань держави варто згадати спеціальні механізми майнової відповідальності держави за делікти, вчинені у певних сферах здійснення публічної влади. Яскравим прикладом такого локального унормування зазначених відносин у царині кримінальної юстиції є Закон України від 01.12.1994 № 266/94-ВР «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду»).

З іншого боку, виразними прогалинами виглядають тут наразі суто декларативні норми про відповідальність держави за дії третіх (у власному розумінні) осіб у випадках, передбачених статтями 1177, 1207 ЦК України та ст. 19 Закону України від 20.03.2003 № 638-IV «Про боротьбу з тероризмом». Натомість формально завершеним прикладом закріплення подібного компенсаційного механізму є ст. 9-2 Закону України від 04.04.1996 № 123/96-ВР «Про лікарські засоби» та норми постанови Кабінету Міністрів України від 31.03.2021 № 371 «Деякі питання державної компенсації шкоди, пов'язаної з ускладненнями, що можуть виникнути після вакцинації від гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2».

Природним наслідком об'єктивного характеру деліктної відповідальності держави за свої дії або бездіяльність (вчинені нею в особі її конкретних «представників») є закріплена загальними (ст. 1191 ЦК України) і спеціальними правовими нормами (див., наприклад, Закон України від 05.06.2012 № 4901-VI «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень») можливість виникнення регресних зобов'язань щодо стягнення з безпосередніх призвідників шкоди сум сплачених на користь потерпілих осіб компенсацій. Однак очевидним недоліком правового режиму таких регресних зобов'язань є відсутність послідовної правової політики щодо пред'явлення зворотної вимоги лише до такого призвідника шкоди, який діяв з грубою виною.

Нарешті, не можна обминути взаємозв'язку матеріального і процесуального права. І тут варто погодитися з судовою практикою, яка визначальною ознакою для розмежування цивільної та адміністративної юрисдикцій при розгляді справ про відшкодування шкоди, завданої суб'єктами владних повноважень, вважає не правовий статус останніх, а характер правовідносин, з яких виник спір, та правову суть тих способів захисту, застосування яких домагається позивач (див., наприклад, постанову Великої Палати Верховного Суду від 05.06.2019 у справі № 234/14372/16-ц [5]).

В умовах війни самостійного значення набуває проблема ймовірної відповідальності держави за шкоду, завдану при застосуванні високоточних боєприпасів силами безпеки та

оборони України. Причому норми МГП не закріплюють такого роду спеціального механізму відповідальності держави – учасника збройного конфлікту (війни), оскільки загалом є і мають бути індиферентними щодо принципово допустимих засобів заподіяння шкоди, яка може виникнути внаслідок порушення МГП. Зазначені норми покликані визначити лише загальні критерії міжнародно-правової протиправності діяння, вчиненого державою-правопорушником. Зважаючи на це потенційно можливий механізм відповідальності держави Україна за «супутню», або «побічну», шкоду, завдану внаслідок правомірного використання високоточних боєприпасів, змістовно і структурно також істотно не відрізнятиметься від будь-якого іншого механізму майнової відповідальності за негативні з погляду МГП наслідки саме правомірного застосування військової зброї і бойових засобів ураження під час збройного конфлікту.

Адже МГП прагне враховувати розумний баланс між військовою необхідністю та міркуваннями гуманності [6, с. 20; 7, с. 466], що досягається передовсім через впровадження принципів розрізнення учасників бойових дій та цивільних осіб, військових та цивільних цілей, а також пропорційності [8; 9] між можливою «супутньою (побічною) шкодою» та очікуваними перевагами від вжиття тих або інших актів війни. Тож фактичне додержання зазначених принципів та вжиття безпосередніми операторами зброї розумних запобіжних заходів з уникнення «супутньої шкоди» усуває протиправність відповідного діяння та перешкоджає виникненню деліктного зобов'язання з приводу відшкодування завданої у такий спосіб шкоди державою, яка здійснює своє право на самозахист. При цьому «супутню шкоду» вслід за австралійським керівництвом з права збройних конфліктів можна визначити як «випадкову шкоду особам, об'єктам або місцям, що виникла внаслідок бойових дій проти законної воєнної цілі» [10].

Військово-технічна характеристика (тактико-технічні характеристики, особливості застосування тощо) високоточних боєприпасів, а також місце безпосередніх операторів (у вузькому, військово-технічному й військово-організаційному розумінні) застосування відповідної зброї у системі сил безпеки та оборони держави як сторони збройного конфлікту не є визначальною для побудови вищезгаданого правового механізму. Однак така характеристика здатна бути предметом правової оцінки з точки зору встановлення правомірності дій операторів зброї – насамперед у контексті додержання порядку, нормативно закріпленого в інструкціях і настановах з бойового застосування.

