

05/20

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

05/20

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)



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

Publisher:

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

Editorial board:

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

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

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

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

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

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

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

Dr. iur. **Azamat Egamberdiev**, Dozent des Lehrstuhls für Staatsrecht und Staatsverwaltung der Taschkenter Staatlichen Juristischen Universität beim Justizministerium der Republik Usbekistan

Partners



Netzwerk Ost-West



Rechtsdialog.org

www.uni-goettingen.de/reos

05/2020

ISSN 2199-6245

ReOS 05 / 2020

Inhaltsverzeichnis

Competition of protection measures for damaged rights of foreign investor in disputes with the recipient state <i>Ashykhmin Ivan</i>	4
Prospects of legal regulations of proceedings regarding a juvenile suspect <i>Babenko Olga</i>	11
Effectiveness as a characteristic of prohibitive criminal law norms <i>Zhdynyak Nataliya</i>	17
Protection of land plots for growing fodder for cattle and their rational use: problems of correlation in the Land Law of Ukraine <i>Magomedova Tetyana</i>	23
Classification of the principle of estoppel in International Law <i>Manuilova Anna</i>	29
The legal nature of the resale right as subject matter to international inheritance <i>Mykhayliv Mariya</i>	35
Situation and ways to enhance the effectiveness and efficiency of law in modern conditions of legal integration in Ukraine <i>Pocheptsov Yurii</i>	42
About the issue of the qualification of intervention in the activities of the defender <i>Tychyna Tetiana</i>	49
Environmental aspects of life cycle cost in public procurement legislation: Ukrainian and European approaches <i>Shevchuk Larisa</i>	57

Competition of protection measures for damaged rights of foreign investor in disputes with the recipient state

Ashykhmin Ivan

*Postgraduate student at the Department of International and European law
National University "Odessa Law Academy", Ukraine*

Disputes almost always arise between participants in international investment activities. Even in the event that the participants in the investment legal relationship have made every effort to ensure the proper performance of obligations, there is a possibility of non-performance. In such situations, the party whose rights have been violated requires equivalent compensation for damages.

In the event of disputes arising from investment agreements, the difficulties of legal regulation are caused by numerous legal conflicts of an ambiguous theoretical approach, the inability to study contractual practice due to the confidential nature of investment agreements. Most states in their national legislation provide for a mechanism to protect the injured party, which guarantees the restoration of its violated rights. At the same time, the protection of the rights and legitimate interests of participants in legal relations is provided for by the legislation of any state. However, potential parties to investment relations need guarantees regarding the fair protection of their violated rights, as well as the execution of decisions made by the competent authorities, which is not always implemented by the recipient state in practice.

The transition to market economic relations, the reform of procedural legislation in many countries contribute to the emergence of new and more accessible ways to resolve disputes, including opening up opportunities for the use of non-state forms of dispute resolution. In the conditions of economic freedom, the need to develop business cooperation, business participants are no longer interested in a long, expensive court procedure, but in flexible, prompt forms of resolving disputes through the use of alternative proceedings. Consequently, a foreign investor will have to choose which method will be more effective and available for a quick, fair resolution of the dispute and restoration of violated rights.

The purpose of this article is to consider the main problems underlying the choice of a method for protecting violated rights of a foreign investor, as well as comparing the main mechanisms for resolving disputes between a foreign investor and a recipient state.

Конкуренция средств защиты нарушенных прав иностранного инвестора в спорах с государством-реципиентом

Ашихмин Иван Михайлович

аспирант кафедры международного и европейского права

Национального университета «Одесская юридическая академия», Украина

Введение

Между участниками международной инвестиционной деятельности практически всегда возникают споры. Даже в том случае, если участники инвестиционных правоотношений прилагали все усилия для обеспечения надлежащего исполнения обязательств, существует вероятность неисполнения.

В таких ситуациях сторона, права которой нарушены, требует равносильную компенсацию убытков.

При возникновении споров, вытекающих из инвестиционных соглашений, трудности правового регулирования обусловлены многочисленными правовыми коллизиями неоднозначного теоретического подхода, отсутствием возможности изучения договорной

практики из-за конфиденциального характера инвестиционных соглашений. Большинство государств в национальном законодательстве предусмотрен механизм защиты потерпевшей стороны, гарантирующий восстановление ее нарушенных прав. В то же время защита прав и законных интересов участников правоотношений предусмотрена законодательством любого государства. Однако потенциальным сторонам инвестиционных отношений необходимы гарантии относительно справедливой защиты своих нарушенных прав, а также исполнения решений, вынесенных компетентными органами, что не всегда выполняется государством-реципиентом на практике.

Переход к рыночным экономическим отношениям, реформирование процессуального законодательства во многих странах способствуют появлению новых и более доступных способов разрешения споров, в том числе открывают возможности для использования негосударственных форм разрешения споров. В условиях экономической свободы, необходимости развития делового сотрудничества участники предпринимательской деятельности больше заинтересованы не в длительной, дорогостоящей судебной процедуре, а в гибких, оперативных формах урегулирования разногласий путем применения альтернативного производства. Следовательно, перед иностранным инвестором предстоит выбор, какой способ будет более эффективен и доступен для быстрого, справедливого разрешения спора и восстановления нарушенных прав.

Целью статьи является рассмотрение основных проблем, лежащих в основе выбора способа защиты нарушенных прав иностранного инвестора, а также рассмотрение основных механизмов разрешения споров между иностранным инвестором и государством-реципиентом инвестиций.

Изложение основного материала

Защита прав иностранного инвестора всегда была ключевым фактором определения

инвестиционного климата государства, принимающего иностранные инвестиции. Иностранные инвестиции имеют более высокий риск, чем внутренние инвестиции, поскольку в большинстве государств преобладает подход стимулирования развития местного бизнеса, более того, принимающее государство может характеризоваться нестабильной политической или экономической системой, неэффективной административной системой, коррумпированностью в эшелонах власти, поэтому для защиты от неблагоприятного макроклимата принимающего государства необходим минимальный международный стандарт обращения и международная система урегулирования споров. Это не означает, что все риски иностранных инвестиций должны быть защищены международным минимальным стандартом в обычном международном праве, например, иностранный инвестор, помимо возможной дискриминации и экспроприации со стороны государства-реципиента, должен учитывать и коммерческие риски.

На данный момент международное право прав человека и принципы равноправия, справедливости и недискриминации международного права являются основой защиты иностранных граждан в соответствии с законодательством об иностранных инвестициях. Кроме того, на практике существует тенденция к расширению защиты через двусторонние инвестиционные договоры (далее – ДИД), соглашения о свободной торговле, региональные торговые соглашения. Однако не стоит забывать о доктрине суверенитета, которая говорит о том, что страны могут экспроприровать или национализировать иностранную собственность, но при наличии общественного интереса, соблюдении надлежащей правовой процедуры, незамедлительной выплате справедливой компенсации. Соответственно, в случае факта экспроприации (национализации) со стороны принимающего государства, смысловая нагрузка будет на выплате незамедлительной, справедливой компенсации. К слову, на данный момент единых критериев

к стандарту компенсации на данный момент не разработано.

Процесс защиты нарушенных прав включает в себя совокупность мер (способов), которые применяются в ответ на недобросовестные действия нарушителя. С точки зрения материального права защита нарушенных прав включает в себя нормы права, определяющие формы, способы и сроки восстановления нарушенных прав и интересов, в том числе и превентивные меры их от нарушений. С точки зрения процессуального права защита подразумевает под собой деятельность, с помощью которой достигается необходимый эффект реализации прав и обязанностей.

В соответствии с п. 3. ст. 2 Устава ООН, Декларацией о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, Заключительным актом Совещания по безопасности и сотрудничества в Европе 1975 г., а также различными международными, двухсторонними и региональными соглашениями, каждое государство и другие субъекты международного права обязаны разрешать споры между собой мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир, безопасность и справедливость¹.

Так, В.М. Стойка определяет защиту прав инвесторов как совокупность способов, установленных законодательством, целью которых является восстановление нарушенных или оспариваемых прав субъектов инвестиционной деятельности, а также применение санкций к нарушителям охраняемых законом прав и интересов².

Следовательно, помимо вопроса о выплате справедливой компенсации, возвращения экспроприированного (национализированного) имущества, защита прав собственности

иностранного инвестора также предполагает и выбор надлежащего способа восстановления нарушенных прав. В зависимости от выбранного средства защиты будет зависеть длительность, исход разрешения спора между сторонами, а также дальнейшая судьба инвестиционной деятельности иностранного инвестора в принимающем государстве.

Судебная и арбитражная защита прав иностранного инвестора осуществляется как на национальном, так и на международном уровнях.

Статьей 9 Соглашения между Украиной и Швейцарской Конфедерацией о содействии и взаимной защите инвестиций предусмотрено, что в случае отсутствия урегулирования спора в письменной форме в течение трех (3) месяцев с даты, на которую он нарушен, такой спор по выбору инвестора подается:

а) в компетентные суды государства Договаривающейся Стороны, на территории которой осуществляется инвестиция; или

б) в арбитраж Международного центра урегулирования инвестиционных споров (МЦУИС), созданного в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, открытого для подписания в Вашингтоне 18.03.1965, в случае доступности такого Центра; или

с) в арбитраж Дополнительного учреждения центра, если только одна из Договаривающихся Сторон является стороной Конвенции, указанной в подпункте (б) настоящего пункта; или

д) к любому арбитражу *ad hoc*, который, если иное не согласовано сторонами в споре, создается согласно Арбитражным правилам Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (UNCITRAL).

Кроме того, в соответствии с ч. 3. ст. 9 вышеуказанного Соглашения между Украиной и Швейцарией, инвестор, который подал на рассмотрение спор в национальный суд,

¹ Бекашев К. Международное публичное право. Москва : Проспект, 1998. 608 с.

² Стойка В.М. Защита прав субъектов инвестиционной деятельности : дисс. ... канд. юрид. наук / НАН Украины, Ин-т экон.-прав. исслед. Донецк, 2003. 156 с. С. 22.

может обратиться в один из арбитражных судов, упомянутых в пунктах 2 (b) – (d), если до вынесения судебного решения на предмет спора национальным судом инвестор сообщает о своем решении отказаться от урегулирования спора с помощью национального судопроизводства и отозвать иск³.

Статьей 8 Соглашения между правительством Украины и правительством Республики Хорватия от 15.12.1997 не предусмотрено разрешение инвестиционных споров с помощью национального судопроизводства. Напротив, в ч. 2 ст. 8 вышеупомянутого Соглашения указано, «если любой спор между инвестором одной Договаривающейся Стороны и другой Договаривающейся Стороной не может быть таким образом решен в течение шести месяцев, инвестор получит право передать это дело на рассмотрение:

(А) Международного Центра для решения инвестиционных споров (МЦУИС), имея в виду соответствующие условия Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, открытой для подписания в Вашингтоне, округ Колумбия, 18.03.1965, когда обе Стороны стали стороной этой Конвенции, или

(В) арбитра или международного *ad hoc* арбитражный суд, основанного согласно Арбитражным правилам Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (UNCITRAL). Стороны в споре могут согласиться письменно изменить эти Правила. Арбитражные решения будут окончательными и обязательными для обеих сторон спора⁴.

Между правительством Украины и правительством Республики Хорватия 21.11.2016 подписан Дополнительный протокол о вне-

сении изменений в вышеуказанное Соглашение. Статья 8 изложена в новой редакции: «Если спор между Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны не может быть решен путем консультаций и переговоров в течение шести (6) месяцев с даты получения Стороной, на территории которой совершено инвестицию, письменного уведомления о его возникновении, спор по просьбе инвестора решается следующим образом:

(А) компетентным судом Договаривающейся Стороны, на территории которой совершено инвестицию, или

(В) путем арбитража в национальных коммерческих арбитражных учреждениях Договаривающихся Сторон, или

(С) через согласительную процедуру или Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), созданный в соответствии с принятой в 18.03.1965 в Вашингтоне Конвенцией о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами, или

(D) путем арбитража *ad hoc* в соответствии с Арбитражными правилами Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (UNCITRAL)»⁵.

Таким образом, вышеуказанные изменения расширили круг компетентных независимых арбитражных органов, а также стало возможно разрешить спор и с помощью судов государства-реципиента.

Что касается урегулирования споров в рамках национальной правовой системы, то государством Украины принят ряд нормативно-правовых актов, которые создают правовую основу для осуществления инвестиционной деятельности как для национальных инвесторов, так и для лиц-нерезидентов:

³ Угода між Україною та Швейцарською Конфедерацією про сприяння та взаємний захист інвестицій від 20.04.1995. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/756_003#Text.

⁴ Угода між Урядом України та Урядом Республіки Хорватія про сприяння та взаємний захист інвестицій від 15.12.1997. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/191_004#Text.

⁵ Додатковий протокол між Урядом України та Урядом Республіки Хорватія про внесення змін до Угоди між Урядом України та Урядом Республіки Хорватія про сприяння та взаємний захист інвестицій від 21.11.2016. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/191_001-16#Text.

– Закон Украины «Об инвестиционной деятельности» от 18.09.1991 № 1560-ХІІ. Определяет общие принципы инвестиционной деятельности и предоставления государством гарантий как национальным, так и иностранным инвесторам;

– Закон Украины «О защите иностранных инвестиций на Украине» от 10.09.1991 № 1540а-ХІІ. Устанавливает, что государство не может реквизировать иностранные инвестиции, за исключением случаев стихийных бедствий, аварий, эпидемий, эпизоотий. Решение о реквизиции иностранных инвестиций принимает Кабинет Министров Украины. Компенсация, которая полагается в этих случаях иностранному инвестору, должна быть адекватной и эффективной;

– Закон Украины «О режиме иностранного инвестирования» от 19.03.1996 № 93/96. Закрепляет гарантии защиты инвестиций при условиях изменения законодательства; гарантии репатриации прибыли, дивидендов и других средств, полученных в результате осуществления иностранных инвестиций; защиту от национализации, неправомерных действий государственных органов, а также их должностных лиц; выплату компенсации и возмещения убытков иностранным инвесторам, возврат инвестиций при прекращении инвестиционной деятельности в Украине. Кроме того, ст. 26 Закона Украины «О режиме иностранного инвестирования» предусмотрено, что споры между иностранными инвесторами и государством по вопросам государственного регулирования иностранных инвестиций и деятельности предприятий с иностранными инвестициями подлежат рассмотрению в судах Украины, если иное не определено международными договорами Украины⁶.

Статьей 397 Хозяйственного кодекса Украины предусмотрены гарантии осуществления иностранных инвестиций, в том числе гаран-

тии относительно принудительного изъятия, а также от незаконных действий органов власти и их должностных лиц.

Вышеуказанные нормы нашли свое применение в Постановлении Одесского апелляционного хозяйственного суда от 05.02.2015 по делу № 916/1022/14. Однако в целом такая практика, исходя из анализа применения защитных механизмов с обращением в суд принимающего государства, иностранным инвестором используется довольно редко, при том что в подавляющем большинстве случаев на практике привлечь государство к ответственности за невыполнение гарантий по защите инвестиций практически невозможно.

Наиболее действенным и эффективным способом защиты иностранным инвестором своих прав является обращение в арбитраж. К основным преимуществам обращения для разрешения споров в арбитраж являются следующие:

- скорость рассмотрения дела;
- возможность участников спора самостоятельно выбирать арбитров, а также обеспечить независимость и компетентность рассмотрения спора;
- рассмотрение споров арбитражем может проходить в закрытом порядке, в том числе арбитражное решение может быть доступно только участникам спора, что дополнительно обеспечивает конфиденциальность рассмотрения и сохраняет коммерческую тайну;
- процедура исполнения арбитражных решений регламентируется Конвенцией ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (Нью-Йоркская конвенция 1958 г.). В ней регламентируется унифицированная процедура, которая позволяет привести к исполнению решение в любой стране, которая ратифицировала данную Конвенцию.

Передача на разрешение спора в арбитраже регламентируется ДИД между Договаривающимися Сторонами-государствами. Но также ДИД предусматривает доарбитражный период урегулирования (*Cooling-off*

⁶ Про режим іноземного інвестування : Закон України від 19.03.1996 № 93/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

period) спора для возможности разрешения спора и удовлетворения претензий мирным путем, не прибегая к затратной процедуре самого арбитражного разбирательства. Данный период, как правило, длится 6 месяцев с момента возникновения спора. Например, ДИД между Украиной и Албанией предусматривает следующую формулировку: «Если таким образом спор не будет разрешен в течение шести месяцев с момента его возникновения, рассмотрение его может быть передано в: а) компетентный суд или арбитраж Договаривающейся Стороны, на территории которой капиталовложения осуществлены; б) Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты; в) третейский суд *ad hoc*, в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) (ст. 6)⁷.

Но в то же время следует отличать доарбитражный период урегулирования спора от консультаций и переговоров как способа урегулирования спора. Например, в п. 2 ст. 6 ДИД между Украиной и США⁸ предусматривается, что в случае возникновения спора Стороны должны пытаться разрешить его путем консультаций и переговоров, что включает в себя и институт посредничества: стороны могут разрешать споры в инвестиционных отношениях с помощью содействия третьей стороны. На практике существует несколько разновидностей медиации. Посредничество может быть предлагаемым, то есть осуществляемым по инициативе третьей стороны, или испрашиваемым, то есть инициируемым самими спорящими сторонами; индивидуальным или коллективным и т.д. Как видно из контекста Договора, здесь подразумевается испрашиваемое посредничество, то есть спорящие стороны сами по взаимной согласованности при-

глашают третью сторону на досудебный этап урегулирования инвестиционного спора.

Если инвестиционное соглашение не содержит положений, относящихся к урегулированию разногласий, рассматриваемые споры будут разрешаться аналогично спорам, основанным на обычных нормах международного права, т.е. в национальных судах принимающего инвестиции государства, а затем, возможно, с применением института дипломатической защиты⁹.

Обычная норма международного права предусматривает, что в случае возникновения спора между государством, принимающим инвестиции, и инвестором спор становится предметом защиты со стороны государства инвестора, только когда все внутренние средства правовой защиты, согласно законодательству принимающей стороны, будут полностью исчерпаны.

По этому поводу Международный Суд ООН в решении по делу *Interhandel*¹⁰ установил, что до обращения с жалобой в Международный Суд в подобных случаях необходимо предоставить возможность государству, где имело место нарушение, исправить данное нарушение собственными средствами, предусмотренными в национальном законодательстве. В решении по делу *Elsi* между США и Италией Международный Суд ООН назвал данную норму «фундаментальным принципом» урегулирования международных споров. Вместе с тем Международный Суд признал, что государства могут по взаимному согласию отказаться от применения данного принципа, но их отказ должен быть явным, а не подразумеваемым¹¹.

Ряд двусторонних международных договоров рекомендует договаривающейся стороне и инвестору договаривающейся стороны отрегулировать возникшие споры путем кон-

⁷ Угода між Урядом України та Урядом Республіки Албанія про сприяння та взаємний захист інвестицій від 25.10.2002. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/008_004#Text.

⁸ Договір між Україною та Сполученими Штатами Америки про заохочення та взаємний захист інвестицій від 04.03.1994. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840_419#Text.

⁹ Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право и процесс. Москва : Проспект, 2010. 415 с. С. 281–282.

¹⁰ Trunk A. Legal Issues of Foreign Investment in Transition Countries. *Osteuroforshund*. 2007. Band 47. 457 p. P 77–78.

¹¹ Ltc.

сультаций. В международной практике применяются две разновидности консультаций: факультативные и обязательные. Факультативными являются консультации, к которым стороны в споре прибегают по взаимному согласию. Обязательные консультации – это такие, применение которых при определенных условиях предусмотрено в международном договоре по требованию любой стороны спора. В международно-правовой доктрине обязательные консультации получили название договорных¹².

Договорные консультации являются самостоятельным способом урегулирования споров и характеризуются следующими главными особенностями. Во-первых, они обусловлены заранее взятым обязательством сторон консультироваться между собой в целях разрешения обозначенных в договоре споров. Во-вторых, такие консультации имеют обязательный характер в том смысле, что они должны проводиться при наличии соответствующих обязательств по требованию любой из сторон, связанной обязательством о консультациях. В-третьих, в ходе консультации стороны должны советоваться друг с другом как равные, гармонизировать, а не противопоставлять свои позиции.

Теперь остановимся на тех соглашениях, которые требуют, чтобы споры между одной из договаривающей стороны и инвестором другой договаривающейся стороны по возможности решались путем консультаций. Например, ст. 8 Соглашения Украины со Швейцарской Конфедерацией содержит следующее: «В целях дружественного разрешения споров между Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны без ущерба для статьи 10 настоящего Соглашения (касающейся споров между

Договаривающимися Сторонами) между сторонами в споре будут проводиться консультации». Таким образом, механизм проведения консультаций применяется наряду с иными вышеперечисленными способами разрешения споров.

Выводы

Многообразие способов защиты нарушенных прав иностранного инвестора дает истцу альтернативы для наиболее благоприятной процедуры разрешения инициированного инвестиционного спора и восстановления нарушенных прав. Однако применение того или иного средства разрешения спора может зависеть не только от желания самого инвестора, но и от особенностей национального законодательства участников спора, оговорки, прописанной в ДИД, предмета спора и т.д.

Нельзя не отметить, что наличие в двухсторонних инвестиционных договорах оговорки относительно досудебного разрешения возникающих противоречий и желание проведения консультаций и переговоров могут снизить эскалацию конфликтных ситуаций при их возникновении. Многие субъекты инвестиционной деятельности, избегая издержек в ходе разрешения споров в судебном/арбитражном порядке, вначале прибегают к консилиационной процедуре. Как правило, подавляющее большинство инвестиционных соглашений предусматривает именно такой начальный способ разрешения разногласий. В данном случае идет речь об эффективности таких методов. Как правило, при незначительных убытках стороны приходят к мирному разрешению существующих разногласий. Данный фактор должен снизить количество судебных/арбитражных процедур и научить стороны находить паритет при осуществлении ими инвестиционной деятельности.

¹² Шаов И.К. Международный правопорядок и пути его совершенствования : дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2004. С. 176–177.

Prospects of legal regulations of proceedings regarding a juvenile suspect

Babenko Olga

*Teacher at the Department of Criminal Law Disciplines and Forensic Examinations
of the Faculty № 1*

Donetsk Law Institute of Ministry of Internal Affairs of Ukraine, Ukraine

<https://orcid.org/0000-0003-4218-21>

The article is devoted to the study of the prospects of legal regulation of proceedings against a juvenile suspect. It is emphasized that the long-term existence of criminal procedural regulation of proceedings against minors has not provided effective protection of the rights and freedoms of minors involved in the criminal procedural sphere. First of all, this applies to those minors who are suspected of committing a criminal offense, as they are being prosecuted for the purpose of exposing and prosecuting. It is noted that pre-trial preparation of materials is currently carried out mainly in the absence of a court and through the use of standard criminal procedural procedures that do not take into account the specifics of social, psychological and intellectual development of a juvenile suspect. It is determined that the provisions governing pre-trial proceedings (features of proceedings) against minors should be excluded from the content of the provisions of the Criminal Procedure Law of Ukraine. It is necessary to develop separate procedural regulations to regulate an alternative, child-friendly juvenile procedure. It is concluded that the provisions of international regulations and recommendations and the scientific views of scientists on the juvenile suspect are the basis for a separate standardization of an alternative (out of criminal proceedings) mechanism to ensure the rights and legitimate interests of this participant in criminal conflict. In this regard, it seems appropriate to talk about the “removal” of a juvenile suspect from criminal proceedings and “introduction” into the juvenile justice system. It is stated that “green rooms” or “child-friendly rooms” should be used not only for juvenile witnesses and victims, but also for juvenile suspects. The latter, like other juveniles, has features of intellectual and psychological development, which should be taken into account when obtaining explanations and testimony in criminal proceedings. It is concluded that one of the alternative tools to ensure the rights and legitimate interests of a juvenile suspect in criminal proceedings is the introduction of a special method of interrogation “Green Room” or “Child-Friendly Room”.