Останні, своєю чергою, мають передбачати: а) вжиття заходів з недопущення серйозного порушення норм МГП і мінімізації «супутньої шкоди»; б) порядок застосування засобів ураження у ситуаціях, що виключають або істотно обмежують можливість оцінки або вжиття заходів з мінімізації ризику заподіяння «супутньої шкоди».

Разом з тим, у разі вияву доброї волі держави – власника високоточної зброї, можуть бути встановлені спеціальні механізми відшкодування шкоди, завданої особам, які (та належне їм майно, члени їхніх сімей та родичі) не належать до легітимних цілей сторони збройного конфлікту з точки зору МГП – попри міжнародно-правову правомірність дій із застосування відповідної зброї та боєприпасів. При цьому високоточні боєприпаси (зброя) можуть бути застосовані й поза межами збройного конфлікту – наприклад, при проведенні антитерористичних операцій. Це визначає можливість побудови універсального механізму майнової відповідальності держави за «супутню шкоду», завдану при використанні високоточних боєприпасів.

Особливої ваги в цьому контексті набувають питання врахування зустрічної вини потерпілих осіб для визначення можливості надання або зменшення розміру належного їм відшкодування; визначення форм утілення майнової та моральної шкоди, що підлягає відшкодуванню конкретним категоріям потерпілих; встановлення причинно-наслідкового зв'язку між правомірним застосуванням зброї з високоточним засобом ураження та «супутньою шкодою», що виникла також і через дії третіх осіб, включно з представниками іншої сторони збройного конфлікту – зокрема, внаслідок впливу контр-засобів (вогонь ворожої ППО), або стихійних сил природи (удар блискавки); граничних розмірів (лімітів



відшкодування) завданої шкоди – у тому числі й у розрізі розмежування майнової та моральної шкоди; джерел та строків виплати компенсаційних платежів тощо.

Що стосується організаційно-правових (процедурних) підвалин добровільного прийняття і виконання обов'язку з відшкодування «супутньої шкоди», то вони мають ґрунтуватися на пріоритетності й альтернативності адміністративного механізму відшкодування шкоди, завданої у зв'язку з правомірним використанням у перебігу бойових дій тих чи інших видів зброї та боєприпасів, щодо використання будь-яких засобів судового захисту в межах як національної, так і тієї чи іншої міжнародної юрисдикції.

На підставі викладеного можна дійти таких висновків.

1. В умовах війни продовжують діяти зумовлені правовими режимами законодавчо закріплених спеціальних деліктів механізми позадоговірної відповідальності держави Україна за шкоду, завдану при здійсненні її функцій уповноваженими органами державної влади та їх посадовими і службовими особами.

2. Під час війни взаємодія національного деліктного і міжнародного права полягає у можливості виникнення деліктного зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої грубими порушеннями норм міжнародного гуманітарного права, також і державою, як здійснює своє право на самозахист.

3. Використання силами оборони і безпеки України при веденні бойових дій у порядку здійснення державою Україна самозахисту високоточних боєприпасів та зброї з додержанням принципів розрізнення учасників бойових дій та цивільних осіб, військових та цивільних цілей, а також пропорційності, у поєднанні з вжиттям безпосередніми операторами зброї розумних запобіжних заходів з уникнення «супутньої (побічної) шкоди», усуває протиправність як умову виникнення деліктного зобов'язання з приводу відшкодування такої шкоди державою, що здійснює своє право на самозахист.

#### Посилання:

1. Ольшанченко В. І. (2021) Цивільно-правова відповідальність держави Україна перед суб'єктами підприємницької діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. 20 с. URL: <https://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/19401>.

2. Отраднава О. О. (2014) Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань : монографія. 328 с.

3. Первомайський О. О. (2012) Цивільно-правова відповідальність держави Україна: конституційні засади. Юридична Україна. № 8. С. 62–67.

4. Основні принципи і керівні положення щодо права на правовий захист і відшкодування шкоди для жертв грубих порушень міжнародних норм у сфері прав людини і серйозних порушень міжнародного гуманітарного права (схвалені Комісією з прав людини ООН 25.07.2005). URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_e53](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_e53).

5. Постанова (2019) Великої Палати Верховного Суду від 05.06.2019 у справі № 234/14372/16-ц. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82424005>.

6. Мельцер Н. (2020) Міжнародне гуманітарне право. Загальний курс : підруч. URL: <https://blogs.icrc.org/ua/wp-content/uploads/sites/98/2021/05/Nils-Melzer-Comprehensive-introduction-to-IHL-UKR.pdf>.

7. Schmitt M. N. (2005) Precision attack and international humanitarian law. International review of the Red Cross. Vol. 87. № 859. P. 445–466.

8. Gillard E.-C. (2018) Proportionality in the Conduct of Hostilities: The Incidental Harm Side of the Assessment. URL: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2018-12-10-proportionality-conduct-hostilities-incident-harm-gillard-final.pdf>.

9. Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : затверджена наказом Міністерства оборони України від 23.03.2017 № 16. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text>.

10. International Humanitarian Law Databases (2022). URL: <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule14#:~:text=The%20manual's%20Glossary%20defines%20%E2%80%9Ccollateral,against%20a%20legitimate%20military%20objective.%E2%80%9D>.

Статтю було подано	11.12.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	12.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	15.12.2022	The article was accepted

УДК 347.21

**ПОШУК ТА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ  
БАЛАНСУ ПУБЛІЧНИХ ІНТЕРЕСІВ  
ДЕРЖАВИ ТА ПРАВ, СВОБОД,  
ІНТЕРЕСІВ ЛЮДИНИ ЩОДО  
ПРИМУСОВОГО ВІДЧУЖЕННЯ  
МАЙНА В УМОВАХ ЄВРОПЕІЗАЦІЇ**

Світлана СЕМІНОГ

кандидат юридичних наук, науковий  
співробітник

Науково-дослідний інститут приватного  
права і підприємництва імені академіка  
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

<https://orcid.org/0000-0002-8464-1010>

Примусове позбавлення майна має витоки з часів комуністичної ідеології тоталітарного режиму, який був спрямований на здійснення політики державного примусу шляхом «революційного перетворення» приватної власності у власність держави, де інтереси публічної влади превалювали над інтересами людини.

В умовах європеїзації українського права нормативне забезпечення примусового відчуження майна потребує модернізації основних засад шляхом упровадження суттєвих і структурних новацій, формування правозастосовної практики відповідно до норм міжнародного права та прийнятих для України європейських стандартів і практик.

У цьому контексті у статті проаналізовано положення Конституції України та спеціальних законів на відповідність міжнародним нормативним актам та практики ЄСПЛ, а також проведено порівняльний аналіз українського та польського правового досвіду щодо прав і свобод людини і громадянина у відносинах примусового відчуження майна в умовах воєнного стану.

Встановлено, що законодавством Республіки Польща право власності

UDC 347.21

**THE SEARCH AND THE BALANCE  
ENSURE OF THE COUNTRY PUBLIC  
INTEREST AND THE RIGHTS,  
FREEDOMS AND HUMAN  
INTERESTS REGARDING THE  
FORCED ESTATE ALIENATION  
DURING THE EUROPEANIZATION**

Seminoh, Svitlana V.

Candidate of Legal Sciences, Researcher

Academician F.H. Burchak Scientific Research  
Institute of Private Law and Entrepreneurship  
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

Forcible confiscation of property has its roots in the communist ideology of the totalitarian regime, which was aimed at implementing a policy of state coercion through the "revolutionary transformation" of private property into state property, where the interests of the public authorities prevailed over the interests of the individual

In the conditions of the Europeanization of Ukrainian law, the regulatory provision of forced alienation of property requires the modernization of the basic principles by introducing essential and structural innovations, forming law enforcement practice in accordance with the norms of international law and European standards and practices acceptable to Ukraine.

In this context, the article analyzes the provisions of the Constitution of Ukraine and special laws for compliance with international normative acts and the practice of the ECHR, and also conducts a comparative analysis of Ukrainian and Polish legal experience regarding the rights and freedoms of a person and a citizen in relation to the forced alienation of property under martial law.

It has been established that the

визнано абсолютним правом, а примусове відчуження індивідуально визначеного майна та перехід права власності до держави не передбачено, навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану.

Доведено, що властивий сучасному законодавству України механізм примусового відчуження майна в умовах воєнного стану потребує імплементації положень рішень ЄСПЛ щодо пропорційності інтересів сторін, коли обмеження права власності допускається за умови, що між публічними та особистими інтересами встановлений «розумний баланс» та має чітко обґрунтовану потребу держави у примусовому відчуженні індивідуально визначеного майна, а також відповідає принципу справедливої рівноваги щодо виплати грошової компенсації власнику позбавленого майна та строків її відшкодування.