Перспективи правової регламентації провадження щодо неповнолітнього підозрюваного

Бабенко Ольга Георгіївна

*викладач кафедри кримінально-правових дисциплін та судових експертиз
факультету № 1*

*Донецького юридичного інституту Міністерства внутрішніх справ України, Україна
<https://orcid.org/0000-0003-4218-21>*

Вступ

Тривале існування кримінального процесуального регулювання провадження щодо неповнолітніх не забезпечило ефективний захист

прав і свобод неповнолітніх, які залучалися до кримінальної процесуальної сфери. Насамперед це стосується тих неповнолітніх, які підозрюються у вчиненні кримінального правопорушення, оскільки проти них здійснюється

кримінальне переслідування з метою викриття й притягнення до кримінальної відповідальності. Тому дослідження перспектив правової регламентації провадження щодо неповнолітнього підозрюваного є актуальним питанням.

Різні питання кримінального провадження стосовно неповнолітніх досліджували такі вчені, як Є.М. Гідулянова, Ю.В. Гошовська, О.М. Крукевич, Т.І. Мальована, В.В. Романюк, Ю.П. Тимошенко, О.Ю. Хахуцяк, Р.С. Холод, О.О. Юхно та інші. Водночас учені розглядали лише загальні аспекти кримінальної процесуальної діяльності щодо неповнолітніх, науковці не акцентували уваги на визначенні перспектив кримінального процесуального регулювання провадження стосовно неповнолітнього підозрюваного.

У зв'язку з цим **метою статті** є дослідження перспектив правової регламентації провадження щодо неповнолітнього підозрюваного.

Виклад основного матеріалу

У юридичній літературі по-різному окреслюються підходи до перебудови традиційної системи кримінального провадження щодо неповнолітніх у новітню систему ювенального провадження. Викладені в правовій доктрині позиції щодо цього питання можна умовно поділити на два блоки: 1) удосконалення чинної системи кримінальної юстиції під потреби ювенального правосуддя¹; 2) створення альтернативних механізмів стосовно вирішення кримінально-правових конфліктів за участю неповнолітніх².

¹ Крукевич О.М. Здійснення правосуддя у кримінальному провадженні за участю неповнолітніх осіб : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2017. С. 81, 98–100, 119–122; Веселов М.Ю. Ювенальна юстиція у системі забезпечення прав дітей: адміністративно-правові засади. Житомир : Вид. О.О. Євенок, 2020. С. 394–398.

² Шестакова Л.А. Реализация концепции ювенальной юстиции в производстве по делам несовершеннолетних в Российской Федерации: генезис, современность и перспективы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Самара, 2015. С. 13–14, 17; Терегулова А.И. Обеспечение прав и законных интересов несовершеннолетних подозреваемых, обвиняемых в контексте рационализации стадии предварительного расследования : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Уфа, 2019. С. 144–145, 150.

Сучасний період розвитку кримінального процесуального законодавства відрізняється орієнтиром на міжнародні принципи та засади забезпечення прав і свобод неповнолітніх підозрюваних (обвинувачених), що насамперед виявляється у пропозиціях щодо унормування окремого альтернативного провадження, дружнього до дитини.

Підґрунтям зазначених пропозицій стали нормативні приписи міжнародно-правових актів у сфері захисту прав і свободи дитини, зокрема положення Конвенції ООН про права дитини, що 27 лютого 1991 року ратифікована Верховною Радою Української РСР³.

Так, ч. 1 ст. 40 Конвенції ООН про права дитини закріплює право кожної дитини, яка, як уважається, порушила кримінальне законодавство, звинувачується або визнається винною в його порушенні, на таке поведження, що сприяє розвиткові в дитини почуття гідності й значущості, зміцнює в ній повагу до прав людини й основних свобод інших і при якому враховуються вік дитини й бажаність сприяння її реінтеграції та виконання нею корисної ролі в суспільстві. Положення ч. 3 вказаної статті передбачають, що держави-учасниці Конвенції прагнуть сприяти створенню законів, процедур, органів та установ, що мають безпосередній стосунок до дітей, які, як уважається, порушили кримінальне законодавство, звинувачуються чи визнаються винними в його порушенні, зокрема в разі необхідності й бажаності вжиття заходів щодо поведження з такими дітьми без використання судового розгляду за умов повного додержання прав людини та правових гарантій⁴. Отже, у змісті вказаного фундаментального правового акта наголошується на доцільності застосування альтернативного (позасудового) механізму вирішення кримінально-правового спору, учасником котрого є неповнолітня особа.

³ Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text.

⁴ Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text.

Причому елементами цього механізму мають бути спеціальні (ювенальні) правові норми, юридичні процедури й уповноважені органи.

Крім Конвенції ООН про права дитини, на потребі створення альтернативних механізмів розв'язання кримінально-правових конфліктів акцентується в змісті Рекомендації № Res (2003) 20 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про нові підходи до злочинності серед неповнолітніх і про значення правосуддя у справах неповнолітніх» від 24 вересня 2003 року. Зокрема, положеннями п. 7 цього рекомендаційного акта закріплюється, що необхідно продовжувати створення нових дієвих альтернатив офіційному кримінальному переслідуванню. Ці альтернативи мають бути частиною звичайної процедури, відповідати принципу співмірності, відображати інтереси неповнолітнього та, як правило, застосовуватися виключно у справах, у яких неповнолітній визнає свою вину⁵.

Також у положеннях розділу 4 «Правосуддя, дружнє до дітей, до, під час і після судового розгляду» Керівних принципів Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей, що прийняті Комітетом міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 року, указується на необхідність заохочення альтернативних механізмів вирішення конфліктів щодо дітей. Так, у п. п. 24, 26 відмічається, що альтернативи судовому розгляду, такі як посередництво, заміна (судових механізмів) та альтернативні методи вирішення спорів, повинні заохочуватися в будь-який час, якщо вони можуть найкращим чином слугувати інтересам дитини, а процес, альтернативний судовому розгляду, має забезпечувати еквівалентний рівень правових гарантій⁶.

⁵ Рекомендація № Res (2003) 20 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про нові підходи до злочинності серед неповнолітніх і про значення правосуддя у справах неповнолітніх» від 24 вересня 2003 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_865#Text.

⁶ Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей, прийняті Комітетом міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 року. URL: <https://rm.coe.int/16804c2188>.

На державному рівні наведені аспекти частково окреслені в Національній стратегії реформування системи юстиції щодо дітей на період до 2023 року. У змісті вказаного документа серед основних проблем виокремлено таку як низький рівень розвитку альтернативних судовим провадженням механізмів⁷.

Попри те що перераховані нормативні та рекомендаційні акти орієнтують вітчизняне законодавство на правову регламентацію альтернативних судовим способом вирішення кримінально-правових конфліктів за участю неповнолітнього, уважаємо за необхідне відмітити доцільність окремого врегулювання альтернативних досудовому розслідуванню правових процедур, оскільки саме під час досудового провадження в кримінальному процесі істотно обмежуються права та свободи неповнолітньої особи, яка підозрюється в учиненні злочину. По суті, щодо неповнолітнього потенційного правопорушника здійснюється повноцінна кримінальна процедура (за винятком незначних додаткових гарантій прав і свобод, які на практиці формально реалізуються), що передбачена чинним КПК України.

Досліджуючи предмет кримінального процесуального регулювання, Т.О. Лоскутов зазначає, що зі змісту предмета регулювання КПК України доцільно в тому числі виключити норми, які регламентують провадження щодо застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх, котрі не досягли віку кримінальної відповідальності. Провадження щодо застосування примусових заходів виховного характеру необхідно врегулювати в окремому нормативно-правовому акті. Автор зауважує, що окрема (спеціальна) правова регламентація проваджень щодо застосування примусових заходів виховного характеру буде сприяти підвищенню рівня забезпечення прав і законних інтересів осіб,

⁷ Національна стратегія реформування системи юстиції щодо дітей на період до 2023 року, схвалена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 грудня 2018 року № 1027-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1027-2018-%D1%80#Text>.

які не досягли віку кримінальної відповідальності⁸.

Позиція вченого виглядає цілком справедливою, оскільки закріплення в КПК України процедури реалізації заходів примусового виховного характеру є не логічним, з огляду на те що відповідна особа не досягає мінімального віку, з якого можливе настання кримінальної відповідальності. І тому окреме регулювання дійсно є необхідним для збільшення дієвості самого кримінального провадження та бажаним для покращення захисту прав і свобод неповнолітніх осіб.

Разом із тим окреме законодавче регулювання правової процедури розв'язання кримінально-правових конфліктів є доцільним не лише для неповнолітніх, які не мають мінімальної вікової характеристики для притягнення до кримінальної відповідальності, а й для інших (усіх) неповнолітніх, які досягли відповідного віку та підозрюються в учиненні кримінального правопорушення. Особливо важливим цей підхід є для досудової підготовки матеріалів, що нині здійснюється переважно за відсутності суду та шляхом застосування типових кримінальних процесуальних процедур, які не враховують специфіки соціального, психологічного та інтелектуального розвитку неповнолітнього підозрюваного.

Ми підтримуємо Є.М. Гідулянову, яка виокремлює необхідність створення спеціальної групи процесуальних норм, за яких відбуватиметься ювенальне провадження⁹. Уважаємо, що вказана необхідність ще більше актуалізується стосовно неповнолітнього підозрюваного, стосовно якого нині здійснюється досудове кримінальне переслідування за правовими приписами КПК України. Норми останнього уможливають загальну (за певними винятками) процедуру викриття неповнолітнього в учиненні кримінального

правопорушення, що не можна визнати дружньою до дитини.

На наш погляд, зі змісту положень КПК України варто виключити приписи, які регламентують досудове провадження (особливості провадження) щодо неповнолітніх. Потрібно розробити окремі процесуальні нормативні положення для регулювання альтернативної, дружньої до дитини ювенальної процедури розв'язання кримінально-правового конфлікту за участю неповнолітнього. Такі зміни забезпечать «виведення» неповнолітнього підозрюваного за межі кримінальної процедури й «уведення» до системи ювенального правосуддя.

Окрім «відокремленого» унормування, актуальним питанням є запровадження прогресивних інструментів роботи з неповнолітніми, які підозрюються в учиненні кримінальних правопорушень. Одним із таких сучасних інструментів є спеціальна методика допиту «зелена кімната» або «кімната, дружня до дитини».

Така методика розроблена для України з урахуванням найкращого міжнародного досвіду, який передбачає проведення допиту так, щоб не травмувати дитину й водночас зібрати всі необхідні факти для доказування чи спростування вини підозрюваного¹⁰.

Міжнародні стандарти, національне законодавство встановлюють, що допит має бути проведений в атмосфері, дружній до дитини, з урахуванням її інтересів. Альтернативою допиту дитини вдома, за місцем учинення злочину, у школі є допит дитини в «зеленій кімнаті» або іншому приміщенні з урахуванням методики «зеленої кімнати»¹¹.

К.Б. Левченко, М.В. Євсюкова загалом справедливо вказують, що дружні до дітей

⁸ Лоскутов Т.О. Предмет регулювання кримінального процесуального права : монографія. Київ : Юридичний світ, 2016. С. 121–122.

⁹ Гідулянова Є.М. Кримінальне провадження у справах малолітніх : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2008. С. 7.

¹⁰ Сльозка Є. Дослідження передумов запровадження нової практики допиту/опитування дитини, яка постраждала від сексуального насильства. *Жіночий консорціум України за підтримки VICE (Міжнародного католицького бюро дитини) та OAK Foundation*. 2015. С. 32. URL: https://rescentre.org.ua/images/Uploads/Files/child_witness_dl/doslidzhennya_press_12.pdf.

¹¹ Мальована Т.І. Місце проведення допиту дитини, яка потерпіла від злочину у кримінальному провадженні. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 3. С. 183.

«зелені кімнати» створені з метою проведення опитування (допитів) дітей, які є учасниками в кримінальних справах, у яких вони фігурують як потерпілі чи свідки, в умовах, що мінімізують повторну травматизацію психіки дитини¹².

Разом із тим нам видається, що «зелені кімнати» або «кімнати, дружні до дитини» мають використовуватися не лише стосовно неповнолітніх свідків і потерпілих, а й щодо неповнолітнього підозрюваного. Останній також, як й інші неповнолітні, має особливості інтелектуального та психологічного розвитку, котрі варто враховувати під час одержання пояснень і показань у кримінальному провадженні.

Такий же уніфікований підхід до використання «зеленої кімнати» або «кімнати, дружньої до дитини» незалежно від процесуального становища неповнолітнього простежується в положеннях Національної стратегії реформування системи юстиції щодо дітей, у якій установлюється, що для вдосконалення системи досудового розслідування необхідно забезпечити єдиний підхід до допиту дітей незалежно від їхнього статусу в кримінальному провадженні (у тому числі підозрюваного), зокрема з використанням таких спеціальних методик, як «зелена кімната»¹³.

У процесуальній теорії існує протилежна позиція. Зокрема, О.М. Процюк вважає, що неповнолітніх підозрюваних треба допитувати не в «зеленій кімнаті», а кабінеті слідчого. Цю позицію автор підтверджує результатами аналізу матеріалів кримінальних проваджень і проведеним анкетуванням слідчих¹⁴. Ми не можемо погодитися з такою точкою зору, тому

¹² Левченко К.Б., Євсюкова М.В. «Зелені кімнати»: нормативно-правове забезпечення функціонування / за заг. ред. О.М. Бандурки, К.Б. Левченко. Київ: ТОВ «Агентство «Україна», 2012. С. 11.

¹³ Національна стратегія реформування системи юстиції щодо дітей на період до 2023 року, схвалена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 грудня 2018 року № 1027-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1027-2018-%D1%80#Text>.

¹⁴ Процюк О.М. Кримінальна процесуальна регламентація й тактика допиту неповнолітнього підозрюваного: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2017. С. 62.

що неповнолітній підозрюваний, з огляду на свій вік і соціальний розвиток також перебуває у вразливому стані, що ускладнює реалізацію кримінального процесуального статусу та потребує застосування альтернативних інструментів забезпечення прав і законних інтересів, одним із яких є «зелена кімната» або «кімната, дружня до дитини».

Крім того, висунута щодо неповнолітнього підозра може не підтвердитися під час подальшого розслідування та, як наслідок, анульована (скасована). Це буде свідчити про кримінальне переслідування невинної неповнолітньої особи шляхом реалізації процесуальних засобів, що не пристосовані до особливостей соціального та психологічного становлення такої особи. У результаті вказаної кримінальної процесуальної діяльності органи розслідування можуть негативно вплинути розвиток неповнолітнього та майбутню соціалізацію в суспільстві.

На наше переконання, методика допиту «зелена кімната» або «кімната, дружня до дитини» повинна застосовуватися щодо всіх процесуальних категорій неповнолітніх, включаючи неповнолітнього підозрюваного. Його вразливе процесуальне становище обумовлює використання наведеного альтернативного інструменту забезпечення прав і законних інтересів у межах кримінального провадження.

Висновки

Положення міжнародних нормативних і рекомендаційних актів і наукові погляди вчених щодо неповнолітнього підозрюваного є підґрунтям для окремого унормування альтернативного (поза кримінальним провадженням) механізму забезпечення прав і законних інтересів цього учасника кримінально-правового конфлікту. У зв'язку з цим видається доцільним вести мову про «виведення» неповнолітнього підозрюваного за межі кримінальної процедури та «введення» до системи ювенального правосуддя.

Одним із альтернативних інструментів забезпечення прав і законних інтересів неповнолітнього підозрюваного в межах кримінального провадження є запровадження спеціальної методики допиту «зелена кімната» або «кімната, дружня до дитини».

Перспективи подальших розвідок у цьому науковому напрямі можна визначити так: установлення інших аспектів удосконалення правових процедур щодо неповнолітнього підозрюваного; дослідження юридичного статусу неповнолітнього підозрюваного.

Effectiveness as a characteristic of prohibitive criminal law norms*Zhdynyak Nataliya**Lecturer at the Department of Criminal Law and Criminology**Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine*

The article conducts a theoretical study of effectiveness as a characteristic of prohibitive criminal law norms. It is substantiated that to assess the effectiveness of the prohibitive criminal law norm it is necessary to take into account two components – the potential and real effectiveness of the prohibitive criminal law norm.

The potential (theoretical, predictable) effectiveness of prohibitive criminal law norms is considering, and it is emphasized that before the entry into force of the prohibitive criminal law norm we can only predict its effectiveness, as well as carry out its qualitative and meaningful assessment.

Qualitative (substantive) assessment performance evaluation of the effectiveness of prohibitive criminal law norms to apply by the criterion is offering – a perfection of prohibitive criminal law norm in terms of content and form, determining by the quality of a prohibitive criminal law norm. Thus, the criterion by which potential effectiveness is assessed of prohibitive criminal law norms is quality of a norm.

The real effectiveness of prohibitive criminal law norms, which is manifested and established in the process of their realization by the subjects, is characterizing. Actually at implementation of norm in life which is carried out by means of the mechanism of realization of prohibitive criminal law norms, the corresponding prohibitive criminal law norm is realized by observance by the corresponding subjects.

Thus, to quantify the effectiveness of prohibitive criminal law norms, we use a targeted approach to assessing the effectiveness of the law norm, which is to compare two fundamental categories: “purpose” and “result”.

The purpose of the prohibitive criminal law norm is protection of the most important public relations from criminal illegal encroachments by deterring subjects from committing a criminal offense under threat of applying punishment; the result is the deterrence of subjects from committing a criminal offense. The more the result of the realization of the prohibitive criminal law norm corresponds to its purpose, the more effectiveness it is endowed.

It is emphasized that the assessment of the effectiveness of prohibitive criminal law norms should be comprehensive, taking into account both qualitative and quantitative assessment of the effectiveness of prohibitive criminal law norms.

It is concluded that the effectiveness of the prohibitive criminal law norm is a property of the norm, its qualitative and quantitative characteristics, which consists in the potential opportunity and real ability of the prohibitive criminal law norm to influence the behavior of the subject in order to refrain from committing a criminal offense under threat of punishment, which is determined by the quality of the prohibitive criminal law norm and the mechanism of its realization.

Ефективність як характеристика забороняючих кримінально-правових норм*Ждиняк Наталія Петрівна**викладач кафедри кримінального права і кримінології**Львівського національного університету імені Івана Франка, Україна*

Вступ

Забороняючі кримінально-правові норми покликані забезпечити охорону найбільш важливих суспільних відносин, тому необхідні чіткі уявлення про їх ефективність. Наскільки відповідній забороняючій кримінально-правовій нормі вдається виконувати своє функціональне призначення та досягати поставленої мети, демонструє така її характеристика, як ефективність.

Важливість дослідження забороняючих кримінально-правових норм складно переоцінити, оскільки правильно зазначає В.Д. Філімонов: «Соціальний зміст кримінального права визначається головним чином тими його нормами, які передбачають відповідальність за вчинення конкретних злочинів»¹.

Проблематика ефективності правових норм не є новою для юридичної науки. До питання ефективності в галузі кримінально-правових норм зверталися такі вчені, як Ю.В. Баулін, В.Н. Бурлаков С.А. Домахін, В.С. Дячков, Г.А. Злобін, І.І. Карпець, М.В. Карчевський, Н.Ф. Кузнєцова, Н.А. Лопашенко, Ю.В. Нікітін, Е.А. Письменський, А.І. Рарог, І.А. Рощина, В.В. Сташис, П.С. Тоболкін, І.Г. Філановський, П.В. Хряпінській, М.Д. Шаргородський, В.І. Шмаров та інші.

«Визначення ефективності в різних галузях права за своєю сутністю має бути одноплановим, однозначним і водночас урахувати специфіку регульованих суспільних відносин»².

Метою статті є дослідження ефективності як характеристики забороняючих кримінально-правових норм.

Виклад основного матеріалу

Одним із перших питань, що виникає під час визначення ефективності забороняю-

чих кримінально-правових норм, є питання: ефективність забороняючих кримінально-правових норм варто визначати в динаміці чи потрібно досліджувати в статичності? Чи варто досліджувати ефективність забороняючих кримінально-правових норм до набрання нормою чинності (коли норма ще не діє й, відповідно, не впливає на суспільні відносини, тобто перебуває в статичності), чи ефективність забороняючих кримінально-правових норм – це характеристика лише чинних забороняючих кримінально-правових норм, що після набрання нормою чинності впливає на суспільні відносини (тобто є в динаміці)? На нашу думку, це питання необхідно вирішувати в такий спосіб.

Прийняття будь-якої забороняючої кримінально-правової норми передбачає бажання законодавця досягнення певної мети. Ефективність забороняючої кримінально-правової норми демонструє, чи вдалося законодавцю за допомогою відповідної забороняючої кримінально-правової норми досягнути мети утримання суб'єкта від учинення кримінального правопорушення. Звісно, така мета не може бути досягнутою до моменту набрання нормою чинності.

Отже, до набрання чинності забороняючої кримінально-правової норми (коли норма перебуває в статичності) ми можемо лише прогнозувати її ефективність, говорити про її теоретичну (потенційну) можливість забороняючої кримінально-правової норми реалізувати волю законодавця, досягати поставленої мети, проявити себе після набрання чинності нормою.

З визначенням ефективності як «об'єктивної можливості», «здатності» застосовуваного засобу сприяти досягненню бажаної мети не погоджується В.І. Нікітинський, оскільки під ефективністю правових норм розуміє результативність їх впливу на регульовані суспільні відносини³.

¹ Філімонов В.Д. Норма уголовного права. Санкт-Петербург : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. С. 12.

² Попов Л.Л., Шергин А.П. Управление, гражданин, ответственность. Москва : Наука, 1975, С. 181.

³ Никитинский В.И. Эффективность норм трудового права. Москва : Юридическая литература, 1971. С. 12.

Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає здатність так: властивість за значенням здатний: 1) який може, уміє здійснювати, виконувати, робити що-небудь, поводити себе певним чином // придатний для кого, чого-небудь, на щось годящий⁴.

Проте, на нашу думку, варто погодитися з З.Д. Єнікєєвим, що «прогнозування творчих можливостей законів, що приймаються, – це одна з найважливіших вимог законодавчої діяльності, такими потенційними можливостями повинна володіти будь-яка юридична норма»⁵.

У літературі зустрічаються терміни «потенційна ефективність», «прогнозована ефективність», «розрахункова ефективність», «теоретична ефективність» правових норм. Науковці, що застосовують ці терміни, фактично розуміють під ними одне й те саме: певну властивість, закладену законодавцем під час прийняття правової норми.

Проте В.С. Дячков уважає ефективність властивістю не самої кримінально-правової норми, а властивістю її дії та зазначає: «... ефективність не можна вважати внутрішньою властивістю самої кримінально-правової норми, узятій в її статичному стані. Інакше ми мимоволі обмежимо себе оцінкою ролі кримінального закону з погляду його досконалості, безпідставно упускаючи соціологічний аспект його дії»⁶, адже «властивість – якість, ознака, характерні для кого-, чого-небудь»⁷;

⁴ Великий тлумачний словник сучасної української мови / голов. ред. В.Т. Бусел ; редактори-лексикографи : В.Т. Бусел, М.Д. Василюга-Дерибас, О.В. Дмитрієв, Г.В. Латник, Г.В. Степенко. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. С. 453.