Тож, сьогодні гостро постає питання модернізації сутності, концепції, принципів та механізму застосування примусового відчуження майна відповідно до норм європейського права в межах досягнення балансу відображеному Європейською Конвенцією з прав людини.

Ключові слова: загроза суспільному благополуччю, права і свободи людини і громадянина, воєнний стан, примусове відчуження майна, індивідуально визначене майно, відшкодування шкоди, виплата грошової компенсації, порівняння міжнародного досвіду, практика ЄСПЛ, упровадження правових норм

Війна Російської Федерації проти України спричинила появу нових загроз суспільному благополуччю, в результаті чого в країні введено воєнний стан, відповідно до якого, всі ресурси направлені на підтримку Збройних Сил України, в тому числі чинне законодавство не забороняє примусово відчужувати майно, що перебуває у приватній або комунальній власності фізичних та юридичних осіб в установленому законом порядку.

Питання примусового відчуження індивідуального майна в умовах воєнного стану дуже складне з правозастосовної точки зору, оскільки в його основі полягає обмеження прав і свобод людини і громадянина.

legislation of the Republic of Poland recognizes the right of ownership as an absolute right, and the forced alienation of individually determined property and the transfer of the right of ownership to the state is not provided for, even in conditions of war or a state of emergency.

It has been proven that the mechanism of forced expropriation of property in the conditions of martial law inherent in the modern legislation of Ukraine requires the implementation of the provisions of the ECtHR decisions regarding the proportionality of the interests of the parties, when the restriction of the right to property is allowed on the condition that a "reasonable balance" is established between public and personal interests and has a clearly justified need of the state in the forced alienation of individually determined property, and also corresponds to the principle of fair balance regarding the payment of monetary compensation to the owner of deprived property and the terms of its compensation.

Therefore, today the issue of modernization of the essence, concept, principles and mechanism of application of forced alienation of property in accordance with the norms of European law within the framework of achieving the balance reflected in the European Convention on Human Rights is acute.

Keywords: common welfare threats, human and citizen rights and freedoms, martial law, forced alienation of property, forced removal, individually determined property, compensation for damage, payment of monetary compensation, comparison of international experience, ECHR practice, implementation of legal norms

У цьому зв'язку, з одного боку, примусове відчуження майна в умовах воєнного стану має правові підстави, які базуються на положеннях чинного законодавства, а з іншого, тягне за собою порушення особистих і майнових прав людини і громадянина та породжує публічно-приватний спір між «волею держави» та особистою волею фізичних та юридичних осіб, яких примусово позбавляють індивідуального майна та права власності спеціально уповноважені на це державні органи та особи. Окреслений підхід знаходить утілення в імперативних нормах, які забезпечують публічний інтерес шляхом примусового позбавлення. За таких обставин відбувається обмеження вільного волевиявлення учасників цивільних відносин та встановлюється загальне зобов'язання дотримуватись їх безальтернативної диспозиції.

Примусове позбавлення майна має витоки з часів комуністичної ідеології тоталітарного режиму, який був спрямований на здійснення політики державного примусу шляхом «революційного перетворення» приватної власності у власність держави, де інтереси публічної влади превальювали над інтересами людини.

Адже сьогодні українське право являє собою не тільки належність до «радянської спадщини» у минулому, а й готовність стати повноцінним членом Європейського Союзу у майбутньому шляхом імплементації прийнятних для національного права загальноєвропейських стандартів і найкращих практик розвинутих країн.

Тож, метою статті є – проведення порівняльного аналізу вітчизняного та європейського, зокрема, польського правового досвіду, практики ЄСПЛ щодо пошуку та забезпечення балансу публічних інтересів держави та прав, свобод, інтересів людини щодо примусового відчуження майна в умовах воєнного стану задля подальшої модернізації основних засад шляхом упровадження суттєвих і структурних новацій та формування правозастосовної прийнятної для правопорядку України європейської практики.

Публікації вітчизняних науковців у більшості висвітлюють проблеми примусового відчуження земельних ділянок (К. Караханян, А. Мірошніченко та ін.), а останнім часом науковці розглядають особливості примусового відчуження майна в умовах воєнного стану в Україні (М. Миронюк, М. Веселов, С.Вітвіцький та ін.).

Разом з тим, питання пошуку та забезпечення балансу публічних інтересів держави та прав, свобод, інтересів людини щодо примусового відчуження майна в умовах воєнного стану ще не було предметом дослідження.

Нормами міжнародного права закріплено правові гарантії права власності, зокрема, стаття 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі Конвенція) визначає, що кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права [1, ст.1].

Міжнародні нормативні принципи знаходять своє об'єктивне відображення в системі національного законодавства України. Конституцією України закріплено, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним.

Разом з тим, за змістом норм Конституції, в Україні може бути застосоване примусове відчуження об'єктів права приватної власності як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану [2, п.5 ст.41].

Відповідно до Закону України «Про правовий режим воєнного стану» - під час воєнного стану, військово командування разом із військовими адміністраціями самостійно або із залученням органів виконавчої влади та місцевого самоврядування в межах тимчасових обмежень конституційних прав і свобод людини і громадянина, а також прав і законних

інтересів юридичних осіб можуть запроваджувати та здійснювати примусове відчуження майна, що перебуває у приватній або комунальній власності, вилучення майна державних підприємств, господарських об'єднань для потреб держави в установленому законом порядку, про що видавати відповідні документи встановленого зразка. [3, ч.1.ст.8].

Примусове відчуження майна за змістом Закону України «Про передачу, примусове відчуження або вилучення майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану» передбачає позбавлення власника права власності на індивідуально визначене майно, що перебуває у приватній або комунальній власності та яке переходить у власність держави для використання в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану за умови попереднього або наступного повного відшкодування його вартості [4, ч.1 ст.1].

Отже, наведені норми, з одного боку, визнають право кожного на «володіння своїм майном», що по суті є гарантією права власності («possessions» (майно) та «use of property» (користування майном) та встановлюють захист права власності, а з іншого, обмежують право володіти та розпоряджатися своїм майном та допускають примусове позбавлення власника майна, як виняток, «на користь суспільства» на підставах, передбачених законом чи міжнародним актом, та за умов воєнного чи надзвичайного стану. У такому разі відбувається втручання держави у майнове право фізичної чи юридичної особи. Чи не означає це, що таке втручання порушує норми, які містяться у першому абзаці статті 1 Першого протоколу до Конвенції та четвертому абзаці статті 41 Конституції України та обмежує права і свободи фізичних та юридичних осіб. Чи можливо у такому випадку знайти обґрунтоване співвідношення між вимогами «суспільної необхідності» та вимогами захисту основних прав і свобод людини та громадянина. Чи не несе особа, у якої відчужується індивідуально визначене майно непропорційний та достатньо важкий тягар, який покладає на неї держава, примусово позбавляючи її права власності у досить тяжких умовах війни.

Для з'ясування вищезазначених питань доцільно звернутися до міжнародної практики Європейського Суду з прав людини (далі - ЄСПЛ) у відносинах примусового відчуження майна.

Розглядаючи підстави втручання держави у майнове право особи у справі «Фонд «Батьківська турбота» проти України» суд наголошує, що стаття 1 Першого протоколу до Конвенції містить три чіткі норми: перша норма, викладена у першому реченні першого абзацу, носить загальний характер і проголошує принцип мирного володіння майном; друга норма, що міститься в другому реченні першого абзацу, стосується позбавлення власності і підпорядковує його певним умовам; третя норма, закріплена в другому абзаці, передбачає, що держави мають право, серед іншого, контролювати користування власністю відповідно до загальних інтересів. Однак ці норми не є непов'язаними: друга і третя норми стосуються конкретних випадків втручання у право на мирне володіння майном і тому повинні тлумачитися у контексті принципу, закріпленого першою нормою (див., наприклад, рішення у справі «Скордіно проти Італії № 1» [ВП] (Scordino v. Italy) (no. 1) [GC], заява № 36813/97, пункт 78, ЄСПЛ 2006-V) [5, п.54].

У справі «Спорронг і Льоннрот проти Швеції», суд у першу чергу, з'ясовує відповідність втручання у майнове право до статті 1 Першого протоколу до Конвенції, забезпеченість справедливої рівноваги між вимогами загальних інтересів суспільства та вимогами захисту основних прав людини (див., *mutatis mutandis*, рішення у справі «Лінгвістік Белж» від 23 липня 1968 року, серія А, N 6, с. 32, п.5). Забезпечення такої рівноваги є невід'ємним принципом всієї Конвенції, і це також знайшло своє відображення у структурі статті 1 Першого протоколу [6, п. 69].

Щодо пропорційності інтересів сторін у справі «Namer проти Бельгії» суд зауважив, що обмеження права власності допустимі за умови, що між індивідуальними та колективними інтересами встановлений «розумний баланс».

Щодо примусового позбавлення майна у справі «Кривенький проти України» суд наголошує про необхідність дотримання «справедливого балансу» між вимогами загального інтересу суспільства «з мотивів суспільної необхідності» та вимогами захисту

основоположних прав особи щодо виплати відповідної грошової компенсації, пов'язаної з вартістю позбавленого майна.