⁵ Єнікєєв З.Д. К вопросу о понятии и критериях эффективности правовых категорий. Эффективность борьбы с преступностью и совершенствование законодательства в свете Конституции СРСР. Межвузовский сборник Уфа. Изд-во Башкирского университета. 1980. С. 78, 82.

⁶ Дячков В.С. Механизм эффективного действия норм советского уголовного права : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Ленинград, 1982. С. 57–58.

⁷ Великий тлумачний словник сучасної української мови / голов. ред. В.Т. Бусел ; редактори-лексикографи : В.Т. Бусел, М.Д. Василюга-Дерибас, О.В. Дмитрієв, Г.В. Латник, Г.В. Степенко. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. С. 194.

властивість – це якість, що являє собою відмінну особливість чого-небудь.

Отже, виникає питання: чи можна вважати ефективність ознакою, первинно притаманною забороняючій кримінально-правовій нормі, що відрізняє її від інших, чи можна про ефективність вести мову ще в момент створення норми до набрання забороняючою кримінально-правовою нормою чинності?

На нашу думку, ефективність забороняючих кримінально-правових норм не можна обмежувати її внутрішньою властивістю. Проте вважаємо, що потенційну ефективність забороняючих кримінально-правових норм необхідно виділяти та досліджувати, адже це дає змогу ще до набрання чинності норми визначити потенційний вплив, що здійснюватиме забороняюча кримінально-правова норма на суспільні відносини, установити чинники, що сприятимуть чи перешкоджатимуть реалізації норми, і врахувати це під час її моделювання.

Як саме можна проводити оцінювання потенційної ефективності забороняючих кримінально-правових норм, за якими критеріями її визначати?

Для виконання своїх функцій і завдань забороняючі кримінально-правові норми повинні бути наділені такими властивостями, які б забезпечили охорону найважливіших суспільних відносин від кримінально-протиправних посягань, а також запобігання кримінальним правопорушенням. Ці властивості визначені наперед і закладаються законодавцем під час прийняття норми, тобто мова йде про певну сукупність властивостей забороняючих кримінально-правових норм, необхідних і достатніх для врегулювання відповідних суспільних відносин. Власне, вони визначатимуть якість забороняючої кримінально-правової норми, якість як змісту, так і форми забороняючих кримінально-правових норм.

У тлумачному словнику якість визначається як внутрішня визначеність явища, яка становить специфіку, що відрізняє його від усіх інших; ступінь вартості, цінності,

придатності чого-небудь для його використання за призначенням, та чи інша характерна ознака, властивість, риса кого, чого-небудь⁸.

Складність дослідження якості забороняючих кримінально-правових норм спричинена специфікою самої категорії «якість», оскільки вона не має кількісного вираження, а відтак можливе лише проведення її змістовного аналізу. Отже, оцінювання потенційної ефективності необхідно проводити на основі показників, що характеризують якість забороняючої кримінально-правової норми, тобто свідчать про досконалість змістової та формально-юридичної сторін норми. Отже, на нашу думку, якість забороняючих кримінально-правових норм визначається: 1) внутрішньою досконалістю кримінально-правової норми – характеризує зміст норми; 2) зовнішньою досконалістю – характеризує форму кримінально-правової норми.

Ефективність забороняючої кримінально-правової норми закладена в самій нормі, існує лише як можливість. Урахування та узгодження законодавцем під час прийняття забороняючих кримінально-правових норм усіх ознак, що характеризують їх з погляду змісту й форми та визначають їх якість, становлять початковий момент проведення досліджень ефективності забороняючих кримінально-правових норм.

Отже, критерієм, за яким оцінюється потенційна ефективність забороняючих кримінально-правових норм, є якість норми. Дослідження потенційної ефективності забороняючих кримінально-правових норм можливе за допомогою методів теоретико-якісного, змістового аналізу.

Звісно, ефективність забороняючих кримінально-правових норм – це передусім якісна їх характеристика, проте для всебічного аналізу її недостатньо, тому є доречним

визначення ефективності забороняючих кримінально-правових норм із використанням кількісних методів, оскільки своє реальне буття забороняюча кримінально-правова норма отримує в процесі її реалізації, у взаємодії з реальними суспільними відносинами. Дослідження забороняючих кримінально-правових норм у динаміці часто називають реальною ефективністю забороняючої кримінально-правової норми, оцінювання якої дає змогу отримати відповідні кількісні показники дослідження.

Новий тлумачний словник української мови термін «ефективний» трактує так: 1) який приводить до потрібних результатів, наслідків, дає найбільший ефект; 2) який викликає ефект⁹. Але як саме ми визначимо, чи ефективною є забороняюча кримінально-правова норма, знаючи лише наслідок її впливу? Очевидно, важливо, яка мета ставилася законодавцем під час прийняття конкретної забороняючої кримінально-правової норми.

У науковій літературі зустрічаються різні класифікації мети правової норми, а саме: тактична і стратегічна, юридична й соціальна, безпосередня (власне юридична) та кінцева (загальносоціальна). Крім того, звертається увага, що важко встановити конкретну мету, яка повинна розглядатися відправною точкою під час визначення ефективності правового регулювання, оскільки під час розроблення й установаження норм права орієнтуються на багато різних цілей.

Щодо мети відповідної правової норми ми підтримуємо позицію А.І. Екімова, згідно з якою у склад норми права (на відміну від нормативних актів) може входити лише найближча мета, бо лише вона забезпечена всіма необхідними засобами для здійснення в цей період часу¹⁰. Головна мета норми завжди

⁸ Великий тлумачний словник сучасної української мови / голов. ред. В.Т. Бусел ; редактори-лексикографи : В.Т. Бусел, М.Д. Василюга-Дерибас, О.В. Дмитрієв, Г.В. Латник, Г.В. Степенко. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. С. 1647.

⁹ Великий тлумачний словник сучасної української мови / голов. ред. В.Т. Бусел ; редактори-лексикографи : В.Т. Бусел, М.Д. Василюга-Дерибас, О.В. Дмитрієв, Г.В. Латник, Г.В. Степенко. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. С. 358.

¹⁰ Екімов А.И. Категория «цель» в советском праве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Ленинград, 1970. С. 10.

виражається в диспозиції норми, зазначає А.Г. Бартко¹¹.

Отже, критерієм, за яким ми зможемо проводити кількісну оцінку ефективності забороняючих кримінально-правових норм, є найближча мета забороняючої кримінально-правової норми, виражена в диспозиції відповідної норми, а саме це охорона найважливіших суспільних відносин від кримінально-протиправних посягань і запобігання кримінальним правопорушенням, що досягається забезпеченням необхідної поведінки, зокрема дотриманням суб'єктами в процесі реалізації забороняючих кримінально-правових норм кримінально-правових заборон.

Ефективність є властивістю, що характеризує результат, засіб впливу через взаємозв'язок результату й мети такого впливу. Чому ж ми говоримо, що мета забороняючої кримінально-правової норми – це критерій для її кількісної оцінки? Тому що саме з метою прийняття забороняючих кримінально-правових норм відбувається порівняння результатів їх реалізації. Отже, критеріями визначення реальної ефективності забороняючих кримінально-правових норм, що дасть змогу отримати кількісні показники ефективності забороняючих кримінально-правових норм, є категорії «мета» та «результат».

З урахуванням наведеного, щоб відповідні властивості забороняючої кримінально-правової норми щодо змісту й форми норми «запрацювала», необхідні відповідні механізми для її реалізації. Як зазначає А.В. Кузнецов, лише нормальне функціонування «механізму» забезпечує необхідний перехід властивостей норм кримінального права (нормативності, формальної визначеності, примусовості) у стійку організованість і впорядкованість суспільних відносин¹².

Тобто від здатності механізму реалізації забороняючих кримінально-правових норм

реалізувати закладені в них якісні властивості залежить, у кінцевому підсумку, ефективність забороняючої кримінально-правової норми.

Отже, ефективність забороняючої кримінально-правової норми визначається як властивість, здатність забороняючої кримінально-правової норми забезпечити належну та достатню охорону найбільш важливих суспільних відносин, охоронюваних кримінальним законом. Ефективність забороняючих кримінально-правових норм однаково визначають і становлять у своїй сукупності якість забороняючих кримінально-правових норм, а також механізм реалізації забороняючих кримінально-правових норм, кожен із них характеризується своїм змістом, умовам, що впливають на їх ефективність, критеріями та показниками.

Оцінювання ефективності забороняючих кримінально-правових норм повинно мати комплексний характер. Отримання репрезентативних результатів дослідження ефективності забороняючих кримінально-правових норм можливе лише в тому випадку, коли оцінювання ефективності забороняючої кримінально-правової норми здійснюється з урахуванням як якісної, так і кількісної оцінки ефективності забороняючих кримінально-правових норм.

Отже, ефективність забороняючих кримінально-правових норм визначається якістю забороняючої кримінально-правової норми, що закладається законодавцем у процесі правотворчої діяльності (потенційна ефективність), і дієвістю механізму реалізації забороняючих кримінально-правових норм, за допомогою якого зміст норми втілюється в поведінці конкретних суб'єктів (реальна ефективність). Для оцінювання ефективності забороняючої кримінально-правової норми необхідно враховувати два складники: потенційну та реальну ефективність забороняючої кримінально-правової норми.

З урахуванням наведеного ефективність забороняючої кримінально-правової

¹¹ Братко А.Г. Запреты в советском праве. Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1979. С. 21.

¹² Кузнецов А.В. Уголовное право и личность. Москва : Юрид. лит., 1977. С. 105–108.

норми – це властивість норми, її якісно-кількісна характеристика, що полягає в потенційній можливості й реальній здатності забороняючої кримінально-правової норми впливати на поведінку суб'єкта з метою утримання від учинення кримінального правопорушення під погрозою покарання, що визначається якістю забороняючої кримінально-правової норми та механізмом її реалізації.

Висновки

1. Потенційна (теоретична, прогнозована) ефективність. До набрання чинності забороняючої кримінально-правової норми ми можемо лише прогнозувати її ефективність, а також здійснювати її якісно-змістовну оцінку. Це має особливе значення для вдосконалення забороняючих кримінально-правових норм, оскільки дає змогу оцінити ефективність таких норм до того, як вони стануть чинними. Ефективність забороняючих кримінально-правових норм – це передусім якісна характеристика, проте змістового аналізу може бути недостатньо, отже, доречним буде виявлення реальної ефективності з використанням кількісних методів.

2. Реальна ефективність забороняючої кримінально-правової норми проявляється та встановлюється в процесі реалізації забороняючих кримінально-правових норм. Власне, під час утілення норми в життя за допомогою механізму реалізації забороняючих кримінально-правових норм, коли відповідна забороняюча кримінально-правова норма реалізується шляхом дотримання відповідними суб'єктами, з'являються певні результати, відповідні кількісні показники.

3. Ефективність забороняючих кримінально-правових норм повинна досліджуватися комплексно, у єдності якісної та кількісної оцінки ефективності забороняючих кримінально-правових норм.

Якісна (змістова) оцінка ефективності забороняючих кримінально-правових норм здійснюється за категоріями досконалості забороняючої кримінально-правової норми щодо змісту та форми, що визначають якість забороняючої кримінально-правової норми.

Для проведення кількісної оцінки ефективності забороняючих кримінально-правових норм ми використовуємо цільовий підхід оцінювання ефективності правової норми, що полягає в порівнянні двох основоположних категорій: «мета» та «результат». Метою забороняючої кримінально-правової норми є охорона найбільш важливих суспільних відносин від кримінально-протиправних посягань шляхом утримання суб'єктів від учинення кримінального правопорушення під погрозою застосування покарання; результатом є утримання суб'єктів від учинення кримінального правопорушення. Чим більше результат реалізації забороняючої кримінально-правової норми відповідає її меті, тим більшою ефективною вона наділена.

4. Ефективність забороняючої кримінально-правової норми – це властивість норми, її якісно-кількісна характеристика, що полягає в потенційній можливості й реальній здатності забороняючої кримінально-правової норми впливати на поведінку суб'єкта з метою утримання від учинення кримінального правопорушення під погрозою покарання, що визначається якістю забороняючої кримінально-правової норми та механізмом її реалізації.

**Protection of land plots for growing fodder for cattle and their rational use:
problems of correlation in the Land Law of Ukraine***Magomedova Tetyana**PhD student of the Department of Civil Law**Zaporizhzhia National University, Ukraine*

The article deals with the study of current legal issues of land protection for livestock feed in Ukraine. Despite the absence of such lands as a separate category in the lands of Ukraine, it is proposed to allocate these lands as an inter-category group of lands. It is based primarily on agricultural land occupied by hayfields and pastures, but the full composition of this group of lands is more diversified due to other categories of land (forestry, water resources, industry, transport, defense, etc.), which are used or can be used for haymaking and cattle grazing. It is established that the legal protection of such lands currently has a low level of efficiency, including due to a number of errors in the implementation of land reform in the state. It is concluded that the legal category of “land protection” is inextricably linked with the concept of “rational use of land”, which, unfortunately, is not enshrined in law. It is proposed to define the concept of “rational use of land for livestock feed” as their use in such a way as to achieve an optimal balance between preserving and improving the natural and economic condition of land in particular and agrolandscapes in general and providing livestock with adequate fodder base. The need to solve the problem of ensuring the optimal ratio of agricultural land (arable land and fodder land) with a proper regulatory framework at the level of lawmaking of the Cabinet of Ministers of Ukraine is indicated.

Introduction

Consolidation of the provision in Art. 14 of the Constitution of Ukraine, that “land is the main national wealth, which is under special protection of the state”¹, indicates the exceptional importance of land resources in all spheres of human life, the introduction of certain legal mechanisms for land protection as a basic natural object. This constitutional postulate was further embodied in the current Land Code of Ukraine, the Law of Ukraine “On Land Protection” and others. At the same time, we must state the full validity of P. F. Kulinich's statement that “although since the beginning of the latest land transformations in our state land protection

was mentioned as a task of land reform, in fact it had no real sense and was “ritual” in nature”².

The abovementioned statements fully apply to land for growing fodder for livestock. Such lands are not allocated as part of the lands of Ukraine as a separate category or at least a subcategory. Nevertheless, in our opinion, both from the theoretical and from the applied point of view it is reasonable to allocate these land plots as an intercategory group of lands. It should be based on agricultural land occupied by hayfields and pastures, but the full composition of this group of lands seems to be more diversified due

¹ Constitution of Ukraine: Law of Ukraine of June 28, 1996 № 254k / 96-VR. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр#Text> (access date: 24.08.2020).

² Kulinych P. F. Land protection function of Land Law of Ukraine at the stage of completion of land reform. Peculiarities of legal regulation of ecological, land, agrarian, natural resource relations in the conditions of globalization: collection of materials of the All-Ukrainian scientific-practical conference (Ivano-Frankivsk – Yaremche, September 20-22, 2019) / resp. ed. N. R. Kobetska. Ivano-Frankivsk: Prykarpattia. Vasily Stefanik, national university, 2019. P. 17.

to land plots of other categories that are used or can be used for haymaking and cattle grazing.

In view of the above, it should be noted that Ukrainian Land Law science both in the Soviet era and during independence has paid big attention to the legal regime of agricultural land, which is embodied in the thorough scientific developments of V. K. Gurevsky, P. F. Kulinich, V. L. Muntyan, V. V. Nosik, O. O. Pogribny, V. I. Semchik, N. I. Titova, M. V. Shulga, V. V. Yanchuk, V. Z. Yanchuk and other scientists. However, the peculiarities of the legal regulation of the protection of hayfields and pastures are mostly ignored or considered indirectly to other issues.

The purpose of this article is to determine the current state of regulatory support for land protection for livestock feed in the legislation of Ukraine and to formulate theoretical proposals for its improvement.

Statement of basic materials

Yuval Noah Harari writes that over the centuries of the development of civilization, a man from “an unimportant animal, quietly engaged in its affairs in a distant corner of Africa, <...> has become the ruler of the entire planet and the horror of the ecosystem.”³ This judgment, which is not directly related to jurisprudence, but concerns the general philosophical and methodological foundations of human-social interaction, in our opinion, should constantly guide lawyers to a critical perception of the state of environmental protection in general and land in particular. O. G. Bondar quite rightly states: “Based on the principles of the Concept of Sustainable Development, which in recent decades has been under way around the whole world, including our country, and which is the dominant methodological platform on which all the diversity of human activity in relation to nature is built, the domestic environmental legislation is quite imbued with

imperatives about the supremacy of environmental safety requirements. At the same time, the current realities show, unfortunately, the ineffectiveness of these norms”⁴.

According to M. O. Frolov, “land protection is an important component of the subject of land legal regulation, and therefore almost all institutions of land legislation in one way or another have a land protection direction. <...> It is in the system of land protection that the inseparable link between land and environmental law is most fully manifested, in which land protection is part of the broader concept of environmental protection”⁵. This connection can be traced in the context of our research, as land for livestock feed, on the one hand, is subject to legal protection as part of agricultural land, on the other hand, is a component of the structural network of the ecological network.

In the absence of the Ecological Code of Ukraine or other codified normative legal act in this area, the system-forming functions in this area are performed to some extent by the Law of Ukraine of June 25, 1991 “On Environmental Protection”. According to Art. 5 of this Law “the environment as a set of natural and natural-social conditions and processes, natural resources, both involved in economic circulation and unused in the economy in this period (land, subsoil, water, air, forest and other vegetation, fauna), landscapes and other natural complexes are subject to state protection and regulation of use on the territory of Ukraine”⁶. Thus, land, along with other natural resources, is one of the objects of legal protection.

Directly in the field of land regulation, land protection mechanisms are laid down in the Land Code of Ukraine of October 25, 2001, namely its Chapter

³ Harari Y. N. Smart man. The history of mankind from the past to the future. 2nd type. Kharkiv : Family Leisure Club, 2018. P. 519.

⁴ Bondar O. G. Deregulation of the economy and environmental impact assessment: legal relations. Land, environmental, agricultural law: environmental impact assessment: Coll. materials of the All-Ukrainian round table (Kyiv, June 18, 2018) / Compilers: V. V. Nosik and others ; National Academy of Legal Sciences of Ukraine. Kyiv Regional Research Center. Kyiv, 2018. P. 36.

⁵ Frolov M. O. Land protection as an ecological and legal imperative of land legislation. Bulletin of the Khmelnytsky Institute of Regional Management and Law. 2002. № 3. P. 73.

⁶ On environmental protection: Law of Ukraine of June 25, 1991 № 1264-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12#Text> (access date: 24.08.2020).

VI, and the Law of Ukraine of June 19, 2003 “On Land Protection”. In Art. 162 of the Land Code of Ukraine⁷ and in Art. 1 of the Law of Ukraine “On Land Protection”⁸ the concept of “land protection” is defined almost identically as a system of legal, organizational, economic and other measures aimed at rational land use, prevention of unjustified seizure of agricultural and forestry land, protection from harmful anthropogenic impact, reproduction and increase of soil fertility, increase of productivity of lands of forestry purpose, maintenance of a special mode of use of lands of nature protection, sanative, recreational, historical and cultural purpose”.

Thus, just as in Land Law there is a general (for all lands), special (for certain categories of land) and special (for a particular individualized land) legal regime, there is every reason to make a similar differentiation of legal mechanisms for land protection. In the context of the above, we fully share the position of M. O. Frolov that, “establishing the differentiation of legal regimes of different categories of land, the peculiarities of land ownership of land owners and land users, the rights and responsibilities of land participants, the state thus pursues a policy of land protection. Thus, the protection of lands is carried out both at the regulatory and at the protective level of the implementation of legal relations”⁹. In the context of the above, we turn to the deep thought of one of the luminaries of Ukrainian Land Law and environmental law V. L. Muntyan, who wrote: “The term “nature protection” is used in two senses. In the first case, it is understood as the protection of certain areas or objects of nature that have scientific, cultural or other value. Such protection is carried out by creating reserves and protected areas. Nature protection in a broad sense is the protection of the entire natural complex, constant and comprehensive activities to

protect all natural resources on the basis of their long-term use through active intervention in natural processes and possible regulation”¹⁰. The scientist has consistently emphasized the inextricable link between the concepts of “nature protection” and “rational use of natural resources”.

Strictly speaking, such an approach to land is regulated in the current legislation of Ukraine. At the same time, the problem of normative definition of the content of the category “rational use of land” has remained unsolved since Soviet times. Today in the Land Code of Ukraine the concept of “rational use of land” is used about two dozen times, in particular in the formulation of land legislation objectives and its basic sectoral principles, but there is no corresponding definition in the code, as well as in the Laws of Ukraine “On Environmental Protection environment”, “On land protection”, etc. G. O. Radchenko, exploring the concept and content of rational land use, in particular, and its formation in Soviet legal science and legislation, draws attention to its normative consolidation only at the level of standards¹¹.

Under conditions of normative uncertainty, Land Law science offers a number of theoretical definitions. In this context, a significant scientific interest is the PhD thesis of V. O. Kostenko “Economic and legal support of land use and protection” (Kharkiv, 2015), in which the author thoroughly describes the formation of approaches to understanding the concept of “rational land use”, proposing his own vision which is “targeted and integrated land use, which achieves a balance (optimal, proportional and harmonious correlation) between the efficiency of land use and environmental requirements”¹². Thus, when constructing this definition, the term “efficiency” is used, so we note the presence in the land legal circulation of the concept of “efficient land use”. Thus, according to A. S. Kondratyuk, “effective

⁷ Land Code of Ukraine: Law of Ukraine of October 25, 2001 № 2768-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text> (access date: 24.08.2020).

⁸ On land protection: Law of Ukraine of June 19, 2003 № 962-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/962-15#Text> (access date: 24.08.2020).

⁹ Frolov M. O. Land protection as an ecological and legal imperative of land legislation. Bulletin of the Khmelnytsky Institute of Regional Management and Law. 2002. № 3. P. 73.

¹⁰ Muntyan V. L. Legal protection of nature of the Ukrainian SCR. Kyiv: Kyiv Publishing House of Kiev University, 1966. P. 14.

¹¹ Radchenko G. O. Rational use of lands: concept and content. Personnel. 2005. № 8. P. 89.

¹² Kostenko V. O. Economic and legal support of land use and protection: dis. ... PhD Law Science: 12.00.06 / Yaroslava Nat. Law. Univ. Kharkiv, 2015. P. 64-65.

use of forest lands <...> consists in obtaining economic benefits while maintaining ecological balance”¹³.

Such terminological synonymy, in our opinion, somewhat undermines the meaning of the concept of “rational use of land”, and therefore it is considered relevant to introduce an appropriate definition in the legislation to move away from the use of this category as a certain slogan. Against the background of such conceptual uncertainty, A. M. Miroshnichenko notes that the “discussion on the textual definition of the term “land protection” is unproductive. The term itself is quite clear, and attempts to define it with other terms are unlikely to reduce the degree of ambiguity”¹⁴.

The outlined problems fully concern the lands for growing fodder for cattle (hayfields and pastures). These lands make up a significant share of Ukraine's land: out of 41.4 million hectares of agricultural land, pastures occupy 5.3 million hectares, and hayfields – 2.3 million hectares¹⁵. In addition, land plots for haymaking and cattle grazing may be limited to other categories of land (forestry land, water fund, defense, etc.). However, with such economic significance, environmental value as elements of the ecological network, in the domestic legislation there are very few provisions that are accentuated, taking into account the specifics of these lands, fill the real content of the requirements for their rational use, land management, protection and more.