Отже, на підставі вищенаведеного доходимо висновку, що основною умовою втручання держави у майнове право особи є законність відповідно до статті 1 Першого протоколу до Конвенції, яка вимагає легітимні підґрунтя у національному законодавстві. Ця умова також стосується якості закону відповідно до принципу правомірних очікувань (*legitimate expectations*), якому приділяється суттєва увага і Венеційською Комісією, і Конституційним Судом України, який проголошує, що законодавство має бути зрозумілим і чітким та його застосування має бути передбачуваним для усіх зацікавлених сторін. Якщо у вказаному контексті розглядати діючі норми законодавства, слід зазначити, що ними не передбачені положення про надання компетентними органами письмового обґрунтування підстави, яка має бути викладена у рішенні про примусове відчуження майна, чому саме державі потрібно індивідуально визначене майно власника. Такий підхід суперечить правилам практики ЄСПЛ.

Крім того, у відносинах примусового відчуження майна положеннями практики ЄСПЛ підкреслюється принципи пропорційності, з дотриманням «справедливого балансу» між вимогами загального інтересу суспільства та вимогами захисту основоположних прав особи та сплати відповідної грошової компенсації. Згідно із зазначеними принципами публічний інтерес не має превалювати над індивідуальним інтересом особи, порушуючи її особисті та майнові права.

У цьому зв'язку доцільно розглянути досвід інших розвинутих країн ЄС. Оскільки Україна й Польща є партнерами у напрямі європейської та євроатлантичної інтеграції, досвід, набутий цієї країною є достатньо цікавим та важливим для України.

Беручи до уваги у порівняльній площині положення щодо прав і свобод людини і громадянина, закріплені Конституцією Республіки Польща, слід зазначити, що основний закон цієї країни закріплює право на власність громадян, на інші майнові права, а також право наслідування. Власність, інші майнові права, а також право наслідування є рівними для всіх у правовому захисті. Власність може обмежуватися тільки в порядку закону і тільки в таких межах, в яких він не порушує сутності права власності [7, ст. 64]. Однак, конфіскація речей може мати місце лише у випадках, передбачених законом, і лише на підставі рішення суду, що набрало законної сили [7, ст. 46].

Отже, принцип захисту власності, закріплений в основному законі, належить до основоположних засад конституційної системи Республіки Польща та розуміється як обов'язок держави, що виконується в межах заходів законодавчого характеру, в яких він не порушує сутності права власності. Можна припустити, що у світлі саме цього принципу Конституцією Республіки Польща не передбачено примусове відчуження майна та об'єктів права приватної власності в умовах воєнного стану або особливої загрози навіть за рішенням суду.

Не передбачено примусове відчуження і у Цивільному Кодексі Республіки Польща, нормами якого визначено, що в умовах особливої загрози, задля запобігання небезпеці, що безпосередньо загрожує особистим інтересам особи або третьої особи, власник не може перешкоджати використанню або навіть пошкодженню або знищенню речей іншою особою. Однак він може вимагати відшкодування завданих збитків. [8, § 1 ст. 142 ].

Умови особливої загрози визначено основним законом Республіки Польща, за якими Президент Республіки за поданням Ради Міністрів може запроваджувати відповідний надзвичайний стан:

- військовий стан у разі зовнішньої загрози державі, збройного нападу на територію Республіки Польща або коли зобов'язання спільного захисту від агресії впливає з міжнародного договору;

- надзвичайний стан у разі виникнення загрози конституційному устрою держави, безпеці громадян або громадському порядку на визначений термін не більше 90 днів;

- стан стихійного лиха з метою запобігання наслідкам стихійного лиха або технічних аварій, що несуть ознаки стихійного лиха, та їх ліквідації Рада Міністрів може запровадити

на певний термін, що не перевищує 30 днів, стан стихійного лиха, частково або на всій території держави, який може бути продовжено за згодою Сейму [7, ст. 229, 230, 232].