Thus, in the Law of Ukraine of May 22, 2003 “On Land Management” on forage lands there is only one direct mentioning, namely in Art. 2 “Purpose of land management”, which states that land management provides, in particular, the organization of agricultural enterprises, insti-

tutions and organizations in order to create spatial conditions for environmental and economic optimization of use and protection of agricultural land, the introduction of progressive forms of land management, improving the structure and location of land, sown areas, crop rotation systems, hay and pasture shifts”¹⁶. In the Procedure for development of land management projects that provide ecological and economic justification of crop rotation and land management, approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine dated November 2, 2011 № 1134, the main attention is paid to arable land¹⁷. Thus, if we are talking about, say, pastures, the requirements for their inventory, clearing and other improvement, use of fertilizers, organization of rational use of land during the grazing period, control over the load of pastures with cattle and prevention of their overload, etc. do not fall into the legal orbit regulation, remaining in the field of agricultural science and feed production¹⁸.

In our opinion, this state of affairs is unacceptable and requires the development of theoretical and law-making proposals aimed at the detailed standardization of relations on the rational use of land for livestock feed. It should be noted that the use of such land requires compliance with certain rules. Not all of them in their content and purpose can and should be regulated by legal norms, such as the need of cattle for green fodder for a day or other period of time, the requirements for harrowing pastures, their fencing and so on. Nevertheless, in our opinion, it is expedient to regulate at the by-law level, namely at the level of law-making of the profile central body of executive power, the following aspects of rational use of forage lands:

– their inventory;

¹³ Kondratyuk A. S. Effective use of forest lands. Actual problems of ecological, land and agrarian legislation in modern conditions: materials of the “round table”, devoted to 90th anniversary of Dr. Law Sciences, Prof., Corresponding Member NALS of Ukraine V. K. Popov's birth (Kharkiv, March 1, 2019) / for the general. ed. A. P. Hetman and M. V. Shulga. Kharkiv: Pravo, 2019. P. 225.

¹⁴ Miroshnychenko A. M. Land Law of Ukraine: textbook. Kyiv: Alerta; Education Center lit., 2011. P. 386

¹⁵ “Land Directory of Ukraine 2020” – a database of land fund of the country. URL: <https://agropolit.com/spetsproekty/705-zemelny-dovidnik-ukrayini--baza-danih-pro-zemelny-fond-ukrayini> (access date: 24.08.2020).

¹⁶ On land management: Law of Ukraine of May 22, 2003 № 858-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/858-15> (access date: 24.08.2020).

¹⁷ On approval of the Procedure for development of land management projects that provide ecological and economic justification of crop rotation and land management: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of November 2, 2011 № 1134. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1134-2011-%D0%BF> (access date: 24.08.2020).

¹⁸ Shust P., Slavov V., Stepanchuk I. Experience of pasture use. Agroexpert. 2011. № 5. pp. 102–104.

- the order of survey of lands (cultural, hydraulic, agronomic, etc.) with the further development of a set of measures for the application or other methods and ways to improve lands;
- carrying out measures to improve hayfields and pastures, bringing them to a higher productive level;
- organization and provision of rational use of these lands during the whole grazing or hay-making period;
- order of haymaking and pasture turnover;
- standards for the application of certain types of fertilizers, etc.

An important area of activity in the field of legal protection of land for growing fodder for livestock is to prevent unjustified seizure of agricultural land for non-agricultural purposes. The priority of agricultural land as one of the sectoral principles of Land Law is enshrined in Part 1 of Art. 23 of the Land Code of Ukraine, according to which “land suitable for agricultural purposes must be provided primarily for agricultural use.”¹⁹ However, this postulate has recently been the subject of not unfounded criticism, in our opinion. This is most meaningfully manifested in the statement of P. F. Kulnych that “the long-term implementation of this principle has led to excessive agricultural development of the country, which has caused significant negative environmental consequences”²⁰.

In our opinion, the abovementioned needs some modernization, or more precisely, clarification of the principle of priority of agricultural land in terms of compliance and ensuring the optimal ratio of different types of agricultural land within this category. This problem became especially relevant during the latest land reform in Ukraine, when a significant percentage of degraded, unproductive and man-made contaminated land was involved in arable land, and the degree of plowing of land thus reached critical levels. In the con-

text of the above, it is appropriate to mention the meticulous opinion of the famous Ukrainian soil scientist V. V. Dokuchaev, who in his fundamental work “Our steppes before and now” (1892) wrote about the importance of establishing standards for arable land, medicine, forests and water in accordance with local climatic conditions of agricultural crops”²¹. This thesis came from the pen of a prominent Ukrainian almost 130 years ago, but hasn’t lost even a bit of its relevance unfortunately also due to its improper implementation in modern practice of land use. In view of this, the landscape approach in land management and Land Law as its legal shell acquires special significance. As D. I. Babmindra notes, the state of the agro-landscape “as a self-organizing system depends on the action of factors that destabilize and stabilize it. At the same time, arable land, being intensively used area, acts as a destabilizing factor, and extensively used land – hayfields, pastures and forests – is a stabilizing factor of the agricultural landscape”²². This refers us to Art. 30 of the Law of Ukraine “On Land Protection”, which among the standards in the field of land protection and soil fertility reproduction provides standards for the optimal ratio of land. The abovementioned legislative act also contains Art. 33 of the following content: “Standards for the optimal ratio of land are set to prevent excessive anthropogenic impact on them, including excessive plowing of agricultural land”²³. However, the problem is that today such standards have not been approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine, which in fact reduces to zero the effectiveness of these legislation.

Conclusions

The study provides grounds for the following conclusions and generalizations. Firstly, the issue of forming a really effective legal

¹⁹ Land Code of Ukraine: Law of Ukraine of October 25, 2001 № 2768-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text> (access date: 24.08.2020).

²⁰ Kulnych P. F. Legal problems of protection and use of agricultural lands in Ukraine: author’s ref. ... PhD in Law Sciences: 12.00.06 / V. M. Koretsky Inst. of State and Law of NAS of Ukraine. Kyiv, 2012. P. 18.

²¹ Dokuchaev V. V. Our steppes before and now. Moscow: State Agricultural literature Publishing House, 1953. P. 76.

²² Babmindra D. I. Agroecological optimization of land structure. Land management and cadastre. 2004. № 3-4. P. 20.

²³ On land protection: Law of Ukraine of June 19, 2003 № 962-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/962-15#Text> (access date: 24.08.2020).

mechanism for land protection, including land for growing fodder for livestock, still remains relevant in Ukraine today. Moreover, the situation is exacerbated by the negative side effects of land reform, which have led, among other things, to excessive land parcelling and deteriorating ratios. Secondly, the allocation of land for growing fodder for livestock in the land fund of Ukraine will improve not only the state of the livestock industry in the country with quality feed, but also the effectiveness of legal protection of the land. Thirdly, the legal category of “land protection” is inextricably linked to the concept of “rational use of land”. However, the lack of a clear established understanding of the content of the latter concept and its normative enshrinement at the legislative level

significantly reduces the effectiveness of legal instruments for land protection. Fourthly, based on the specifics of the legal regime of land for fodder for livestock and the peculiarities of land management in relation to such land, it is proposed to define the category of “rational use of land for fodder for livestock” and to use this type of land in such a way as to achieve optimal balance between conservation. and improving the natural and economic condition of lands, including agricultural landscapes in general, and providing the livestock industry with a proper fodder base. Finally, fifthly, the problem of ensuring the optimal ratio of agricultural land (arable land and forage land) should receive a proper regulatory framework for its solution and continuous monitoring for the future.

Classification of the principle of estoppel in International Law

Manuilova Anna

PhD student, 2-nd year of study

International and European Law Department of National University

“Odessa Law Academy”, Ukraine

The author of the article has studied the role of the principle of estoppel in International Law. The principle of estoppel, fulfilling its inherent stabilizing role in modern International Law, ensures the legal security of legal entities by prescribing the sequence of behaviour of states. The functional orientation of the principle of estoppel in this direction is due to its dual meaning – the quality of procedural and substantive law. The fact that the principle of estoppel is not just a means of protection in the form of a preliminary objection or procedural (in court) withdrawal of the objection, is recognized in the science of modern International Law. The principle of estoppel as a separate principle of International Law by virtue of its inherent regulatory principle does not apply in cases where it is a description of the legal consequences of a general rule of International Law, such as the binding nature of arbitration, interpretation or enforcement of international treaties. Recognized as a general principle of law, the principle of estoppel naturally acts as a separate principle of law, being in no way related to or conditioned by any other institution of law. Some lawyers consider estoppel in terms of the legal consequences of unilateral legal acts. Along with this point of view, there is also a point of view that considers estoppel in the aspect of error; deception; institute forum prorogatum; expired statute of limitations; the principle *res res jidicata*; justice. Despite the diversity of opinions presented here, what they all have in common is the attempt to link the principle of estoppel with any other institution of law and thus deprive estoppel of its characteristic feature of a separate principle of international law. Also, by virtue of its status as a separate principle of International Law, the principle of estoppel is not applicable in circumstances where, in accordance with International Law, there is a question of justification of a legal obligation in the form of unilateral and multilateral legal acts. In order to better understand the essence, nature and object of study of the principle of estoppel, a number of classifications can be made, to distinguish its characteristics, the relationship of general and individual.

Класифікація принципу естопель у міжнародному праві

Мануїлова Анна Іванівна

аспірантка 2 року навчання

кафедри міжнародного та європейського права

Національного університету «Одеська юридична академія», Україна

Вступ

Незважаючи на те що принцип естопель є досить новим і маловивченим в українській юридичній літературі явищем, він нерідко використовується вищими судовими інстанціями для мотивування судових актів. Питання естопеля є нерозкритим поняттям

у вітчизняній науці міжнародного права в силу того, що національному праву відповідна доктрина невідома. Естопель – англійська доктрина, що з часом конденсувала в міжнародне право. Через «ворожість» доктрини естопеля для багатьох національних правових систем її використання на міжнародно-правовому рівні є обмеженим. Навіть тоді, коли певний спір

стосується, по суті, естопеля, у міжнародному правозастосуванні йому надають інші назви.

Щоб краще зрозуміти сутність, природу й об'єкт вивчення принципу естопеля, можна провести низку класифікацій, виділити його характерні риси, взаємозв'язок загального й окремого¹. Для більш глибокого розуміння умов застосування принципу естопеля, а також меж його застосування в системі загального права можна звернутися до аналізу часто використовуваних і застосовуваних англійськими судами окремих різновидів естопеля, класифікація яких проведена Ж.І. Седовою й Н.В. Зайцевою на основі аналізу іноземної (переважно англійської) літератури та судової практики².

З метою формулювання універсального визначення, що узагальнює всі види принципу естопеля як заборон, учені Сіан Уїлки та Карім Гхалі позначили уніфіковану доктрину естопеля як виключно корисний юридичний механізм, простий і такий, що абсолютно не вимагає юридико-технічних навичок застосування концепції, принципу честі, принципу здорового глузду, принципу загальної справедливості. Ця універсальна концепція естопеля позитивно сприйнята англійською та австралійською судовою практикою останніх років.

Отже, з огляду на викладене, **метою статті** є висвітлення класифікації принципу естопеля в міжнародному праві, їх взаємодія між собою та значення для більш детального розуміння принципу естопеля.

Виклад основного матеріалу

Естопель як загальний термін міжнародного права найбільш близький до *“equitable estoppel”* або *“estoppel by representation”* (позбавлення права заперечення на підставі

раніше створеного уявлення), як воно визначається в національному законодавстві. Цілком закономірно, що англійські та американські юристи стали закликати до застосування концепції естопеля в міжнародних судах та арбітражних трибуналах із середини ХІХ століття.

Проте міжнародне право не приймало специфічного механізму загального права. Воно швидше концентрувалося на базових поняттях, заснованих на принципах добросовісності й справедливості. У міжнародному праві естопель приймається як норма матеріального права, тому деякі автори вважають за краще використовувати в міжнародному праві термін «преюдиція» замість «естопель». Унаслідок цього деякі форми принципу естопель узагалі не застосовуються в міжнародному праві, наприклад, *“estoppel by deed”*, можливо, що доповнює принцип *“pacta sunt servanda”*, або *“collateral”*, або *“issue estoppel”*, що виключає нові, але ідентичні заперечення. Крім того, *“promissory estoppel”* (позбавлення права заперечення на підставі даної обіцянки) ще не сформувався як специфічна норма міжнародних відносинах.

Перша група естопелів об'єднана назвою – **естопель, заснований на довірі**, – *“reliance base estoppels”* – в англійському праві. У цю групу входить таке.

Естопель у силу представлення – *“estoppel by representation”* – передбачає ситуацію, коли одна особа створює в іншій особі уявлення про свою позицію з певного питання або своє ставлення до чого-небудь. *“Estoppel by representation”* іноді використовується для виконання обіцянки, щодо якої не передбачалося розгляду. Це схоже на поняття детермінальної опори. Він стверджує, що особа здійснила представництво, маючи намір іншим обґрунтовано покластися на нього, і з метою справедливості його варто підтримувати.

“Estoppel by representation” набув найбільшого поширення в англійському загальному праві та отримав подальше застосування в міжнародному праві. У тому, що стосується

¹ Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. Е., 1992. С. 40.

² Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. Москва : Статут, 2014. С. 46–54.

“*estoppel by res judicata*”, ставлення міжнародного публічного права до цього типу естопель неоднозначне (загалом міжнародне публічне право не пішло шляхом визнання “*estoppel by res judicata*”, однак окремі його елементи знайшли в ньому своє застосування).

“*Estoppel by representation*” як засіб, що встановлює заборону для суб’єктів права заперечувати або оскаржувати в суді те, що вони раніше заявили, скоїли або дали зрозуміти, поширює свою дію щодо односторонніх юридичних актів, а також щодо юридично значущої активної й пасивної поведінки держав³. На думку авторитетних представників міжнародного права, принцип естопель передбачає неприпустимість або встановлює загальною юридичну заборону в тому, що стосується спроб виступати з певними твердженнями чи, навпаки, відмовитися від раніше зайнятої позиції. Він забороняє суб’єкту права опротестовувати в збиток протилежній стороні будь-який факт чи певний фактичний стан, а також висувати протилежні докази в процесі судово-арбітражного розгляду⁴.

Він розкривається через два різновиди:

– естопель у силу затвердження певного факту – “*estoppel by representation of fact*”, “*equitable estoppel*”, тобто коли одна особа стверджує істинність факту іншій особі;

– естопель у силу попередньої поведінки поза судом і протоколів за допомогою загальновідомого акта або офіційного формального акта “*estoppel in pais, by act of notoriety or solemn formal act*”, тобто коли одна особа створює уявлення в іншій особі до та поза процесом за допомогою своїх дій.

Справедливий естопель “*equitable estoppel*”, який складається з:

– естопель за допомогою обіцянки – “*promissory estoppel*” і “*determental reliance*” – виникає тоді, коли обіцянка, що дана одним

суб’єктом іншому суб’єкту, не фіксується письмово;

– речово-правовий естопель – “*proprietary estoppel*” – виникає тоді, коли сторони оспорожують право власності на об’єкти нерухомості.

Естопель у силу поведінки – “*estoppel by conduct*” – виникає у двох випадках:

– коли суб’єкти мали загальне розуміння про факт матеріальної дійсності й діяли відповідно до нього, проте воно виявилось помилковим;

– коли один суб’єкт, скориставшись довірою з боку іншого суб’єкта, змусив останнього діяти відповідно до припущення про існування загального розуміння.

Естопель шляхом недбалості – “*estoppel by negligence*” – виникає тоді, коли довірений суб’єкт через необережність належним чином не виконав прийняті на себе зобов’язання за поданням довірителя, у результаті чого останній довірився певному стану фактів, у зв’язку з чим виникли збитки. Цей вид естопеля запобігає можливості представника стверджувати факти, що суперечать його недбалій поведінці та наслідкам, які викликані такою необережністю.

Друга група процесуального естопеля існує під назвою **запротокольований естопель** – “*estoppel by record*”, коли сторона по справі зробила заяву або дала свідчення, яке письмово зафіксовано в рамках провадження по справі або відображено в заключному рішенні суду, включаючи в себе:

1. Естопель за рішенням суду – “*estoppel by judgement*” – застосовується щодо судових рішень і не допускає повторного розгляду справи, яка раніше розглянута, за умови, що під час першого розгляду не допущено істотних процесуальних порушень або правопорушень. Цей вид естопеля відомий також під назвами “*estoppel by res judicata*” та “*estoppel per rem judicatam*” як доказова норма права та проявляється в правозастосовній практиці у двох варіаціях⁵:

³ Mabrouk M. Les exception de procedure devant les juridictions internationales. P. : Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1966. P. 172.

⁴ Lauterpacht H. International Law. Being the Collected Papers of H. Lauterpacht. Cambridge : Cambridge University Press, 2009. P. 98.

⁵ Sean Wilker, Kerim Ghaly. The Law of Waiver, Variation and Estoppel. Third edition, 2012. P. 317.

– як правило, що забороняє переглядати підстави позову “*cause of action estoppel*”;

– як правило неприпустимості заперечень щодо вже вирішеного питання компетентним судом “*issue estoppel*”, більш відомий як преюдиція, що запобігає повторному розгляду оспорюваного позову, який остаточно встановлений рішенням суду, що володіє компетенцією у справі, між тими ж самими сторонами або особами, які мають із ними спільний інтерес, а також запобігають повторному оспорюванню того питання, яке вже розглянуто судом і вирішено, навіть коли сторони різняться (наприклад, у разі відступлення права вимоги за зобов’язанням, яке було предметом судового розгляду раніше). Обставинами, що можуть дати змогу винести раніше розглянуте судом спірне питання на новий розгляд, є виявлення нових і знову відкритих обставин у справі, не розглянутих на першому судовому засіданні нових матеріалів, істотне порушення норм процесуального права або, як сказано в англійській літературі, шахрайство.

На думку англійських правознавців, для застосування “*estoppel per rem judicatam*” ситуація має відповідати таким трьом ознакам:

– має бути в наявності винесене судом остаточно рішення по суті, судом, який володіє компетенцією в юридичній ситуації, що сталася раніше (судовому провадженні);

– в обох провадженнях (у тому, що було раніше, і повторному) повинні брати участь одні й ті самі заінтересовані особи на стороні позивача та відповідача;

– предмет спору має бути ідентичним в обох процедурах⁶.

2. Супутній естопель “*collateral estoppel*” – в американському праві, згідно з яким перегляд предмета спору по тому самому питанню, факту або права між тими самими сторонами не допускається, якщо це питання вже вирішено судом.

⁶ Edward Coke. Commentaries on Littleton. Vol. 2. 1832. P. 1742.

3. Судовий естопель “*judicial estoppel*”, згідно з яким пояснення або заяви, які зроблені в ході попередньої юридичної процедури, припиняються в подальшому перегляді цього питання в суді.

4. Естопель іноземним судовим рішенням щодо конкретної особи “*estoppel by foreign judgement in personam*” – в англійському праві дає змогу застосовувати на основі принципу “*estoppel per rem judicatam*” іноземне судове рішення, що дає право на його визнання в Англії, як засіб судового захисту від перегляду цього ж іноземного рішення судами Англії по спору між тими ж сторонами та з однаковим предметом спору. Естопель, що не допускає заперечень по раніше вирішеній судом справі, – “*issue estoppel*” – може бути застосований щодо конкретного оспорюваного питання, яке раніше вже розглянуто в судовому процесі іноземним судом.

Одним із дискусійних питань арбітражної практики є обов’язковість визнання на основі принципу “*estoppel by res judicata*” міжнародним комерційним арбітражем преюдиційного значення результатів іноземного національного адміністративного провадження (по справі притягнення особи до адміністративної відповідальності), що здійснюється згідно з правилами іноземного національного адміністративного провадження уповноваженими державними органами, у процесі якого встановлені факти, обставини справи та притягнені до адміністративної відповідальності особи. Вирішення цього питання належить до дискреції арбітражного трибуналу, але в будь-якому разі арбітражу необхідно міркувати на предмет тієї держави, результати адміністративного провадження якого проігноровані під час винесення такого арбітражного рішення⁷.

Третя група включає в себе інші різновиди естопеля, що зібрані в доктринах правових систем Великобританії, Ірландії, Сполучених Штатів Америки, Австралії, Індії тощо.

⁷ Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстопель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. Москва : Статут, 2014. С. 51.

Естопель за допомогою угоди – “*estoppel by convention, estoppel by agreement*” – в англійському праві застосовується, коли дві сторони угоди діяли, виходячи з передбачуваного стану фактів або закону, і таке припущення було одним і тим самим в обох сторін угоди або таке припущення було запропоновано однією стороною та визнано (у тому числі мовчазною згодою) іншою стороною⁸. Отже, сторони в подальшому позбавляються права оскаржувати правильність такого припущення, заперечувати раніше визнані ними факти, якщо таке оспорування може привести до несправедливих і недобросовісних наслідків. Цей вид естопеля також застосовується до ситуацій, коли сторони допустили помилку в процесі ведення переговорів або реалізації контракту, спонтанно поклавшись на будь-які припущення. Однак якщо сторони договору мали одні й ті самі припущення, переконання та розуміння того, як потрібно тлумачити договір, або розуміли правові наслідки, то сторони договору пов'язані такими припущеннями, переконаннями та розумінням такою самою мірою, як і самим договором;

Естопель за допомогою підписання угоди, скріпленого печатками, – “*estoppel by deed*” – в американському праві належить до доказових норм, створює заборону для сторін спростовувати ті факти, які зафіксовані документально, скріплені підписами й печатками, є констатацією набору закріплених в угодах фактів (тверджень про факти). Якщо сторона почала виконувати угоду, то згодом вона позбавляється права оскаржувати її умови.

Естопель упущення законного терміну або халатність – “*laches*” або “*estoppel by delay*” – естопель шляхом допущення особою прострочки заяви, яку необхідно було подати на певній стадії юридичної процедури в силу закону або справедливості. Упущення законного строку приймається до уваги під час застосування естопеля, що заснований на

⁸ Norwegian American Cruises A/S v. Paul Mundy Ltd. The Vistafjord. 1988. P. 351.

довірі “*reliance-based estoppel*”, і естопеля щодо певної нагоди “*sui generis estoppel*”.

Естопель особи, котра передає своє майно іншій особі, – “*assignor estoppel*” – в американському праві є процесуальним механізмом, який передбачений доктриною патентного права, що виражається в тому, що продавець патенту захищений від заперечування юридичної дійсності патенту під час вирішення спору про порушення патенту. Він є американською доктриною патентного права, що захищає продавця патенту від заперечування юридичної дійсності патенту в разі судового процесу з питання порушення патенту. Ця доктрина заснована на “*legal estoppel*”, який, у свою чергу, згідно з американським патентним правом, не дозволяє особі, котра передала патентні права, у подальшому заперечувати дійсність патенту й/або переходу права власності на об'єкт передачі до нового патентовласника. Цей вид естопеля за своїм змістом найбільш близький до власницького захисту речових прав. Правила американської доктрини знайшли застосування в наступному вигляді естопель – “*licensee estoppel*” (естопель ліцензіата).

Естопель ліцензіата – “*licensee estoppel*” – являє собою заборону вчинення ліцензіатом дій, спрямованих на повернення переданих прав на використання об'єкта ліцензії (винаходи, промислового зразка тощо). Застосування цієї доктрини не обмежується тільки патентним правом, її застосування можливе до товарного знаку назад ліцензіарові (продавцю).

Мовчазний естопель – “*estoppel by silence*” – не дозволяє особі заявити що-небудь (утрата права на заперечення), якщо вона не зробила це, коли в неї було право й можливість у розумний період часу, а інша особа у зв'язку з несвоєчасною заявою виявляється в невігідному для себе становищі в умовах, коли особа була зобов'язана відповідати й поводи́ла себе недобросовісно, заперечуючи існування договору. Застосування цього виду естопеля може бути викликано тим, що одна особа робить

іншій особі попередження, обґрунтоване чітко сформульованими фактами або юридичними принципами, а інша особа не відповідає протягом розумного періоду часу. У результаті такого мовчання особа, яка уникає відповіді, визнається такою, що втратила законне право заперечувати або стверджувати зворотне. Для цілей застосування цього виду естопель недостатньо простого мовчання у відповідь на пропозицію контрагента, так як повинні виникнути такі специфічні обставини, які б свідчили: 1) про обов'язок особи відповідати, а не мовчати; 2) про недобросовісність поведінки з боку зобов'язаної відповідати в разі заперечення нею існування договору.

Наведений перелік видів естопель не є вичерпним, так як зарубіжна правова доктрина знає ще низку естопель: “*de facto corporation*” and “*corporation by estoppel*” – корпорація де-факто та корпорація естопель,

“*prosecution history estoppel*” або “*file-wrapper estoppel*” (естопель щодо представлення позову або естопель матеріалами заявки) тощо.

Висновки

Отже, принцип естопель, виконуючи притаманну йому стабілізуючу роль у сучасному міжнародному праві, забезпечує через припис послідовності поведінки держав юридичну безпеку суб'єктів права. Функціональна спрямованість принципу естопель в зазначеному напрямі зумовлена його двоєдиним значенням – якістю процесуального й матеріального права. Те, що принцип естопель – це не просто засіб захисту у формі попереднього заперечення або процесуального (по суду) відведення заперечення, визнається в науці сучасного міжнародного права.

The legal nature of the resale right as subject matter to international inheritance

Mykhayliv Mariya

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,

Associate Professor at the Department of Civil Law and Civil Procedure

Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine

The article is devoted to the analysis of the legal nature of the resale right (*Droit de suite*) as a subject of international inheritance. It is highlighted, that in the case of the author's death, the resale right passes to his heirs and is valid prior to the end of intellectual property rights. It is emphasized that there are differences in the legal regulation of the resale right in Ukrainian legislation, which leads to problems on the use of such rules in practice. This highlights the need for the unification of norms in the area of the resale right and the harmonization of states' legislation.

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1971) and Directive 2001/84/EC "On the resale for the benefit of the author of an original work of art" have been analyzed. As a result, some differences in these documents regarding the regulation of the resale right have been found and examined. It worth noting that different approaches to the legal regulation at the international level of resale rights may lead not only to the violation of the rights of artists and the author's heirs, but also to the emergence of unfair competition.

The article emphasizes that the resale right arises from the moment of creation of such work of art, but the realization of the resale right is possible only in the case of the alienation of the original work by its author and in cases of subsequent sale or resale of original work by sellers. Therefore, it is advisable to distinguish the concept of the "origin of the resale right" and "realization of the resale right". It is proposed to eliminate the existing differences in the area of legal regulation of the resale right in the way of international unification of norms and harmonization of states' legislation.

Правова природа права слідування як об'єкта міжнародного спадкування

Михайлів Марія Омелянівна

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри цивільного права та процесу

Львівського національного університету імені Івана Франка, Україна

Вступ

З розвитком міжнародних приватних відносин спадкування прав інтелектуальної власності з іноземним елементом є процесом доволі складним, оскільки їх правове регулювання виходить за межі однієї держави й пов'язане з правопорядками іноземних держав. Різний підхід до правової природи окремих прав інтелектуальної власності, можливості їх правонаступництва як об'єкта спадкування призводить до виникнення проблем у правозастосовній практиці та потреби їх належного правового регу-

лювання на міжнародному рівні. Це, зокрема, стосується й міжнародного спадкування права слідування. Саме тому дослідження правової природи права слідування як об'єкта міжнародного спадкування є актуальними.

Метою статті є аналіз законодавства держав і міжнародних договорів у сфері міжнародного спадкування права слідування, вивчення способів і засобів матеріального та колізійного регулювання міжнародного спадкування права слідування, а також викладення власного бачення щодо вдосконалення механізмів правового регулювання цих питань.

Виклад основного матеріалу

Право слідування є одним із видів прав інтелектуальної власності, яке переходить від автора (митця) до його спадкоємців. Спадкування права слідування з іноземним елементом проявляється в різних формах. До форм іноземного елемента у сфері спадкування права слідування можемо зарахувати такі: автор/митець (спадкодавець) чи спадкоємці є іноземцями чи особами без громадянства; об'єкт спадкування знаходиться на території іноземної держави; юридичний факт, який впливає на виникнення, зміну чи припинення права слідування мав або має місце на території іноземної держави.

Автор твору є первинним суб'єктом права інтелектуальної власності. Ним може бути лише фізична особа, творчою працею якої створено твір. За відсутності доказів іншого автором твору вважається фізична особа, зазначена звичайним способом як автор на оригіналі або примірнику твору. Спадкоємці належать до вторинних суб'єктів права інтелектуальної власності, до яких право слідування переходить із моменту відкриття спадщини.

Право слідування закріплене в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) і в Законі України «Про авторське право і суміжні права». Відповідно до ст. 448 ЦК України, автор має невідчужуване право на одержання грошової суми в розмірі п'яти відсотків від суми кожного продажу оригіналу художнього твору чи оригіналу рукопису літературного твору, наступного за відчуженням оригіналу, здійсненим автором. Зазначена сума сплачується продавцем оригіналу твору. Право на частку від суми продажу оригіналу твору переходить до спадкоємців автора твору та спадкоємців цих спадкоємців і діє до спливу строку чинності майнових прав інтелектуальної власності на твір¹. Згідно зі ст. 27 Закону України

«Про авторське право і суміжні права», автор твору образотворчого мистецтва, а в разі його смерті спадкоємці впродовж установленого ст. 28 цього Закону строку користуються щодо проданих автором оригіналів творів образотворчого мистецтва невідчужуваним правом на одержання п'яти відсотків від ціни кожного наступного продажу твору через аукціон, галерею, салон, крамницю тощо, що йде за першим його продажем, здійсненим автором твору (право слідування)². Отже, право слідування є невідчужуваним і тісно пов'язане з автором. За життя автора таке право не може бути передане іншим особам. У разі смерті автора право слідування переходить до його спадкоємців і спадкоємців цих спадкоємців і діє до спливу чинності майнових прав інтелектуальної власності.

Проте необхідно звернути увагу на різний підхід у сфері правового регулювання питань права слідування в законодавстві України. Розбіжності стосовно права слідування, які містяться в ЦК України та Законі України «Про авторське право і суміжні права», призводять до певних проблем на практиці. Це, у свою чергу, породжує конкуренцію правових норм цих нормативно-правових актів. Як наслідок, виникає проблема, пов'язана з вибором норм з метою регулювання права слідування, а саме перевагу надавати нормам ЦК України чи нормам спеціального закону. З огляду на наявну ситуацію, цю проблему необхідно вирішити в спосіб приведення цього законодавства у відповідність між собою, а також такі зміни мають відбуватися з урахуванням положень, передбачених міжнародними договорами у сфері охорони авторських прав.

Положення стосовно права слідування, як зазначає Р.І. Самсін, запроваджені Законом України «Про авторське право і суміжні права», зорієнтовані переважно на Директиву ЄС про право слідування. Водночас положення, що містяться в ЦК України, більше

¹ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV-ВР. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 04.08.2020).

² Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 № 3792-XII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 04.08.2020).

відповідають Бернській конвенції. Певним чином це пов'язано з прийняттям 31 травня 1995 року Закону України «Про приєднання України до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (Паризького акта від 24 липня 1971 року, зміненого 2 жовтня 1979 року)» (ст. 27)³. Отже, саме положення Бернської конвенції враховано авторами Проекту нового ЦК України. Разом із тим поза увагою законодавця залишилося те, що положення стосовно права слідування, які містяться в Бернській конвенції, не переглядалися з 1948 року, а законодавчі положення стосовно права слідування в країнах-членах ЄС та умови функціонування арт-ринку за цей період зазнали істотних змін⁴.

Різний підхід до правового регулювання права слідування спостерігається й у законодавстві іноземних держав. Стаття 38 Зведеного закону Данії про авторське право (Bekendtgørelse af lov om orphavsret)⁵ установлює, що автор має право на отримання винагороди з перепродажу екземплярів творів мистецтва. Зазначене право є особистим і таким, що не передається. Відповідно до ст. 54 Кодексу авторських і суміжних прав Португалії (Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos)⁶, автор оригінального твору мистецтва, що не стосується архітектури або прикладних мистецтв, має право слідування (з урахуванням установленної вартості, вільної від оподаткування) з подальшого продажу цього твору мистецтва, який здійснено будь-яким посередником, що професійно займається продажами на ринку мистецтва, після першої передачі такого твору автором.

³ Про приєднання України до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів : Закон України від 31.05.1995 № 189/95-ВР. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/189/95-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 04.08.2020).

⁴ Самсін Р.І. Право слідування в авторському праві України та країн-членів ЄС: порівняльно-правова характеристика : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2016. С. 71.

⁵ Consolidated Act on Copyright 2010. URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=191420 (дата звернення: 04.08.2020).

⁶ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198457 (дата звернення: 04.08.2020).

Закон Бельгії про авторське право і суміжні права (Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins)⁷ у ст. 11 передбачає, що в разі перепродажу авторського твору, у якому беруть участь професіонали ринку мистецтва як продавці, покупці або посередники, після першого відчуження автором права власності на свій твір мистецтва автор має право на підставі невід'ємного права слідування, від якого він не може відмовитися, на отримання виплати з боку продавця, розмір якої становить частку від ціни перепродажу твору мистецтва.

На міжнародному рівні право слідування закріплене в Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів 1971 року. Так, відповідно до ст. 14ter щодо оригіналів творів мистецтва й оригіналів рукописів письменників і композиторів, автор, а після його смерті особи або установи, уповноважені національним законодавством, користуються невідчужуваним правом часткової участі в кожному продажу твору, що йде за першим його відступленням, здійсненим автором твору. Охорона може бути витребувана в будь-якій країні Союзу за умови, коли законодавство країни, до якої належить автор, це дозволяє, і в обсязі, що допускається законодавством країни, у якій витребується ця охорона. Порядок збору й розміри сум визначаються національним законодавством⁸.

Проте Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів передбачає, що право слідування може визнаватися лише за умови, якщо воно передбачене національним законодавством автора. А це вказує на те, що право слідування має необов'язковий характер і можливим є лише на засадах взаємності. Це, як наслідок, призводить до неоднакового підходу до митців залежно від місця, у якому продаватимуться їхні твори.

⁷ Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins. URL: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1994063035 (дата звернення: 04.08.2020).

⁸ Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів від 24.07.1971. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051#Text (дата звернення: 04.08.2020).

Наявні відмінності в національному законодавстві держав можуть призвести не лише до порушення прав митців і спадкоємців автора, а й до виникнення несправедливих умов конкуренції, які є невід'ємною передумовою для правильного функціонування внутрішнього ринку держави.

Так, згідно із судовою практикою Суду справедливості Європейських спільнот щодо застосування принципу заборони дискримінації, у рішенні від 20 жовтня 1993 року в об'єднаних справах C-92/92 та C-326/92 «Філ Коллінз та інші»⁹ зазначається, що не можна посилалися на положення національного законодавства, які вимагають дотримання засади взаємності для надання громадянам інших держав-членів прав, що визнаються за авторами-громадянами відповідних країн. Застосування таких умов у контексті Спільноти суперечить принципу рівного підходу внаслідок заборони будь-якої дискримінації на підставі громадянства¹⁰. Це, у свою чергу, стало поштовхом для гармонізації законодавства європейських держав і потреби у виробленні єдиного спільного підходу до правового регулювання питань права слідування у сфері авторського права.

Наявність значних розбіжностей у національному законодавстві держав ЄС щодо наявності права слідування та його змісту призвела до негативних наслідків для правильного функціонування внутрішнього ринку творів мистецтва і стала перешкодою для вільного руху товарів, надання послуг і свободи господарювання. З метою гармонізації законодавства у сфері слідування держав-членів ЄС 27 вересня 2001 року прийнята Директива 2001/84/ЄС «Про право слідування на користь автора оригінального твору мистецтва». Завданням цієї Директиви є усунення невідповідностей у національному законодав-

стві держав ЄС з питань права слідування на користь автора оригінального твору мистецтва, а також охорона та захист прав автора в разі відчуження оригіналів творів образотворчого мистецтва.

З прийняттям цієї Директиви з'явилося чимало нових положень. Зокрема, чітко визначені твори мистецтва, на які поширюється право слідування. Цей перелік творів мистецтва є значно ширшим за перелік, установленний Бернською конвенцією про охорону літературних і художніх творів, і включає твори образотворчого мистецтва чи скульптури, такі як картини, колажі, живопис, малюнки, гравюри, естампи, літографії, скульптури, килимові, керамічні вироби, вироби зі скла та фотографії, за умови, якщо вони створені самим митцем або є примірники, які вважаються оригінальними творами мистецтва. У свою чергу, на відміну від Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів, Директива 2001/84/ЄС не застосовується до оригінальних рукописів письменників і композиторів.

Строк охорони для права слідування гармонізований із положеннями Директиви 93/98/ЄЕС Ради від 29 жовтня 1993 року про гармонізацію строків охорони авторського права й деяких суміжних прав¹¹ і становить до сімдесяти років після смерті автора. У зв'язку із цим до сфери застосування права слідування можуть включатися тільки оригінали творів нового й сучасного мистецтва.

З метою адаптації та гармонізації законодавства держав-членів ЄС встановлено перехідний період до 1 січня 2010 року, протягом якого відповідні держави-члени зможуть не запроваджувати право слідування на користь правонаступників митця після його смерті. Також встановлено й строк у два роки для адаптації суб'єктів господарської діяльності

⁹ Звіти Європейського суду за 1993 рік. С. I-5145.

¹⁰ Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art / Official Journal of the European Communities 272. 13.10.2001. P. 32–36.

¹¹ Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights. *Official Journal L 290. 24.11.1993. P. 0009–0013* (OB L 290 від 24.11.1993, с. 9). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31993L0098> (дата звернення: 04.08.2020).

з метою пристосування до системи права слідування та збереження їх життєздатності до того, як такі суб'єкти стануть зобов'язаними застосовувати право слідування до спадкоємців митця після його смерті.

Закріпивши право слідування й визначивши його об'єкт, Директива 2001/84/ЄС також передбачає отримання автором, а після його смерті спадкоємцями роялті від ціни продажу за будь-який перепродаж твору після першого здійснення автором відчуження твору. Згідно зі ст. 3 Директиви, мінімальна ціна продажу в будь-якому разі не може перевищувати 3000 євро, проте загальний розмір роялті не може перевищувати 12500 євро.

У відносинах права слідування з іноземним елементом Директива 2001/84/ЄС закріплює правило, що автори, які є громадянами третіх країн, їхні спадкоємці користуються правом слідування, відповідно до Директиви й законодавства держави-члена лише в разі, якщо законодавство країни, громадянином якої є автор або його правонаступник, передбачає захист прав слідування у своїй країні для авторів держав-членів і для їхніх спадкоємців. Будь-яка держава-член може прирівнювати авторів, які не є громадянами держави-члена, але мають постійне місце проживання в цій державі-члені, до своїх громадян з метою захисту прав слідування (ст. 7). Отже, Директива закріпила чітке правило у відносинах права слідування з іноземним елементом, зокрема принцип взаємності у відносинах захисту прав слідування. У зв'язку із цим якщо в національному законодавстві держави не передбачено захист прав слідування для авторів держав-членів ЄС і для їхніх спадкоємців, то ці особи не будуть користуватися правом слідування відповідно до цієї Директиви та законодавства держави-члена ЄС.

На думку Ю.М. Капіци, стосовно наведених положень директиви українське законодавство потребує не лише доповнень, а й змін через наявність суттєвих розбіжностей, зокрема у визначенні об'єктів авторського права, на які поширюється право слідування.

Замість творів образотворчого мистецтва та художніх творів або оригіналів рукописів літературних творів, варто застосувати право слідування аналогічно директиві – на твори образотворчого мистецтва чи скульптури. Також не варто дублювати цінові пропозиції, установлені в ст. ст. 1 (3), 3 (2), 4, оскільки вони зумовлені економічними реаліями країн ЄС, до яких Україні рівнятися на сучасному етапі її становлення поки що не доводиться¹².

У частині приєднання до відповідних міжнародних угод (зокрема Бернської конвенції) Україна взяти на себе зобов'язання виконала. Проте актуальним залишається питання приведення національного законодавства у сфері авторського права у відповідність до директив ЄС, у тому числі Директиви ЄС про право слідування. При цьому варто зауважити, що країнами-членами ЄС уже досягнуто досить високий рівень гармонізації в цій сфері¹³.

У світлі реалізації Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 21 березня 2014 року ч. 1 і від 27 червня 2014 року ч. 2 (далі – Угода про асоціацію) врегулювання відносин у сфері права інтелектуальної власності для України є надзвичайно актуальним. Ухвалення Угоди й налагодження ефективних економічних відносин зумовлюють нагальну необхідність спрощення створення й комерційного використання інноваційних продуктів і продуктів творчої діяльності на території договірних держав і досягнення належного та ефективного рівня охорони й захисту прав інтелектуальної власності. Передумовою гармонізації законодавства України у сфері права інтелектуальної власності є закріплення в Угоді про асоціацію глави 9 «Інтелектуальна власність». Так, відповідно до ст. 158 Угоди про асоціацію, сторони забезпечують належне

¹² Капіца Ю.М. Авторське право і суміжні права в Європі : монографія. Київ : Логос, 2012. С. 300.

¹³ Люка А. Уніфікація режиму охорони авторського права і суміжних прав у рамках Європейського Союзу. Авторське право і суміжні права. Європейський досвід : у 2 кн. / за ред. А.С. Довгерта. Київ : Видавн. дім «Ін Юре», 2001. Кн. 2 : Виступи, статті європейських спеціалістів / уклад. В.С. Дроб'язко. С. 246.

та ефективно виконання зобов'язань за міжнародними договорами у сфері інтелектуальної власності, учасниками яких вони є, зокрема за Угодою про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. Положення цієї глави доповнюють та уточнюють права й зобов'язання Сторін згідно з Угодою ТРІПС та іншими міжнародними договорами у сфері інтелектуальної власності¹⁴. Положення щодо права слідування закріплені в ст. 190 Угоди про асоціацію.

Важливим також є визначення моменту виникнення права слідування. Думки вчених щодо моменту виникнення права слідування розходяться. Одні науковці момент виникнення права слідування пов'язують із моментом створення твору, інші стверджують, що таке право виникає лише після першого продажу автором оригіналу твору. Так, Р. Дюма, аналізуючи судову практику Франції, спочатку робить висновок, що право слідування виникає в момент, коли художник відчужує свій твір, аби він міг «бути при ньому» під час передачі іншим особам та одержувати відсоток від ціни продажу, якщо твір становитиме предмет договору. Проте в подальшому уточнює, що право слідування від самого початку є частиною майнових прав художника й виникає не з моменту продажу картини митця, а одночасно з правами, пов'язаними з твором¹⁵. О.О. Підпригора спочатку зазначає, що «право слідування виникає лише після першого продажу оригіналу твору образотворчого мистецтва, здійсненого самим автором за свого життя. Якщо ж перший продаж твору здійснений після смерті автора його спадкоємцями, то право слідування не виникає й спадкоємці в цьому разі права на частку від наступних перепродажів твору не мають». Проте в подальшому автор убачає певну недо-

сконалість ст. 27 Закону України «Про авторське право та суміжні права» й указує на те, що визнання автора твору образотворчого мистецтва може прийти після його смерті та навіть значно пізніше. Отже, майнові інтереси спадкоємців автора можуть бути безпідставно обмежені¹⁶.

Виходячи з аналізу законодавства України, вважаємо, що право слідування на твір виникає з моменту створення такого твору, проте здійснення права слідування є можливим за умови відчуження оригіналу твору його автором та у випадках наступного продажу чи перепродажів такого оригіналу продавцями. У зв'язку із цим доцільно розрізнити поняття «виникнення права слідування» та «здійснення права слідування».

Право слідування, на думку Н.В. Щербак, володіє визначеною своєрідністю, яке явно має на увазі захист майнових прав автора. У разі відчуження автором оригіналу твору образотворчого мистецтва під час кожного публічного перепродажу відповідного оригіналу, у якому як продавець, покупець чи посередник бере участь галерея образотворчого мистецтва, художній салон, магазин тощо, автор має право на отримання від продавця винагороди у вигляді процентних відрахувань від ціни перепродажу¹⁷.

У доктрині виокремлюється постійна (константна) та варіативна частини права слідування. Постійна частина права слідування розглядається як деякий ціннісно-нормативний зміст, незмінний для законодавства всіх країн, якими визнано та гарантоване право слідування. Варіативна частина «насичується» залежно від панівної у визначеній країні теорії визнання та захисту авторських прав¹⁸. Отже, загальною ознакою права слідування є його невідчужуваність. Інші умови, зокрема види творів, визначення розміру від

¹⁴ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 30.11.2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text (дата звернення: 04.08.2020).

¹⁵ Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. 2-е изд. Москва : Междунар. отношения, 1993. С. 182.

¹⁶ Підпригора О.О. Законодавство України про інтелектуальну власність. Харків : Консум, 1997. С. 63.

¹⁷ Щербак Н. Авторское право и наследование. Авторское право и смежные права. 2011. № 8. С. 33.

¹⁸ Семиволкова А.М. Право следования в законодательстве России и западноевропейских стран : дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2011. С. 118–119.

суми продажу оригіналу твору тощо, можуть розглядатися як варіативні. Варіативна частина права слідування, як правило, пов'язана з правом держави місця створення твору, особистим законом автора або ж місцем продажу чи перепродажу оригіналів твору.

Законодавство України не містить обмежень стосовно виду спадкування, за яким право слідування може бути успадковане. За законодавством Франції, право слідування може успадковуватися лише спадкоємцями за законом, тоді як спадкоємці за заповітом та інші правонаступники виключаються з кола осіб, що можуть користуватися цим правом¹⁹. Частина 4 ст. 38 Зведеного закону Данії про авторське право (*Bekendtgørelse af lov om orphavsret*) установлює, що після смерті автора право слідування переходить до його подружжя та нащадків. У разі відсутності в автора подружжя й нащадків право слідування переходить до організацій, визначених міністром культури Данії²⁰. Отже, законодавство держав по-різному підходить до визначення кола осіб спадкоємців, до яких переходить у разі спадкування право слідування, або ж узагалі уникає їх визначення, зазначаючи, що таке право переходить до спадкоємців. Отже, коло спадкоємців, що можуть успадковувати право слідування, в одних державах не визначене, в інших є обмеженим.

Уважаємо, що право слідування може переходити як до спадкоємців за законом, так і до спадкоємців за заповітом. Невідчужуваний

характер право слідування має лише за життя автора, у зв'язку із цим заборона відчуження, пов'язана з передачею автором права слідування іншим особам, поширюється лише за його життя. Розпорядження спадкодавця (заповідача), пов'язане з переданням права слідування спадкоємцям у спосіб складення заповіту, не має правовим наслідком передавання такого права за життя автора. До спадкоємців за заповітом таке право переходить лише з моменту відкриття спадщини, а саме в день смерті особи автора. Як законодавство України, так і Директива 2001/84/ЄС не передбачають обмежень щодо кола спадкоємців, до яких може переходити право слідування після смерті автора. У зв'язку із цим установлювати в законодавстві держав будь-які обмеження щодо кола спадкоємців є недоречними. Проте спадкоємці можуть здійснювати таке право лише в межах дії строку чинності майнових прав інтелектуальної власності на твір.