Принципи діяльності органів державної влади та рамки, щодо яких можуть бути обмежені права та свободи людини та громадянина в період окремих надзвичайних ситуацій, підстави, обсяг та порядок відшкодування майнових втрат, що виникли внаслідок обмеження прав людини в умовах надзвичайного стану тощо визначаються законами «Про воєнний стан і про компетенцію Верховного головнокомандувача Збройними Силами та принципи його підпорядкування конституційним органам Республіки Польща», «Про надзвичайний стан» Республіки Польща, які передбачають особливі ознаки щодо обмежень права власності :

- примусове знесення будівель чи інших будівельних об'єктів або їх частини ;
- користування без згоди власника або іншої уповноваженої особи нерухомим і рухомим майном [9, п.11, п.16. ст.21]

Отже, досліджуючи засадничі положення законодавства Республіки Польща щодо прав і свобод людини і громадянина у відносинах примусового відчуження майна, слід зазначити, що право власності є абсолютним правом. Примусове відчуження індивідуально визначеного майна та перехід права власності до держави законодавством Республіки Польща не передбачено, навіть у мовах воєнного або надзвичайного стану. Право власності можна обмежити лише у виняткових випадках, передбачених законодавством, зокрема шляхом примусового знесення будівель чи інших будівельних об'єктів або їх частини на підставі судового рішення та шляхом користування без згоди власника або іншої уповноваженої особи нерухомим і рухомим майном у встановленому законом порядку та з відшкодуванням майнових втрат, які є наслідком обмеження прав і свобод людини під час дії виняткового становища.

Підсумовуючи вищенаведене підкреслюємо, що закріплені системою норм міжнародного права засади державного суверенітету кожної країни надають їй право визначати свій курс щодо політичного, соціального та економічного розвитку, вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, зокрема визначати зміст права власності, встановлювати його порядок набуття та припинення, в тому числі на підставах примусового відчуження майна з мотивів суспільної необхідності в умовах режиму воєнного та/або надзвичайного стану, застосовувати різні механізми впливу.

Як зазначалося вище, за українським правом під час воєнного стану, військове командування разом із військовими адміністраціями можуть здійснювати примусове відчуження майна, що перебуває у приватній або комунальній власності фізичних або юридичних осіб для потреб держави в установленому законом порядку.

В обставинах сьогодення примусове відчуження майна представляє складний механізм правового регулювання суспільно-правових відносин, який ґрунтується на засадах публічного та приватного права. У цьому зв'язку правовідносини публічно – правового характеру визначають процес утворення державою правових зв'язків між суб'єктами права шляхом прийняття законодавчих актів, норми яких реалізуються через публічні дії конкретними представниками державної влади в межах встановлених повноважень, нормативно закріпленої компетенції і сфери владного впливу. А особливості принципів приватного права визначають цивільно-правові відносини, що становлять суб'єктивне право особи вимагати дотримання належної поведінки від інших суб'єктів у процесі здійснення примусового відчуження майна та поновлення свого порушеного права щодо захисту права власності [10].

Дійсно, у ситуації воєнного стану, коли йдеться про «суспільну необхідність» інтереси держави мають велике значення, а державні органи зобов'язані своєчасно та послідовно діяти, жодним чином не порушуючи визначені законом права власника.

Адже на практиці під час вжиття таких заходів виникає ряд проблем. Примусове відчуження індивідуального майна фізичних або юридичних осіб в умовах воєнного режиму в Україні на сьогодні відбувається на підставі рішення військового командування за погодженням з обласною, районною, міською воєнними адміністраціями або виконавчим

органом відповідної місцевої ради, про що видається Акт за формою, затвердженою Постановою Кабінету Міністрів України № 988 від 31 жовтня 2012 року. Разом з тим, компетентні органи у такому рішенні не вказують власнику майна детальне обґрунтування законодавчо визначених підстав щодо «суспільної необхідності», яка обумовлена загальнодержавним інтересом у відчужуваному майні. У результаті чого спостерігається недотримання пропорційного співвідношення між засобами, які застосовуються, та метою, яку прагнуть досягти. Нормативними актами України недостатньо чітко врегульований механізм примусового відчуження майна, насамперед, яким чином формується потреба держави в індивідуально визначеному майні власників, яка підстава суспільної необхідності такого відчуження, незрозуміла процедура оцінки вартості майна, конкретно не визначено державний орган «Міністерство оборони або органи, які згідно із законом прийняли рішення про примусове відчуження майна», який є відповідальним за компенсацію майна. Також нерозбірливо прописані положення щодо відшкодування коштів власнику майна та інше. Тож, окреслені вимоги законодавства є непередбачуваними та незрозумілими у своєму застосуванні для його учасників, які не відображають принцип правомірних очікувань (*legitimate expectations*).

Властивий сучасному законодавству України механізм примусового відчуження майна в умовах воєнного стану зумовлює необхідність імплементації положень статті 1 Першого протоколу до Конвенції та приписів рішень ЄСПЛ щодо визначення законних підстав, передусім у вигляді формування потреби держави у відчуженні індивідуально визначеного майна, письмово викладеної обґрунтованої цілі втручання держави у майнове право фізичної або юридичної особи, віднаходження «справедливого балансу» між вимогами «суспільної необхідності» держави та вимогами захисту основоположних прав, свобод, інтересів людини і громадянина, а також відповідності принципу пропорційності щодо виплати грошової компенсації власнику позбавленого майна та строків її відшкодування.