Висновки

Провівши аналіз чинного законодавства України, окремих іноземних держав і міжнародних договорів у сфері права слідування, можемо зазначити, що існує чимало проблем у сфері регламентації права слідування. Тому як Україні, так й іноземним державам необхідно вживати заходи щодо гармонізації законодавства у сфері права інтелектуальної власності. Суттєві зміни, які відбулися у сфері права інтелектуальної власності, також указують на доцільність здійснення міжнародної уніфікації у сфері охорони авторських прав і потребу перегляду чинних міжнародних договорів у цій сфері.

¹⁹ Code de la propriété intellectuelle. URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=11987> (дата звернення: 04.08.2020).

²⁰ Consolidated Act on Copyright 2010. URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=191420 (дата звернення: 04.08.2020).

Situation and ways to enhance the effectiveness and efficiency of law in modern conditions of legal integration in Ukraine

Pocheptsov Yurii

Graduate Student

Institute of State and Law V.M. Koretsky National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine

The author analyzes and generalizes the doctrinal ideas of scholars about the state of effectiveness and efficiency of law in modern conditions of legal integration of Ukraine. It is established that today the issues of efficiency and effectiveness of law in Ukraine are becoming more and more important due to insufficient formation of the domestic legal system, imperfection of the current legislation of Ukraine, its chaotic development, shortcomings of law enforcement, interpretation and enforcement. It is substantiated that the state of effectiveness and efficiency of law is revealed in the legal literature in the same way. It is mainly related to the identified and characterized shortcomings of legal regulation, which lead to a deterioration in the effectiveness and efficiency of the law. It is proved that excessive criticism of scholars' views on the problem of the state of effectiveness and efficiency of law does not characterize it objectively enough. It is emphasized that the state of effectiveness and efficiency of the law is such that it can and should be characterized not only in terms of shortcomings, but also in terms of advantages and trends. The state of effectiveness of law and its effectiveness is revealed in terms of advantages and disadvantages of lawmaking, legal interpretation and enforcement in the current conditions of legal integration of Ukraine.

Our components of the current state of effectiveness and efficiency of law in the context of legal integration of Ukraine not only reflect the advantages and disadvantages of the effectiveness and efficiency of law, but also formed a methodological basis for further characterization of ways to strengthen them and generalize these ways in the form of a system of directions:

- 1) doctrinal-strategic, the content of which is a set of sustainable, scientifically sound, due to the needs and interests of the subjects of law ways to strengthen the process of extending the right to public relations and increase its effectiveness, which determine long-term goals of public utility;
- 2) operational and tactical, the content of which is a set of current, due to the existing needs and interests of the subjects of law ways to strengthen the process of extending the right to public relations and increase its effectiveness, which determine the current short-term goals of public utility.

Стан і шляхи посилення дієвості й ефективності права в сучасних умовах правової інтеграції в Україні

Почепцов Юрій Володимирович

аспірант

Інституту держави і права імені В.М. Корецького

Національної академії наук України, Україна

Вступ

У сучасних умовах правового регулювання в Україні все більше актуалізуються питання дієвості й ефективності права, що зумовлено недостатньою сформованістю вітчизняної правової системи, недосконалістю положень

чинного законодавства України, хаотичним його розвитком, недоліками функціонування механізмів правотворення, правоінтерпретації та правозастосування. Указане підтверджується широким колом реформ, які проводилися в Україні з моменту проголошення незалежності (1991 р.), а також поточним

реформуванням правової, судової, адміністративної та інших сфер життєдіяльності суспільства. З огляду на зазначене, дослідження порівняльно-правових аспектів співвідношення дієвості й ефективності права насамперед потребує вивчення проблематики стану та шляхів посилення дієвості й ефективності права в сучасних умовах правової інтеграції України. Як відзначає О.М. Вольвак, науковий інтерес до проблем ефективності правового регулювання, так само як і його дієвості, у сучасних умовах суттєво зростає¹, особливо з огляду на численні концепції, стратегії, курси розвитку й реформування публічної політики, публічного управління, правового забезпечення та інших аспектів функціонування держави й життєдіяльності суспільства. Але, зважаючи на відсутність комплексних розробок питань дієвості правового регулювання, недостатній рівень вивчення ефективності правового регулювання, наявність плуралізму наукових підходів практично з будь-яких питань у цій сфері, відсутність наукових праць, де містилися б відповіді на всі питання, які ми розглядаємо в межах дослідження, а також на постійний розвиток суспільних відносин, вироблення концептуальних засад, що становитимуть базис для подальших наукових досліджень і закладатимуть теоретичний фундамент у розуміння сутності дієвості й ефективності права, має значну актуальність. Це стосується й засад визначення шляхів підвищення дієвості й ефективності права, опираючись на наявний стан дієвості й ефективності права в Україні.

Ураховуючи наявну недостатність дієвості й ефективності права в Україні, що притаманна вітчизняній правовій системі, а також неоднозначність доктринального розуміння наявного стану та шляхів їх посилення, **метою статті** є характеристика сучасного стану дієвості й ефективності права в Укра-

їні; виокремлення та обґрунтування шляхів посилення дієвості й ефективності права в сучасних умовах правової інтеграції в Україні. Методологію дослідження становлять загальнонаукові та спеціально-наукові методи й методи наукового пізнання, зокрема системно-структурний і прогностичний, за допомогою яких опрацьовувалася джерельна база дослідження, вивчалися наукові концепції, поняття й категорії, формулювалися пропозиції, рекомендації та інші висновки.

Виклад основного матеріалу

Сучасні умови правового регулювання в Україні, з одного боку, є факторами дієвості й ефективності права, а з іншого боку, є вираженням (критерієм) фактичного стану дієвості й ефективності права. Зазвичай ученими стан правового регулювання розкривається лише за особливостями його прояву в окремих сферах суспільних відносин, не характеризуючи його крізь призму дієвості й ефективності права. Загальний же стан правового регулювання охарактеризувати доволі складно, оскільки життєдіяльність суспільства відзначається наявністю чималого розмаїття таких сфер, кожна з яких регламентується за допомогою власного комплексу правових регуляторів. До того ж певні аспекти такого стану висвітлюються в різноманітних звітах, у тому числі розроблених міжнародними інституціями або органами національної влади, залежно від причин вивчення та відображення стану правового регулювання (наприклад, відповідність вимогам, висунутим до України, її законодавства, політики тощо, або правовий моніторинг, чи розроблення пояснювальної записки до проекту нормативного акта тощо). У зв'язку з цим точне та повне визначення стану дієвості й ефективності права загалом (у загальному вигляді) сильно ускладнене, адже для цього необхідно буде враховувати стан правового регулювання в кожній сфері, з кожного питання за низкою показників. Не сприяє цьому й постійна активізація розвитку

¹ Вольвак О.М. Теоретичні засади забезпечення ефективності правового регулювання. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 2. С. 22–25.

суспільних відносин, прийняття великої кількості підзаконних нормативних актів. Тим не менше, зважаючи на поставлені перед нами завдання, спробуємо здійснити аналіз та узагальнити доктринальні уявлення вчених про стан дієвості й ефективності права в сучасних умовах правової інтеграції в Україні. Так, на переконання В.В. Середи, Конституція України насамперед містить досягнення вітчизняної та зарубіжної наукової юридичної думки. Тому закріплює основний напрям розвитку нашої держави, регламентуючи в ст. 1 положення, що Україна – це права держава. Відповідно, головними принципами життєдіяльності країни мають бути первинність і верховенство права; пріоритет забезпечення, охорони й захисту прав і свобод людини та громадянина; рівність і партнерство суспільства й держави; верховенство норм міжнародного права й узгодженість з ними національного законодавства; розподіл функціональних зобов'язань між гілками влади. Оцінюючи відповідність чинного національного законодавства цим принципам правової демократичної держави, можемо стверджувати, що Україна закріпила всі основні демократичні цінності й сформувала передумови для розвитку правової держави². Разом із тим практика свідчить про наявність значної правової прогалини між українськими реаліями та проголошеною в Конституції метою, хоча вжито низку заходів для утвердження України як правової держави: відбулися й відбуваються зрушення в оцінюванні прав і свобод людини, у їх правовому регулюванні, окреслено способи їх реалізації, визнано юрисдикцію європейських інститутів захисту прав і свобод людини, сформовано відповідні правові механізми³. Отже, сучасний стан дієвості та ефективності права, відповідно до вказаної думки науковця, варто визначити як такий, що

відзначається певними недоліками, зокрема такими, що пов'язані з декларативністю, низьким рівнем реалізації тощо. Зокрема, характеризуючи такі прогалини й розходження між задекларованим й реальним станом правового забезпечення у державі, Н.М. Пархоменко відзначає із цього приводу, що сучасний стан розвитку законодавства України характеризується колізійністю норм, наданням переваги підзаконній, відомчій і локальній нормотворчості, відсутністю заходів юридичної відповідальності щодо порушення норм права органами державної влади, що сприяє розвитку корупційності. Закони часто є результатом панування принципу політичної доцільності, а не об'єктивною потребою регулювання суспільних відносин, компромісом між різними політичними силами, тому втрачають свою ефективність уже на момент прийняття⁴. У свою чергу, А.С. Стащенко звертає увагу на те, що в сучасних умовах найслабшою ланкою в системі факторів ефективності чинного українського законодавства є: 1) низька соціально-правова якість законів; 2) неадекватність законів соціально-політичним реаліям; 3) нездатність законодавства забезпечити узгодження соціальних інтересів⁵. Для вирішення наведених проблем вчені пропонують такі шляхи покращення стану правового регулювання. Зокрема, вченими наголошується на тому, що одним із заходів підвищення ефективності законодавства є планування законотворчих (законопроектних) робіт⁶, яке має охоплювати поточну законотворчу діяльність парламенту й перспективний план законопроектних робіт. При цьому окремим кроком має бути розроблення плану дій, пов'язаних із реалізацією законотворчих планів, і його узгодження з планами соціально-еко-

² Середа В.В. Концептуальні засади правового регулювання в Україні. *Теоретико-прикладні проблеми правового регулювання в Україні* : збірник тез регіонал. наук.-практ. конф. (м. Львів, 16 грудня 2016 р.). Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2016. С. 5

³ Там само. С. 6.

⁴ Пархоменко Н.М. Ефективність законодавства України на сучасному етапі: проблеми забезпечення. *Ефективність норм права* : матеріали VII Міжнарод. наук.-практ. конф. (м. Київ, 17 листопада 2016 р.). Київ : Ніка-Центр, 2016. С. 354.

⁵ Стащенко А.С. До питання вдосконалення шляхів підвищення ефективності сучасного законодавства. *Держава і право*. 2009. Вип. 46. С. 96.

⁶ Пархоменко Н.М. Там само. С. 355.

номічного розвитку. У більшості стан дієвості й ефективності права загалом, а також і в частині особливостей функціонування вітчизняної системи правового регулювання розкривається в юридичній літературі однотипно. Переважно він пов'язаний з установленими та охарактеризованими недоліками правового регулювання, що зумовлюють погіршення показників дієвості й ефективності права. Зокрема, ученими відзначається такі з них, як прогалини, що виражаються у відсутності правової норми нормативно-правового акта⁷, неузгодженості та суперечності правових приписів, наявність великої кількості нормативних актів з одних і тих самих питань⁸, нерозмежованість повноважень між органами публічної влади, унаслідок чого кожен із них приймає власний правотворчий акт для врегулювання ідентичних правовідносин⁹, застарілість правових положень, відсутність законодавчо закріпленої системи форм (джерел) права, у тому числі й нормативно-правових актів України¹⁰ тощо. Усі ці та інші проблеми можуть відігравати водночас роль напрямів посилення ефективності й дієвості права, оскільки їх вирішення сприятиме підвищенню їх рівнів. На нашу думку, така надмірна критичність поглядів учених на проблему стану дієвості й ефективності права недостатньо об'єктивно його характеризує. Варто відзначити, що стан дієвості й ефективності права є таким, що може та має бути охарактеризований із погляду не лише недоліків і недостатностей, а й із погляду переваг і тенденцій розвитку. Це дасть змогу всебічно розкрити стан дієвості й ефективності права,

а також установити його особливості. Уважаємо, що стан дієвості та стан ефективності права є органічно пов'язаними між собою, установлювати стан дієвості права окремо від стану ефективності права й навпаки є невинуватим із погляду методології юридичних досліджень, оскільки зазначені властивості права є невід'ємними, їх характеристика є взаємопов'язаною. Отже, характеристика стану дієвості права або стану ефективності права окремо буде неповною, оскільки не даватиме змоги загалом охарактеризувати стан поширення й поширеності права на суспільні відносини, створюватиме хибне уявлення про роль права в сучасних умовах правового регулювання в Україні. На нашу думку, сучасний стан дієвості й ефективності права в Україні варто розкрити з погляду недоліків складників сучасного правоутворення¹¹.

У юридичній літературі більшість учених схиляється до думки, що правоутворення має розумітися в широкому значенні, яке включає в себе такі складники, як правотворення, правоінтерпретація та реалізація права. Отже, стан дієвості права та його ефективності має бути розкритий із погляду переваг і недоліків правотворення, правоінтерпретації та правореалізації в сучасних умовах правової інтеграції в Україні.

1. Стан правотворчості в Україні, що становить складник характеристики стану дієвості й ефективності права, відображає особливості формалізації права, підготовку, розгляд та ухвалення правотворчих актів, їх подальшу промульгацію. Стан правотворчості в Україні в сучасних умовах правової інтеграції, на нашу думку, доцільно визначити з погляду наявних переваг і недоліків. До переваг сучасної вітчизняної правотворчості варто зарахувати поступове подолання радянської моделі правотворчості, визначальну роль у якій відігравали положення офіційної

⁷ Андрушакевич Ю. Ефективність правоконкретизації: фактори та шляхи підвищення. *Право України*. 2012. № 1/2. С. 428–429.

⁸ Хряпінський П. Ефективність заохочувальних норм: деякі пропозиції щодо вдосконалення законодавства. *Право України*. 2009. № 10. С. 172.

⁹ Теплюк М.О. Ефективність дії закону та умови її забезпечення: окремі питання теорії. *Юридична Україна*. 2013. № 12. С. 35–36.

¹⁰ Павлюк А.Г. Репрезентативно-феноменологічна узгодженість та правильність і/або обґрунтованість та дієвість права. *Часопис Київського університету права*. 2016. № 3. С. 69–70.

¹¹ Правоутворення ми розглядаємо в широкому значенні як особливий феномен, що включає в себе такі елементи, як правотворчість (з складником зародження об'єктивної необхідності права), його подальшу інтерпретацію та соціалізацію права, засобом якої є його реалізація.

ідеології, якій була притаманна монополізація права на творення права виключно суб'єктами державної влади, надмірна декларативність правотворчості, неузгодженість правотворчості загальносоюзного та республіканського рівнів. Сьогодні в Україні фактично сформовано власний механізм правотворчості, посилено й розширено засоби виявлення об'єктивної необхідності зміни правового регулювання, суттєво розширено можливості участі інституцій громадянського суспільства в правотворчості, демонополізовано право на правотворчість, доповнивши коло суб'єктів правотворчості суб'єктами громадянського суспільства (народом держави, суб'єктами місцевого самоврядування, громадськими об'єднаннями тощо), запроваджено багато-партійну політичну систему, елементи якої наділені можливістю як здійснювати вплив, так і впливати на правотворчість як загальнодержавного, так і місцевого та муніципального рівнів; посилено рівень правового забезпечення правотворчості в частині конкретизації повноважень суб'єктів правотворчості, процесу її здійснення, місця актів правотворчості, суттєво підвищено рівень юридико-технічної підготовки актів правотворчості тощо. Водночас недоліками сучасного стану правотворчості в Україні варто визначити тривалий процес реформування правового забезпечення більшості сфер життєдіяльності суспільства, подекуди його непослідовність і неефективність, посилення кризових явищ у політичній, економічній, соціальній та інших сферах, недостатній рівень правової свідомості та правової культури громадян, неповне врахування об'єктивної необхідності творення права, посилення лобіювання правотворчих інтересів, можливість втручання в правотворчу діяльність, варто відзначити наявну непослідовність правотворчості, у результаті чого розвиток права відбувається хаотично, порушуються вимоги юридичної техніки, правила процесуального порядку створення актів правотворчості, наявними є помилки у визначенні їх форми та структури тощо.

2. Стан правоінтерпретації в Україні, що становить складник характеристики стану дієвості й ефективності права, відображає особливості сприйняття й роз'яснення сутності та змісту права. Стан правоінтерпретації права в Україні в сучасних умовах правової інтеграції, на нашу думку, доцільно так само визначити з погляду наявних переваг і недоліків. До переваг сучасної вітчизняної правоінтерпретації варто зарахувати також поступове подолання радянської моделі тлумачення права, в основі якої – положення офіційної ідеології, а результати такого тлумачення відображали основи радянської правової системи та радянського суспільного устрою загалом. Окрім того, варто відзначити й певне подолання невиправданої централізації прав офіційного тлумачення, що здійснювалось виключно Верховним Судом СРСР. Сьогодні тлумачення права в Україні представлене в межах різних видів і здійснюється за допомогою широкого кола способів, які забезпечують широкий комплексний підхід до тлумачення правових норм. Водночас недоліками сучасного стану правоінтерпретації в Україні є остаточно невизначеність кола суб'єктів, що наділені правом здійснювати офіційне тлумачення норм Конституції України та норм, закріплених у положеннях законодавчих актів, неусталеність механізму застосування різноманітних способів тлумачення та методики такого застосування, невизначеними є межі тлумачення, що зумовлено недоліками правового закріплення статусу суб'єктів правоінтерпретації в Україні, неузгодженою є практика тлумачення норм права, що здійснюється різними суб'єктами тлумачення, що, у свою чергу, підвищує ризик суперечностей під час здійснення тлумачення одних і тих самих норм права, невизначеним є статус актів правоінтерпретації, неузгодженою є їх система, законодавчо нерегламентованим залишається співвідношення актів офіційного тлумачення в Україні тощо.

3. Стан реалізації права в Україні, що становить складник характеристики стану

дієвості й ефективності права, відображає особливості процесу та результату втілення правових норм і принципів права в правомірній поведінці суб'єктів права, що націлений на настання певних юридичних наслідків, здійснюється в різних формах, зумовлених специфікою правових норм, за допомогою встановлених засобів правового впливу на поведінку суб'єктів. Стан реалізації права в Україні в сучасних умовах правової інтеграції, на нашу думку, доцільно так само визначити з погляду наявних переваг і недоліків. До переваг сучасної вітчизняної правореалізації варто зарахувати знову ж таки подолання заідеологізованості функціонування механізму правореалізації, формування нової системи суб'єктів правозастосування, посилення правового забезпечення їх діяльності, розширення та посилення механізмів охорони й захисту прав, свобод і законних інтересів суб'єктів права. Водночас сьогодні все ще існує широкий спектр недоліків реалізації права в Україні. Зокрема, недостатнім є рівень правового забезпечення прав і свобод суб'єктів права, а також обов'язків, що на них покладаються, низький рівень правової культури та правової свідомості громадян суттєво погіршують реалізацію права, недоліки функціонування механізмів охорони й захисту прав і свобод людини, невиправдано надмірна бюрократизованість діяльності суб'єктів державної влади, органів і посадових осіб місцевого самоврядування, низький рівень взаємодії суб'єктів владних повноважень і громадян під час формування та здійснення державної політики в різноманітних сферах суспільних відносин, наявні недоліки правозастосовної діяльності в частині недотримання повноважень суб'єктами правозастосування, порушення процесу застосування права, недоліки оформлення актів правозастосування тощо.

Виокремленні нами складники сучасного стану дієвості й ефективності права в умовах правової інтеграції в Україні не лише відобразатимуть переваги та недоліки стану забезпеченості дієвості й ефектив-

ності права, а й становитимуть методологічну основу для подальшої характеристики шляхів їх посилення, узагальнення вказаних шляхів у вигляді системи напрямів. Шляхи посилення дієвості й ефективності права в юридичній літературі переважно розкриваються крізь призму окремих положень щодо вдосконалення законодавства, підвищення рівня дієвості й ефективності норм права, що закріплені положеннями вітчизняного законодавства, реформування правової системи, удосконалення юридичної практичної діяльності тощо. Шляхи посилення дієвості й ефективності права, так само як і їх стан, не доцільно виокремлювати та обґрунтовувати окремо один від одного, оскільки в такому разі будуть відокремлені й неузгоджені між собою пропозиції щодо посилення функціонування засобів і механізмів поширення права на суспільні відносини, а також засобів і механізмів досягнення правового ефекту. Окрім того, вважаємо за доцільне відійти від загальних пропозицій щодо посилення дієвості й ефективності права загалом та акцентувати увагу на тих шляхах такого посилення, що є витребувані з погляду особливостей сучасного етапу правової інтеграції України.

Висновки

Уважаємо, що доктринально визначений спектр шляхів посилення дієвості й ефективності права в Україні доцільно узагальнити в межах таких напрямів:

1) доктринально-стратегічний, змістом якого є комплекс сталих, науково обґрунтованих, зумовлених потребами та інтересами суб'єктів права шляхів посилення процесу поширення права на суспільні відносини й підвищення його результативності, які визначають довгострокові цілі забезпечення суспільної корисності права. Зазначений напрям включає в себе доктринальне переосмислення сучасних підходів до праворозуміння як основи пізнання дієвості й ефективності права; посилення обґрунтованості права,

підвищення рівня його об'єктивної витребуваності, посилення правового забезпечення загально соціальних потреб та інтересів, удосконалення юридико-технічної формалізації права; вироблення системи критеріїв виміру дієвості й ефективності права, а також визначення механізмів їх застосування з метою виявлення недоліків функціонування права на предмет їх усунення та посилення дієвості й ефективності права тощо;

2) оперативно-тактичний напрям, змістом якого є комплекс поточних, зумовлених наявними потребами й інтересами суб'єктів права шляхів посилення процесу поширення права на суспільні відносини та підвищення його результативності, які визначають поточні короткострокові цілі забезпечення суспільної корисності права. Фактично відмінністю між доктринально-стратегічним та оперативно-тактичним напрямом посилення дієвості й ефективності права є те, що доктринально-стратегічний напрям поєднує в собі комплекс відповідних шляхів, що націлені на довготривалу дію в частині посилення дієвості й ефективності права. На відміну від оперативно-тактичного напрямку, що має більш конкретний характер, орієнтований на більш

короткі тимчасові кроки посилення дієвості й ефективності права, доктринально-стратегічний напрям є більш усталеним, його шляхи є більш стабільними та незмінними, відзначаються наявністю відповідного механізму їх реалізації, хоча фактично виокремлені нами вище напрями є взаємопов'язаними й разом становлять систему засобів досягнення єдиної мети – посилити дієвість та ефективність права в сучасних умовах правової інтеграції в Україні. Складниками оперативно-тактичного напрямку є посилення наукового дослідження історико-правових, методологічних, категоріальних, соціально-політичних і прикладних аспектів дієвості й ефективності права; правове закріплення повноважень суб'єктів, відповідальних за забезпечення дієвості й ефективності права, а також відповідальних за проведення їх виміру, посилення правового забезпечення дотримання вимог своєчасності та оперативності творення права, його тлумачення й реалізації, закріплення механізмів врахування факторів дієвості й ефективності права, посилення правотворчої та правоінтерпретаційної діяльності, а також діяльності у сфері реалізації права тощо.