У цьому взаємозв'язку визначаємо, що у відносинах примусового відчуження майна законодавчий підхід в існуючому вигляді характеризується у деякій мірі «радянською спадщиною» з властивими їй правовими цінностями та науковою доктриною, де інтереси публічної влади превальювали над інтересами людини, які все ще є досить поширеними та стоять на заваді європеїзації правопорядку. На наш погляд, діючі норми законодавства України у зазначеному контексті порушують особисті та майнові права людини та громадянина.

Отже, сьогодні гостро постає питання новації сутності, принципів та механізму примусового відчуження майна відповідно до європейського загального права (*Jus Commune Europaeum*), гармонізації із законодавством держав-членів ЄС і практики їх застосування.

Висловлюючи абсолютно авторську позицію, вважаємо, що у глобальному вимірі, задля забезпечення прав і свобод людини і громадянина, прагнення розвивати і зміцнювати незалежну, демократичну, правову державу Україну – законодавча норма примусового відчуження майна потребує зміни або скасування шляхом розроблення та прийняття нормативних актів на рівні загальних та спеціальних норм на підставі глибокого правового дослідження цієї проблеми.

У конкретній ситуації сьогодення вкрай важливо вдосконалити окремі положення спеціального законодавства в межах досягнення балансу відображеному приписам рішень ЄСПЛ щодо правових гарантій права власності, зокрема, компетентні органи щодо вчинення дій з примусового відчуження майна, насамперед, повинні мати легітимну ціль публічної політики відповідно до якої зобов'язані чітко обґрунтувати потребу держави у примусовому відчуженні індивідуально визначеного майна відповідно до принципу пропорційності інтересів з дотриманням «справедливого балансу».

В умовах європеїзації українського права проблема механізму примусового відчуження майна потребує подальшого вивчення авторкою.



**Посилання:**

1. Протокол № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_535#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535#Text)
2. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
3. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12.05.2015 р. № 389-УІІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>
4. Про передачу, примусове відчуження або вилучення майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану: Закон України від 17.05.2012 р. № 4765-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4765-17#Text>
5. Фонд «Батьківська турбота» проти України. Рішення ЄСПЛ (Заява № 5876/15). Страсбург від 09.10.2018 р. Остаточне від 09.01.2019 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_d03#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d03#Text).
6. Спорронг і Льоннрот проти Швеції. Рішення ЄСПЛ від 23.09.1982 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_098#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_098#Text).
7. Конституція: Закон Республіки Польща від 02.04. 1997 р. URL: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/rosyjski/kon1.htm>.
8. Цивільний Кодекс: Закон Республіки Польща від 23.04.1964 року. URL: <http://www.przepisy.gofin.pl/przepisy,4,0,9,204,ustawa-z-dnia-23041964-r-kodeks-cywilny1.html>.
9. Про надзвичайний стан: Закон Республіки Польща від 21.06. 2002р. URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20021130985>.
10. Семіног С.В. (2022) Аналіз сутнісно – термінологічних положень примусового відчуження майна. «Дерадянізація» терміну «реквізиція». Юридичний науковий електронний журнал. №10. С. 2011-214. URL: [http://lsej.org.ua/10\\_2022/49.pdf](http://lsej.org.ua/10_2022/49.pdf).
11. Деякі питання здійснення повної компенсації за майно, примусово відчужене в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану : Постанова Кабінету Міністрів України № 988 від 31 жовтня 2012 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998-2012-%D0%BF#Text>.

Статтю було подано	11.12.2022	The article was submitted
Статтю було доопрацьовано	12.12.2022	The article was revised
Статтю було прийнято	15.12.2022	The article was accepted

## НАУКОВЕ ФАХОВЕ ВИДАННЯ

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва  
імені академіка Ф. Г. Бурчака  
Національної академії правових наук України

# ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

*Збірник наукових праць*

Випуск 21, 2022

Верстка макета – Тетяна Попович

Підписано до друку 30.12.2022 Формат 60x84/8  
Обл.-вид. арк. 16,17 Тираж 300 прим. Зам. № 22-012

Видавець Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака  
НАПрН України, вул. Раєвського, 23-а, а/с 136, м. Київ, 01042

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців, виготівників і  
розповсюджувачів видавничої продукції, серія ДК № 4758 від 07.08.2014