About the issue of the qualification of intervention in the activities of the defender

Tychyna Tetiana

*Postgraduate Student at the Department of Criminal Law
of the Law Faculty*

V.H. Karazin Kharkiv National University, Ukraine

Legal assistance is an integral part of legal validity in developed countries and one of the key functions of jurisprudence. Demand for legal assistance to resolve a variety of cases will exist forever, as the major part of people can not really possess the complex of special knowledge needed to protect the rights effectively.

Legal profession is an important legal institution of the developed countries, it safeguards the human rights and equals. It is also a complex social system composed of all the layers of a particular state.

Realization of the human right to legal assistance (protection included) is possible if there are normal conditions to act for people who exercise the protection. The condition mentioned requires an in-depth study of foreign experience of protecting individual's rights and guarantees in providing legal assistance.

The mechanism for protecting lawyer's professional rights is imperfect, the guarantees of advocacy are insufficient to ensure the proper exercise of professional powers. Thus, the clarification of an issue of a qualification of crime, mentioned in Art. 397 of the Criminal Code of Ukraine is important for the theory of criminal law, legislative activity and the exercise of using the norm mentioned.

There is an analysis of judicial practice on bringing to justice for interference in the activities of a lawyer or a representative of a person during the performance of professional activities in providing legal services.

Author analyzes the concept of qualification of a crime in general and in particular the criminal offence under the Art 397 of the Criminal Code of Ukraine. A number of problem aspects have been identified. Those aspects in a certain sense make impossible the qualification of acting under the Art. 397 of the Criminal Code of Ukraine.

It is noted that the courts make mistakes, and they have difficulties in the classification of acts under the Art. 397 of the Criminal Code of Ukraine, which in turn leads to escaping the responsibility by the guilty party, or bearing it not fully implemented.

Щодо проблем кваліфікації втручання в діяльність захисника

Тичина Тетяна Євгенівна

*аспірантка кафедри кримінально-правових дисциплін
юридичного факультету*

Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна, Україна

Вступ

Однією з правових гарантій забезпечення наданого Конституцією України права особи користуватись правовою допомогою є встановлення кримінальної відповідальності за вчинення в будь-якій формі перешкод до здійс-

нення правомірної діяльності захисника чи представника особи щодо надання правової допомоги або порушення встановлених законом гарантій їхньої діяльності й професійної таємниці. Отже, з'ясування питання проблем кваліфікації злочину, передбаченого ст. 397 Кримінального кодексу України (далі –

КК України), має вагомe значення для теорії кримінального права, законотворчої діяльності та практики застосування зазначеної норми.

Мета статті – з'ясувати питання проблем кваліфікації злочину, передбаченого ст. 397 КК України.

Виклад основного матеріалу

Термін «кваліфікація» походить від латинських слів: «qualis» (якість) і «facio» (роблю). Як поняття права кваліфікація означає оцінювання юридичного факту на відповідність правовим нормам, зарахування дій особи до певних нормативних актів.

У науці кримінального права прийнято розмежовувати поняття «кримінально-правова кваліфікація» та «кваліфікація злочинів». Кримінально-правова кваліфікація є більш широким поняттям, оскільки в кожному конкретному випадку вона може мати результатом як кваліфікацію злочину (наприклад, кваліфікація заволодіння чужим майном як злочину – крадіжка), так і висновок про відсутність у діячів чи бездіяльності особи ознак складу злочину (наприклад, кваліфікація заволодіння чужим майном як адміністративного правопорушення – дрібне викрадення чужого майна).

У кримінальному праві кваліфікувати злочин означає встановити повну відповідність ознак фактично вчиненого діяння ознакам складу (складів) злочинів, що передбачені однією чи кількома кримінально-правовими нормами. Тобто кваліфікація злочину вирішує питання: які саме злочини вчинено та якими нормами ці злочини передбачено¹.

У процесі застосування кримінально-правової норми судовий розгляд справи посідає основне місце, адже саме за результатами його здійснення виноситься остаточне рішення у справі. Застосування кримінального закону стосується вирішення двох основних питань: кваліфікації діяння та визначення його кримінально-правових наслідків². У часі кримі-

нально-правова кваліфікація діяння передусім визначенню заходів кримінально-правового характеру щодо особи і є правовою основою здійснення останнього.

П.Л. Фріс, розглядаючи питання реалізації кримінально-правової політики через застосування кримінального права, наголошує, що саме кваліфікація злочину в будь-якому разі є відправною точкою всього процесу застосування³. Якщо кримінальний закон загалом визначає, які діяння є злочинними, тобто створює законодавчу абстракцію, то виключно на основі кваліфікації можна визначити, чи є злочином конкретне діяння, що мало місце в реальному житті. Отже, кваліфікація злочину є тією ланкою, що дає змогу безпосередньо реалізувати державно-політичну волю в конкретній життєвій ситуації⁴.

Кваліфікація злочинів є підставою для призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності й від покарання, застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх і частково й опосередковано застосування примусових заходів медичного характеру.

Це дає змогу констатувати, що кваліфікація злочинів є основоположною, фундаментальною, центральною, стрижневою частиною, ядром застосування кримінального закону в слідчій і судовій практиці⁵. У кваліфікації злочину виявляється принцип персональної відповідальності особи за конкретне діяння, передбачене законом. Звідси випливає, що лише правильна кваліфікація є однією з гарантій здійснення правосуддя відповідно до закону⁶.

Правильна кваліфікація злочину – це єдиний можливий варіант кримінально-правової

¹ Топчій В.В., Антипов В.І. Актуальні проблеми кримінально-правової кваліфікації. В. : Нілан-ЛТД, 2017.

² Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 370.

³ Фріс П.Л. Політика у сфері боротьби зі злочинністю і права людини. Н. : Вид-во ЗАТ «Надвірнянська друкарня», 2009. С. 59.

⁴ Тубелець О.С. Проблеми класифікації злочинів. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2013. № 3 (150). С. 100.

⁵ Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. Москва : АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. С. 10.

⁶ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. Москва : Юридическая литература, 1972. С. 28.

оцінки діяння, це повне, вичерпне застосування всіх статей, частин і пунктів закону про кримінальну відповідальність, що охоплюють це суспільно небезпечне діяння⁷. На досягнення правильної кваліфікації спрямована вся діяльність компетентних органів держави, оскільки вона є ідеальною моделлю правозастосовної діяльності в галузі кримінального права⁸.

Неухильне дотримання принципів кримінально-правової кваліфікації, виконання її правил, вироблених теорією кримінального права й апробованих на практиці, забезпечують правильні результати відповідної правозастосовної діяльності. Однак поряд із правильною кримінально-правовою кваліфікацією нерідко допускаються й помилки та зловживання під час її проведення.

Неправильна кримінально-правова кваліфікація становить відносно поширене явище. Про її наявність і масштаби свідчать насамперед випадки зміни кваліфікації в ході кримінального процесу та прийняті у зв'язку з цим процесуальні документи⁹.

Помилки у кваліфікації злочинів мають особливу сферу буття – сферу індивідуального правового регулювання. Вони спотворюють владну державну волю, яка концентрується в нормативних актах, під час переведення її в площину конкретних правових відносин, що є негативним результатом під час проведення кваліфікації діяння. Тим самим зменшуються правозабезпечувальні можливості правових норм у регулюванні суспільних відносин, точність їх дії у кожному окремому випадку. Характерна риса індивідуального правового регулювання – спрямованість на забезпечення неухильної й точної дії права щодо конкретних суб'єктів і фактів життя. Тому помилка у кваліфікації злочинів пору-

шує коло генетичного зв'язку нормативних та індивідуальних приписів, їх відношення субординації та взаємообслуговування. Отже, створюється розрив між нормативним правовим регулюванням та індивідуальним, між можливістю й дійсністю в процесі застосування норм права та під час кваліфікації злочинів¹⁰.

Серед злочинів проти правосуддя окрему групу утворюють посягання, що спрямовані проти нормальної діяльності захисника чи представника особи, пов'язаної з наданням правової допомоги.

Надані адвокатам Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», іншими законодавством України професійні права, а також честь і гідність адвоката охороняються законом. Реалізація цих прав і повноважень забезпечується відповідними гарантіями адвокатської діяльності, передбаченими, зокрема, ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»¹¹ та спрямованими на реалізацію професійних прав адвоката. Ці гарантії, з огляду на їх особливе значення, самі потребують належної правової охорони¹².

КК України передбачено відповідальність за низку протиправних діянь, що полягають у порушенні права на захист, втручанні в діяльність захисника чи представника особи з надання правової допомоги або, інакше, полягають у порушенні права на правову допомогу. П'ять статей чинного КК України безпосередньо передбачають відповідальність за такі кримінальні правопорушення (злочини та кримінальні проступки):

1. порушення права на захист (ст. 374 КК України);

⁷ Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів : монографія. Київ : Атіка, 2004. С. 46–47.

⁸ Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 366.

⁹ Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 363.

¹⁰ Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів : монографія. Київ : Атіка, 2004. С. 35.

¹¹ Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17.

¹² Багіров С.Р. Проблеми визначення змісту об'єкта втручання в діяльність захисника чи представника особи (ст. 397 КК України). *Новітні кримінально-правові дослідження – 2015* : збірник наукових праць / відп. ред. О.В. Козаченко. Миколаїв : Іліон, 2015. С. 13.

2. втручання в діяльність захисника чи представника особи (ст. 397 КК України);

3. погроза або насильство щодо захисника чи представника особи (ст. 398 КК України);

4. умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи (ст. 399 КК України);

5. посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги (ст. 400 КК України).

Значення цих складів злочинів важко переоцінити, адже вони створюють необхідні гарантії належної діяльності й кримінально-правового захисту захисників і представників осіб.

Однак аналіз статистичних даних указує на те, що ці статті застосовуються вкрай рідко. Так, у 2014 році за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 398 «Погроза або насильство щодо захисника чи представника особи» КК України, засуджено три особи¹³.

У 2015 році за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 397 «Втручання в діяльність захисника чи представника особи» КК України, засуджено лише одну особу¹⁴. У 2018 році за вчинення злочину, передбаченого ст. 398 КК України, засуджено лише двох осіб (одну – за ч. 1, а другу – за ч. 2 цієї статті)¹⁵. Інформація щодо засудження за статтями 397–400 КК України в статистичних звітах за 2016 та 2017 роки окремо не

виділяється^{16,17}. Це дає змогу припустити, що до відповідальності за цими статтями не притягнуто жодної особи або такі факти мали поодинокий характер. При цьому варто зазначити, що з 2014 по 2018 роки в Україні сталося більше ніж 2500 злочинів проти правників. Про це йдеться у звіті про порушення прав адвокатів в Україні за 2014–2018 роки, який підготував Комітет захисту прав адвокатів і гарантій адвокатської діяльності НААУ. У документі оприлюднено статистику злочинів проти адвокатів за 5 останніх років, а також найбільш гучні справи проти правників. Так, з 2014 по 2018 роки в Україні сталося 9 убивств адвокатів; 6 замахів на вбивство адвокатів; 144 випадки кримінального переслідування адвокатів; 41 випадок застосування фізичного насилля щодо адвокатів; 150 випадків знищення майна адвокатів; 983 випадки проведення обшуків приміщень адвокатів; 16 випадків проведення негласних слідчих дій щодо адвокатів; 31 випадок допитів адвокатів як свідків; 1378 випадків втручання та перешкоджання законній діяльності адвокатів¹⁸.

На нашу думку складність в контексті притягнення винних осіб за вчинення дій, передбачених ст. ст. 397–400 КК України пов'язана з конкуренцією кримінально-правових норм.

Грунтовний аналіз питань кваліфікації втручання в діяльність захисника показав таке.

Частиною 1 ст. 397 КК України передбачено кримінальну відповідальність за створення в будь-якій формі перешкод для здійснення правомірної діяльності захисника чи

¹³ Звіт про кількість осіб, засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання за 2014 рік / Судова влада України. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/lkflghkjlh.

¹⁴ Звіт про кількість осіб, засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання за 2015 рік / Судова влада України. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/Sud_statustuka_Zvit_2015.

¹⁵ Звіт про кількість осіб, засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання за 2018 рік / Судова влада України. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2018.

¹⁶ Звіт про кількість осіб, засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання за 2016 рік / Судова влада України. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/2016_zvit.

¹⁷ Звіт про кількість осіб, засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання за 2017 рік / Судова влада України. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2017.

¹⁸ URL: <https://ukrainepravo.com/news/ukraine/u-naau-oprylyudnyly-statystyku-zlochyniv-proty-advokativ-za-5-rokiv/>.

представника особи з надання правової допомоги, а також за порушення встановлених законом гарантій їхньої діяльності та професійної таємниці. При цьому під порушенням установлених законом гарантій діяльності захисника або представника особи в юридичній літературі пропонується розуміти будь-які незаконні дії особи, що проявляються в погрозі застосування насильства, умовлянні, шантажуванні захисника чи представника особи, незаконній відмові в наданні необхідних документів або інформації під час провадження цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, справ про адміністративні правопорушення, а також незаконний вплив у будь-якій іншій формі на правомірну діяльність зазначених осіб. Злочин вважається закінченим із моменту втручання в будь-якій формі в діяльність захисника чи представника особи, незалежно від того чи настали бажані наслідки для винної особи.

Водночас ст. 296 КК України встановлено кримінальну відповідальність за хуліганство (грубе порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства).

Так, вироком суду ОСОБА_3 визнано винною в учиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 397, ч. 1 ст. 296, ч. 2 ст. 398 КК України, за таких обставин. Після закінчення судового розгляду цивільної справи ОСОБА_4 та ОСОБА_5 першими покинули зал судового засідання і стали сходити донизу. Наздогнавши їх, ОСОБА_3, достовірно усвідомлюючи, що потерпіла адвокат ОСОБА_4 представляє інтереси ОСОБА_5, застосувала психологічний тиск, який виразився у висловленні погроз фізичною розправою, а також словесних образах, явно необґрунтованій критиці, нетактовному й принизливому висловлюванню на адресу потерпілої та нецензурній лайці в її бік. У такий спосіб ОСОБА_3 незаконно впливала на адвоката ОСОБА_4 з метою примусити її відмовитися від надання правової допомоги, брати участь у судових засіданнях на боці ОСОБА_5, що є втручанням у діяльність представника особи.

Також у цей же час ОСОБА_3, усвідомлюючи, що перебуває в публічному місці, а саме в приміщенні суду, нехтуючи суспільними моральними цінностями, з мотивів явної неповаги до суспільства, при цьому висловлюючись нецензурною лайкою в бік потерпілої ОСОБА_4 і її довірителя ОСОБА_5, діючи умисно, усвідомлюючи, що адвокат ОСОБА_4 не відмовилася від виконання своїх обов'язків, продовжила висловлювати образи та нецензурно лягтися в її бік і заподіяла потерпілій ОСОБА_4 легкі тілесні ушкодження, які спричинили короткочасний розлад здоров'я¹⁹. Суди апеляційної та касаційної інстанції вирок у частині кваліфікації дій винної особи залишили без змін.

У цьому контексті певний інтерес становить кваліфікація дій винної особи за ч. 1 ст. 296 КК України. Як впливає з вищезазначених рішень судів різних інстанцій, винна особа, погрожуючи потерпілій та ображаючи її, намагалася так добитися від неї відмови від представництва інтересів її клієнта. При цьому свої образи винна особа висловлювала в громадському місці. Отже, можна сказати, що в її діях мала місце ідеальна сукупність злочинів, коли в результаті вчинення одного чи кількох злочинних діянь винна особа вчинила два злочини²⁰.

Разом із тим у випадках, коли діяння розпочинається як втручання, так би мовити, «у чистому вигляді», а вже в процесі здійснення умисел переростає в більш тяжкий вид, наприклад, передбачений ст. ст. 398, 399 або 400 КК України, сукупність із ч. 1 ст. 397 КК України відсутня. У такому разі вчинене має кваліфікуватися виключно за ст. ст. 398, 399, 400 КК України.

Кваліфікуючою ознакою злочину, передбаченого ч. 2 ст. 397 КК України, є дії, учинені службовою особою з використанням свого

¹⁹ Вирок Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області від 03.02.2016 у справі №344/3089/14-к/Сдинийдержавнийреєстрсудовихрішень.URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/55393819>.

²⁰ Зеленов Г. Кваліфікація злочинів проти правосуддя у сфері забезпечення гарантій професійної діяльності захисників або представників особи. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 9. С. 195.

службового становища. Це використання винною особою своїх прав і повноважень, наданих їй за посадою або у зв'язку з певною службовою діяльністю²¹, у результаті яких вона втручається в діяльність захисника чи представника особи.

Таким втручанням можуть бути, зокрема, подання слідчим, прокурором, а також винесення окремої ухвали (постанови) суду щодо правової позиції захисника в провадженні, втручання в правову позицію захисника, незаконне витребування від захисника будь-якою особою інформації, що стала йому відома у зв'язку з виконанням ним своїх обов'язків тощо²².

Логічний аналіз такого виду втручання, як подання слідчим, прокурором, а також винесення окремої ухвали (постанови) суду щодо правової позиції захисника в провадженні, указує на наявність істотних ознак об'єктивної сторони інших кримінальних правопорушень (злочинів і кримінальних проступків), позаяк у разі винесення судом окремої ухвали щодо правової позиції захисника з метою перешкоджання його професійній діяльності або втручання в його діяльність наявними є ознаки об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 375 КК України.

Частина 2 ст. 397 КК України містить кваліфікуючу ознаку «ті самі дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища». Тобто ця норма містить указівку щодо виконання об'єктивної сторони виключно спеціальним суб'єктом, якій збігається із суб'єктом, установленим ст. 364 КК України. Отже, під час кваліфікації злочину за ч. 2 ст. 397 КК України ми зустрічаємося з конкуренцією кримінально-правових норм.

Досліджуючи питання проблем кваліфікації втручання в діяльність захисника чи представника особи щодо надання правової допомоги,

²¹ Кримінальне право: Особлива частина : підручник / Г.М. Зеленов, М.В. Карчевський, М.І. Хавронюк та ін. ; за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Київ : Дакор, 2013. С. 705.

²² Литвинов О.М. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Київ : Центр учбової літератури, 2017. С. 467.

варто акцентувати увагу на аналізі об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого ст. 397 КК України. На нашу думку, недосконалість диспозиції ч. 1 ст. 397 КК України сама по собі дещо ускладнює кваліфікацію втручання в діяльність захисника.

Так, вироком суду ОСОБА_3 визнано винною в учиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 397 КК України, за таких обставин. Судом встановлено, що ОСОБА_3, працюючи начальником виправної колонії, будучи представником влади та службовою особою, уповноваженою в наданні дозволів на побачення із засудженим, чинив перешкоди в здійсненні правомірної діяльності захисників за таких обставин. Так, засуджений ОСОБА_6, який відбував покарання у виправній колонії, у зв'язку з погіршенням стану здоров'я та необхідністю лікування був переведений із цієї установи в медичну клініку. У виправну колонію до ОСОБА_3 прибула ОСОБА_7, яка є дружиною ОСОБА_6 і була на той час його захисником із кола близьких родичів. При цьому ОСОБА_7 стала клопотати перед начальником колонії надати їй як захиснику, а також адвокату ОСОБА_8, який теж був захисником засудженого, можливість без обмеження тривалості й часу відвідувати ОСОБА_6 у медичній клініці та мати з ним там побачення. Натомість ОСОБА_3, умисно порушуючи норми законодавства, які забезпечують право захисника на побачення із засудженим, гарантують право засудженим на правову допомогу й зобов'язують адміністрацію колонії надавати їм зустріч з адвокатом і захисником, відмовив захиснику ОСОБА_7 у наданні таких побачень із засудженим у медичній клініці²³.

Захисник обвинуваченого (засудженого), окрім іншого, в апеляційній і касаційній скаргах зазначав неправильне застосування кримінального закону, а саме те, що вчинення перешкод може реалізуватися виключно

²³ Вирок Сосницького районного суду Чернігівської області від 10.09.2015 у справі № 738/2867/14-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/50054995>.

активними діями. Суди апеляційної та касаційної інстанції цей вирок залишили безмін^{24,25}.

І тут варто погодитися з позицією А.О. Мороза, який слушно вказує, що вчинення в будь-якій формі перешкод службовими особами з використанням свого службового становища до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи щодо надання правової допомоги може вчинятися й шляхом бездіяльності. Це може проявлятися, зокрема, у такому: 1) у ненаданні відповіді службовою особою з використанням свого службового становища на запит захисника чи представника особи до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань або стосовно відповідних документів або інформації, яка може мати значення для надання правомірної правової допомоги; 2) у неповідомленні слідчим захисника чи представника особи про місце й час проведення слідчої дії з їх клієнтами; 3) у неповідомленні захисника чи представника особи, уповноваженою на те службовою особою з використанням свого службового становища, про результати експертизи, які мають значення для виконання ними своїх повноважень; 4) у нестворенні захиснику чи представнику особи уповноваженою на те службовою особою з використанням свого службового становища для належного надання правової допомоги особі.

Прикладом порушення службовою особою з використанням свого службового становища встановлених законом гарантій професійної таємниці захисника чи представника особи шляхом бездіяльності можуть бути, зокрема, невжиття суддею або особою, яка здійснює дис-

циплінарне провадження стосовно адвоката, чи іншими службовими особами, які розглядають вимоги клієнта до адвоката або яким стало відомо про пред'явлення таких вимог, заходів для унеможливлення доступу сторонніх осіб до адвокатської таємниці та її розголошення.

Зазначений перелік бездіяльності для службової особи, учинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи щодо надання правової допомоги, яка використовує для цього своє службове становище, є примірним. Головне для правоохоронних органів і суду розуміти сутність бездіяльності службової особи за ч. 2 ст. 97 КК України²⁶.

Важливою властивістю помилки у кваліфікації є її офіційний характер, тобто така помилка може бути встановлена виключно в порядку, визначеному законом, а факт установлення закріплений у відповідному офіційному документі. Помилка ж, яка офіційно не встановлена, вважається неіснуючою²⁷.

Вимога офіційного встановлення помилки впливає з важливої властивості правозастосовних актів – їх заперечності. Саме заперечність судових рішень дає змогу зробити висновок про їх правильність і виправити допущені помилки шляхом оскарження та перегляду²⁸. При цьому в разі відсутності оскарження відповідного судового рішення діє презумпція його правильності. Навіть рішення щодо кримінально-правової кваліфікації, яке очевидно не відповідає встановленим фактичним обставинам справи й закону, буде чинним і має визнаватися правильним. Отже, презумпція правильності кваліфікації може перерости у фікцію правильності кваліфікації²⁹.

²⁴ Ухвала Апеляційного суду Чернігівської області від 10.11.2015 у справі № 738/2867/14-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53358462>.

²⁵ Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19.05.2016 у справі № 738/2867/14-к/Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57786988>.

²⁶ Мороз А.О. Кваліфікуючі ознаки злочину втручання в діяльність захисника чи представника особи. *Юридична наука*. 2015. № 7. С. 133–134.

²⁷ Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів : монографія. Київ : Атіка, 2004. С. 31.

²⁸ Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів : монографія. Київ : Атіка, 2004. С. 34.

²⁹ Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 367.

Висновки

Узагальнюючи наведене, убачаємо, що суди припускаються помилок і зазнають певних труднощів під час кваліфікації діянь за ст. 397 КК України. Такі помилки тягнуть за собою не лише юридичну, а й соціально-політичну оцінку скоєного, адже винна особа уникає відповідальності за фактично скоєне діяння або несе її не в повному обсязі. Потер-

пілий не отримує моральної сатисфакції. При цьому держава не виконує своїх обов'язків з переслідування осіб, які вчинили злочин, підривається її авторитет в очах потерпілого й усього населення, порушується соціальна справедливість, ігноруються начала неминучості покарання³⁰.

³⁰ Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів. Монографія. – К. : Атіка, 2004. С. 57.

Environmental aspects of life cycle cost in public procurement legislation: Ukrainian and European approaches

Shevchuk Larisa

Senior Lecturer at the Department of Civil Law Disciplines

Lesya Ukrainka East European National University, Ukraine

The article is devoted to the study of environmental aspects of life cycle cost as one of the criteria for evaluating tender proposals in public procurement in the context of European integration of Ukraine. The essence and composition of the value of the life cycle are analyzed. Emphasis is placed on the lack of comprehensive scientific approaches to the environmental aspects of the life cycle cost in the field of public procurement and the peculiarities of their enshrinement in the EU acquis and Ukrainian legislation. It is emphasized that the introduction of the life cycle value in Law № 922-VIII is the result of Ukraine's fulfillment of its obligations under the Association Agreement. The relationship between the determination of the value of the life cycle in the Law № 922-VIII and Directive 2014/24/EU and Directive 2014/25/EU has been studied. It is stated that the change of approaches to the criteria for evaluation of tender proposals by introducing the concept of "life cycle cost" should be regarded not only as a result of reforming national legislation to bring it into line with EU standards, but also as a response of Ukrainian legislators to the needs of today, conflict of economic and environmental interests in procurement, as well as to achieve the goals of sustainable development. The main difficulties for the application of the criterion of life cycle costing in the practice of procurement in Ukraine are outlined. It is concluded that the actual adaptation of national legislation in the field of public procurement to EU standards should not be limited to declaring the relevant purpose in the regulations of Ukraine and mechanical duplication of the *acquis communautaire* in the legal framework of the country. A proposal was made on the need to develop bylaws to implement the provisions of Law № 922-VIII, the implementation of a number of measures to ensure the possibility of applying the legislative provisions on the value of the life cycle in procurement practice.

Екологічні аспекти вартості життєвого циклу в законодавстві про публічні закупівлі: український і європейський підходи

Шевчук Лариса Миколаївна

старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін

Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки, Україна

Вступ

Задекларовані в преамбулі Конституції України положення щодо підтвердження європейської ідентичності Українського народу й незворотності європейського курсу держави¹ активізували процеси реформування націо-

нальної нормативно-правової бази з метою її приведення у відповідність до стандартів ЄС. Суттєвого оновлення зазнала й сфера публічних закупівель у зв'язку з прийняттям 19.09.2019, набранням чинності з 20.10.2019 й уведенням у дію з 19.04.2020 (крім розділу VI) Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдо-

¹ Конституція України від 28.06.1996. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

сконалення публічних закупівель» № 114-IX (далі – Закон № 114-IX)².

Названим нормативно-правовим актом у новій редакції викладено Закон України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII (далі – Закон № 922-VIII)³. Ця знакова подія нерідко йменується «другою закупівельною революцією», оскільки новели, запроваджені Законом № 114-IX, не лише передбачають удосконалення системи організації та здійснення вітчизняної закупівельної діяльності, а й спрямовані на адаптацію законодавства України *acquis* Європейського Союзу (пряма вказівка на цю мету міститься в преамбулі Закону № 922-VIII) на виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію)⁴.

Для досягнення вказаної цілі, крім інших нововведень, у національному закупівельному законодавстві вперше запроваджена категорія «вартість життєвого циклу» як одного з критеріїв оцінювання тендерних пропозицій під час здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави, територіальних громад та об'єднаних територіальних громад. При цьому до складу вартості життєвого циклу, крім власне ціни товару (роботи, послуги), можуть включатися один або декілька витрат замовника протягом життєвого циклу товару (роботи, послуги), у тому числі й екологічного характеру, що відповідає як сучасним європейським підходам у регулюванні сфери

закупівель, так і кращим практикам закупівельної діяльності країн-членів ЄС.

Варто констатувати, що в сучасній еколого-правовій доктрині відсутні усталені комплексні наукові підходи до екологічних аспектів вартості життєвого циклу у сфері публічних закупівель та особливостей їх закріплення в *acquis* Європейського Союзу та національному законодавстві України. Такий стан речей значною мірою пояснюється нещодавньою появою цього інституту в закупівельній нормативно-правовій базі нашої держави. Разом із тим низка питань, пов'язаних із раціональним природокористуванням, охороною довкілля, збереженням і відновленням навколишнього природного середовища, запобіганням негативному впливу та мінімізацією негативного впливу на нього, які прямо чи опосередковано стосуються екологічних аспектів вартості життєвого циклу в публічних закупівлях, досліджувалися такими провідними ученими, як В.І. Андрейцев, Г.В. Анісімова, А.П. Гетьман, А.В. Духневич, І.І. Каракаш, В.В. Костицький, М.В. Краснова, Ю.А. Краснова, Т.Є. Харитонова, Ю.С. Шемшученко й ін.

Зважаючи на викладене, **метою статті** є теоретико-правове дослідження екологічних аспектів вартості життєвого циклу в українському законодавстві про публічні закупівлі відповідно до стандартів ЄС.

Виклад основного матеріалу

Можна констатувати, що запровадження вартості життєвого циклу як альтернативного варіанта цінового критерію (ціни) оцінювання тендерних пропозицій у національному закупівельному законодавстві України загалом відповідає загальноприйнятим європейським підходам у цій сфері, зокрема положенням Директиви 2014/24/ЄС Європейського парламенту й Ради ЄС від 26 лютого 2014 року про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС

² Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення публічних закупівель : Закон України від 19.09.2019 № 114-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/114-20#Text> (дата звернення: 16.07.2020).

³ Про публічні закупівлі : Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text> (дата звернення: 16.07.2020).

⁴ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Угода від 27.06.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text (дата звернення: 16.07.2020).

(далі – Директива 2014/24/ЄС)⁵ і Директиви 2014/25/ЄС Європейського парламенту й Ради від 26 лютого 2014 року щодо здійснення закупівель організаціями, що працюють у водогосподарському, енергетичному, транспортному секторах і секторі поштових послуг, яка скасовує Директиву 2004/17/ЄС (далі – Директива 2014/25/ЄС)⁶.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 29 Закону № 922-VIII, критеріями оцінювання тендерних пропозицій/пропозицій є: 1) ціна; або 2) вартість життєвого циклу; або 3) ціна/вартість життєвого циклу разом з іншими критеріями оцінювання, зокрема такими як умови оплати, строк виконання, гарантійне обслуговування, передача технології та підготовка управлінських, наукових і виробничих кадрів, застосування заходів охорони навколишнього середовища та/або соціального захисту, які пов'язані з предметом закупівлі⁷.

Нормами ч. 4 цієї самої статті Закону встановлено, що в разі застосування критерію оцінювання вартості життєвого циклу до цього критерію, крім ціни товару (роботи, послуги), може включатися один або декілька витрат замовника протягом життєвого циклу товару (товарів), роботи (робіт) або послуги (послуг), а саме витрати, пов'язані з: 1) використанням товару (товарів), роботи (робіт) або послуги (послуг), зокрема споживанням енергії та інших ресурсів; 2) технічним обслуговуванням; 3) збиранням та утилізацією

товару (товарів); 4) впливом зовнішніх екологічних чинників протягом життєвого циклу товару (товарів), роботи (робіт) або послуги (послуг), якщо їх грошова вартість може бути визначена, зокрема вплив викидів парникових газів, інших забруднюючих речовин та інші витрати, пов'язані зі зменшенням впливу на навколишнє середовище (довкілля)⁸. Наведені положення, які містяться в ч. 4 ст. 29 Закону № 922-VIII, за деякими винятками, є майже ідентичними нормам ч. 1 ст. 68 Директиви 2014/24/ЄС⁹ і ч. 1 ст. 83 Директиви 2014/25/ЄС¹⁰. Більш того, якщо в Директиві 2014/24/ЄС мова йде про «витрати, віднесені до зовнішніх екологічних чинників, ... та інші витрати, пов'язані із зменшенням впливу на зміни клімату», у ч. 4 ст. 29 Закону № 922-VIII говориться про «вплив зовнішніх екологічних чинників ... та інші витрати, пов'язані із зменшенням впливу на навколишнє середовище (довкілля)», що суттєво розширює спектр складників довкілля, на які може здійснюватися такий вплив, не обмежуючи його тільки кліматом. У цьому разі формулювання ч. 4 ст. 29 Закону № 922-VIII максимально наближене до норм ч. 1 ст. 83 Директиви 2014/25/ЄС, якими передбачено охоплення «витрат, пов'язаних із впливом на довкілля, ... а також витрати на пом'якшення наслідків зміни клімату».

Необхідність послідовного наближення законодавства України про публічні закупівлі до *acquis* ЄС у цій сфері прямо впливає з положень ст. 148 глави 8 «Державні заку-

⁵ Директива 2014/24/ЄС Європейського парламенту й Ради ЄС від 26 лютого 2014 року про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС. *Збірник Директив ЄС з питань державних закупівель*. Київ, 2015. URL: https://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendium_UKR.pdf (дата звернення: 16.07.2020).

⁶ Директива 2014/25/ЄС Європейського парламенту й Ради від 26 лютого 2014 року щодо здійснення закупівель організаціями, що працюють у водогосподарському, енергетичному, транспортному секторах та секторі поштових послуг, яка скасовує Директиву 2004/17/ЄС. *Збірник Директив ЄС з питань державних закупівель*. Київ, 2015. URL: https://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendium_UKR.pdf (дата звернення: 16.07.2020).

⁷ Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text> (дата звернення: 16.07.2020).

⁸ Там само.

⁹ Директива 2014/24/ЄС Європейського парламенту й Ради ЄС від 26 лютого 2014 року про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС. *Збірник Директив ЄС з питань державних закупівель*. Київ, 2015. URL: https://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendium_UKR.pdf (дата звернення: 16.07.2020).

¹⁰ Директива 2014/25/ЄС Європейського парламенту й Ради від 26 лютого 2014 року щодо здійснення закупівель організаціями, що працюють у водогосподарському, енергетичному, транспортному секторах та секторі поштових послуг, яка скасовує Директиву 2004/17/ЄС. *Збірник Директив ЄС з питань державних закупівель*. Київ, 2015. URL: https://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendium_UKR.pdf (дата звернення: 16.07.2020).

півлі» Угоди про асоціацію¹¹. На зобов'язанні держави щодо приведення системи публічних закупівель у відповідність до стандартів ЄС наголошено й у Стратегії реформування системи публічних закупівель («дорожній карті»), схваленій Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24.02.2016 № 175-р¹², відповідно до ст. 152 Угоди про асоціацію, нормами якої, власне, і передбачено розроблення комплексної «дорожньої карти» для імплементації положень глави 8 розділу IV Угоди про асоціацію.

Варто зауважити, що кардинальну зміну підходів до критеріїв оцінювання тендерних пропозицій/пропозицій шляхом запровадження категорії «вартість життєвого циклу» варто розцінювати не тільки як результат реформування національного законодавства з метою приведення його у відповідність до стандартів ЄС у сфері закупівель, а і як адекватну реакцію українського законодавця на нагальні потреби сьогодення, зумовлені необхідністю вирішення конфлікту економічних та екологічних інтересів у закупівельній діяльності в державі, а також, як це визначено в Указі Президента України від 30.09.2019 № 722/2019, задля досягнення цілей сталого розвитку з метою забезпечення національних інтересів України щодо сталого розвитку економіки, громадянського суспільства й держави для досягнення зростання рівня та якості життя населення, додержання конституційних прав і свобод людини та громадянина¹³.

Українською із цього приводу є позиція А.П. Гетьмана й Г.В. Анісімової, які конста-

тують: «Наближення екологічного законодавства нашої країни до нормативно-правової бази Європейського Союзу, що має місце останнім часом у зв'язку з набранням чинності Угодою про Асоціацію, означає, що у вітчизняних актах передусім мусять знайти відображення об'єктивні й першочергові потреби, зокрема, у комплексному правовому врегулюванні екологічних відносин, що ґрунтуються на поєднанні внутрішньодержавних публічних і приватних екологічних інтересів й інтеграційної необхідності нормативного регламентування відповідних галузей, які забезпечують стабільність життєдіяльності соціуму, а також сталий розвиток України»¹⁴.

На необхідності забезпечення наскрізної екологічної політики України з тим, щоб ця політика стала складником соціально-економічного сталого розвитку країни відповідно до нагальних потреб українського суспільства та конкретних громадян Українського народу з метою створення належних умов добробуту й життя суспільства в стабілізованому та якісному, екологічно безпечному природно-соціальному оточенні людини, умов її життєдіяльності наголошує й В.І. Андрейцев¹⁵.

Нормативне визначення поняття «вартість життєвого циклу» в Україні закріплено в п. 4 ст. 1 Закону № 922-VIII, відповідно до положень якого це є сукупність вартості предмета закупівлі або його частини (лота) та інших витрат, які нестиме безпосередньо замовник під час використання, обслуговування та припинення використання предмета закупівлі. Вартість життєвого циклу розраховується відповідно до методики, установлені в тендерній документації¹⁶.

¹¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27.06.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text (дата звернення: 16.07.2020).

¹² Про Стратегію реформування системи публічних закупівель («дорожню карту»): Розпорядження Кабінету Міністрів України від 24.02.2016 № 175-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/175-2016-%D1%80#Text> (дата звернення: 16.07.2020).

¹³ Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року: Указ Президента України від 30.09.2019 № 722/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text> (дата звернення: 16.07.2020).

¹⁴ Гетьман А.П., Анісімова Г.В. Деякі еколого-правові аспекти забезпечення сталого розвитку України. *Право та інновації*. 2017. № 3 (19). С. 7.

¹⁵ Андрейцев В.І. Сучасні проблеми адаптації екологічного законодавства України до законодавства ЄС. *Актуальні проблеми конвергенції екологічного законодавства України до законодавства Європейського Союзу*: матеріали Всеукр. наук.-практ. круглого столу, 28 жовт. 2016 р. м. Дніпро. Дніпро, 2016. С. 44.

¹⁶ Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text> (дата звернення: 16.07.2020).

З огляду на наведене, а також норми ч. 4 ст. 29 Закону № 922-VIII, у національному законодавстві до критерію оцінювання вартості життєвого циклу може включатися один або декілька витрат, які нестиме замовник протягом життєвого циклу товару (товарів), роботи (робіт) або послуги (послуг) і які тією чи іншою мірою пов'язані з впливом на навколишнє середовище (довкілля). Такі витрати, зокрема, стосуються: 1) споживання різноманітних ресурсів (у тому числі енергії) в процесі використання товару (роботи, послуги), а також їх технічного обслуговування під час експлуатації (прикладом може бути закупівля, установлення й подальше техобслуговування ламп внутрішнього освітлення для житлових і нежитлових приміщень – звичайних чи енергоощадних); 2) збирання та утилізації товару (ілюстрацією може бути закупівля галогенних ламп освітлення, які, на відміну від світлодіодних ламп (LED), підлягають значно частішій заміні, відповідно, й утилізації); 3) власне впливу зовнішніх екологічних чинників протягом життєвого циклу товару (товарів), роботи (робіт) або послуги (послуг), якщо їх грошова вартість може бути визначена (до цієї групи належить вплив викидів парникових газів, інших забруднюючих речовин та інші витрати, пов'язані зі зменшенням впливу на навколишнє середовище (довкілля)).

На відміну від п. 4 ст. 1 Закону № 922-VIII (дефініція поняття «вартість життєвого циклу»), у п. 20 ч. 1 ст. 2 Директиви 2014/24/ЄС наведено визначення життєвого циклу, під яким розуміються всі послідовні та/або взаємопов'язані етапи, включаючи необхідні дослідження й розробки, виробництво, торгівлю та її умови, транспортування, використання й технічне обслуговування протягом усього періоду існування продукту або робіт або надання послуги, починаючи з придбання сировини або генерування ресурсів і закінчуючи ліквідацією, розпродажем і завершенням послуг або утилізацією¹⁷.

¹⁷ Директива 2014/24/ЄС Європейського парламенту й Ради ЄС від 26 лютого 2014 року про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС. *Збірник Директив ЄС з питань державних закупівель*. Київ, 2015. URL: https://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendium_UKR.pdf (дата звернення: 16.07.2020).

Спираючись на це положення, можна стверджувати, що в узагальненому вигляді Директива 2014/24/ЄС виділяє такі три основні етапи життєвого циклу: 1) дослідження, розроблення та виробництво; 2) торгівлю, використання (експлуатацію) й технічне обслуговування; 3) припинення використання (експлуатації) та утилізацію.

Отже, у повній відповідності до європейських підходів у національному законодавстві України до складу вартості життєвого циклу включені витрати, які нестиме замовник у рамках другого й третього етапів (тобто ті з них, що стосуються використання (експлуатації), технічного обслуговування, припинення використання (експлуатації) та утилізації). Витрати ж, здійснені в рамках першого етапу (пов'язані з дослідженням, розробленням і виробництвом), несе виробник, а тому включає їх у ціну товару (роботи, послуги), яка є самостійним складником вартості життєвого циклу.

У контексті викладеного, зважаючи на передбачену Законом № 922-VIII можливість замовника під час застосування критерію оцінювання вартості життєвого циклу враховувати в його складі витрати екологічного характеру, украй актуальною є думка А.П. Гетьмана, який зауважує, що в умовах глобалізаційних процесів екологічна функція повинна модернізувати свій діапазон впливу на збереження пріоритетів екологічної домінанти в діяльності держави¹⁸. Більше того, учений акцентує увагу на тому, що ця функція має поєднувати в собі, крім інших базових інститутів, розроблений державою механізм (інструментарій) з метою зробити виробників і споживачів чутливими до відповідального використання природних ресурсів, запобігання забрудненню та відходам, поглинання зовнішніх екологічних витрат за допомогою застосування економічних і фінансових стимулів та обмежень, громадянської відповідальності й установлення таких цін, щоб екологічно сприятливі товари та послуги не

¹⁸ Гетьман А.П. Екологічна функція держави в сучасних глобалізаційних процесах. *Проблеми законності* : збірник наукових праць / відп. ред. В.Я. Тацій. Харків : Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2015. Вип. 128. С. 151.

опинялися на ринку в невідгданому становищі порівняно із забруднюючими або марнотратними конкурентами¹⁹.

Отже, серед позитивних наслідків адаптації законодавства України про публічні закупівлі до європейських стандартів у цій сфері варто назвати суттєве зміщення акцентів з ціни як основного критерію оцінювання тендерних пропозицій (пропозицій) на врахування не тільки економічних, а й екологічних характеристик предмета закупівлі завдяки запровадженню інституту вартості життєвого циклу. Причому, відповідно до ч. 3 ст. 29 Закону № 922-VIII, вартість життєвого циклу або є самостійним критерієм оцінювання (з урахуванням витрат, які можуть включатися до її складу згідно з ч. 4 ст. 29 Закону № 922-VIII), або ж застосовується вартість життєвого циклу разом з іншими критеріями оцінювання, зокрема такими як умови оплати, строк виконання, гарантійне обслуговування, передача технології та підготовка управлінських, наукових і виробничих кадрів, застосування заходів охорони навколишнього середовища та/або соціального захисту, які пов'язані з предметом закупівлі²⁰.

Крім цього, варто зауважити, що, на відміну від ціни, яка визначалася попереднім закупівельним законодавством України як основний критерій оцінювання, а застосування ціни разом з іншими критеріями оцінювання (зокрема такими як умови оплати, строк виконання, гарантійне обслуговування, експлуатаційні витрати, передача технології та підготовка управлінських, наукових і виробничих кадрів) допускалося лише в разі здійснення закупівлі, яка мала складний або спеціалізований характер, вартість життєвого циклу може встановлюватися замовником у тендерній документації щодо будь-якого товару (роботи, послуги) з урахуванням загальних вимог, установлених законодавством. У цьому разі мова йде про необхідність додержання норм абзацу 2 п. 10 ч. 2 ст. 22, абзацу 6 ч. 4 ст. 29, а також ч. 8 ст. 29 Закону № 922-VIII.

¹⁹ Там само. С. 151.

²⁰ Про публічні закупівлі : Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text> (дата звернення: 16.07.2020).

Разом із тим, незважаючи на безумовну прогресивність і прогнозовані позитивні наслідки врахування екологічних аспектів під час застосування як критерію оцінювання тендерних пропозицій (пропозицій) вартості життєвого циклу, нині доводиться констатувати наявність суттєвих труднощів для його застосування в практиці закупівельної діяльності. Останні, зокрема, зумовлені відсутністю в електронній системі закупівель Prozorro відповідного функціоналу, який би давав змогу здійснювати закупівлі з використанням цього критерію. Водночас, за інформацією ДП «Prozorro», тестова експлуатація такого функціоналу розпочнеться наприкінці третього кварталу, і до кінця 2020 року закупівля за критерієм «вартість життєвого циклу» вже буде діяти²¹.

Не сприяє застосуванню критерію «вартість життєвого циклу» під здійснення закупівель і відсутність примірної методики її визначення, розроблення та затвердження якої, згідно з п. 11 ч. 1 ст. 9 Закону № 922-VIII, зараховано до основних функцій Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України як Уповноваженого органу в розумінні Закону № 922-VIII²². Однак, як прямо зазначено в Листі Мінекономіки від 21.04.2020 № 3304-04/25806-06, окремі нормативно-правові акти, у тому числі щодо примірної методики визначення вартості життєвого циклу, «наразі розробляються і зможуть використовуватися замовниками після їх затвердження, набрання чинності та реалізації відповідних технічних можливостей в електронній системі закупівель»²³.

²¹ До кінця 2020 року у системі Prozorro запрацює критерій «життєвий цикл закупівлі». URL: <https://e-tender.ua/news/do-kincyua-2020-roku-u-sistemi-prozorro-zaprasyuye-kriterij-z-680> (дата звернення: 12.08.2020).

²² Про публічні закупівлі : Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text> (дата звернення: 16.07.2020).

²³ Щодо інформування про розроблення і затвердження нормативно-правових актів : Лист Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 21.04.2020 № 3304-04/25806-06. URL: <https://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InfarezKnowledgeDb&lang=uk-UA&fNum=3304-04%2F25806-06> (дата звернення: 12.08.2020).

Висновки

Викладене дає змогу констатувати, що вартість життєвого циклу, запроваджена новою редакцією Закону № 922-VIII в результаті адаптації законодавства України *acquis* Європейського Союзу на виконання Угоди про асоціацію, є тим критерієм оцінювання тендерних пропозицій (пропозицій), який дає змогу досягнути оптимального балансу між економічними та екологічними показниками під час здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави, територіальних громад та об'єднаних територіальних громад.

Разом із тим реальна адаптація національного законодавства у сфері публічних закупівель до стандартів ЄС не повинна обмежуватися лише декларуванням відповідної мети

в нормативних актах України та механічним дублюванням положень *acquis* Європейського Союзу в правовій базі країни. Досягнення нашою країною цілей сталого розвитку в умовах євроінтеграції передбачає необхідність невідкладного розроблення відповідних підзаконних нормативно-правових актів на виконання норм Закону № 922-VIII, реалізації низки організаційно-технічних і функціонально-технологічних заходів для забезпечення можливості застосовувати законодавчі положення щодо вартості життєвого циклу в закупівельній практиці. Не менш важливою є й активізація зусиль держави задля подальшої популяризації, підтримки й стимулювання переходу українського суспільства до раціонального природокористування, відповідального ставлення до збереження й охорони навколишнього природного середовища в інтересах прийдешніх поколінь.

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)
Issued quarterly
Passed for printing: 28.08.2020