

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
УЖГОРОДСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
Науково-дослідний інститут
порівняльного публічного права та міжнародного права
Юридичний факультет

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ
ЕКОНОМІЧНОЇ СИСТЕМИ:
ІНСТИТУЦІЇ, ПРАВИЛА, ПРОЦЕДУРИ**

Монографія

За редакцією професора М. В. Савчина



Видавничий дім
«Гельветика»
2021

УДК 340:338(02.064)

П68

Рецензенти:

Гришук Оксана Вікторівна, доктор юридичних наук, доцент, Львівський національний університет імені Івана Франка;

Поєдинок Валерія Вікторівна, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

*Рекомендовано до друку Вченою радою
юридичного факультету Ужгородського національного університету
(протокол № 12 від 21.12.2021 р.)*

*Видання здійснено у рамках національного проекту
прикладних наукових досліджень
«Правове регулювання економічної системи у контексті глобалізації:
свобода, інституції, процедури, інновації, перспективи»*

П68 Правове регулювання економічної системи: інституції, правила, процедури : монографія / за ред. проф. М. В. Савчина. — Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. — 830 с.

ISBN 978-966-992-672-2

У монографії обґрунтовуються засади соціетальної моделі національної економічної системи. Зокрема розкрито сукупність юридичних засобів, заснованих на вільному розвитку індивіда, реальних гарантіях економічних свобод, функціонуванні засад вільної ринкової соціально орієнтованої економіки та збереженні довкілля. Особливу увагу приділено дослідженню правового забезпечення інноваційного та сталого розвитку національної економіки в умовах процесів глобалізації. З точки зору європейської інтеграції та інших регіональних форм економічної співпраці розкрито основні напрями правового забезпечення інноваційного та сталого розвитку економічної системи України. Висвітлено систематику національних та міжнародних засобів захисту соціальних та економічних прав.

УДК 340:338(02.064)

ISBN 978-966-992-672-2

© Авторський колектив, 2021
© НДІ порівняльного публічного права
та міжнародного права, 2021

ЗМІСТ

СПИСОК СКОРОЧЕНЬ	10
СПИСОК СУДОВИХ РІШЕНЬ	11
ВСТУП	15
РОЗДІЛ 1	
ОСНОВНІ МОДЕЛІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	
ЕКОНОМІЧНОЇ СИСТЕМИ	
<i>Вступ</i>	20
1.1. Основні моделі втручання держави у економічні свободи та діяльність економічних інституцій (Михайло Савчин, Тетяна Карабін)	21
1.2. Соціетальна модель правового регулювання економічної системи (Михайло Савчин, Тетяна Карабін)	44
1.3. Основоположні принципи права та економічна система (Михайло Савчин, Ярослав Лазур, Олександр Білаш)	58
<i>Висновки</i>	70
РОЗДІЛ 2	
ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	
ЕКОНОМІЧНИХ ІНСТИТУЦІЙ (Михайло Савчин)	
<i>Вступ</i>	72
2.1. Чотири вершини переходу	73
2.2. Економічні інституції та трансформації	108
2.3. Перехідна економіка та демократична підзвітність	118
<i>Висновки</i>	132
РОЗДІЛ 3	
ПРАВОВА ГЛОБАЛІСТИКА ТА ЕКОНОМІЧНІ СИСТЕМИ	
(Михайло Савчин)	
<i>Вступ</i>	134
3.1. Національний суверенітет та транснаціональність у правовому регулюванні економічної системи	135

3.2. Юридичні інструменти забезпечення національних інтересів та міжнародне співробітництво у сфері економіки	150
3.3. Право на епідемічну безпеку та економічна система: національне та транснаціональне	171
3.4. Трансгуманізм: основні тенденції розвитку (Тереза Попович)	188
<i>Висновки</i>	200

РОЗДІЛ 4
АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ФУНКЦІОНУВАННЯ
ЕКОНОМІЧНИХ ІНСТИТУЦІЙ

<i>Вступ</i>	202
4.1. Межі втручання держави у діяльність економічних інституцій: конституційно-адміністративні аспекти (Тетяна Карабін, Михайло Савчин)	203
4.2. Ефективність правового регулювання податкових відносин та свобода економічної діяльності (Ярослав Греца)	219
<i>Висновки</i>	240

РОЗДІЛ 5
ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

<i>Вступ</i>	241
5.1. Конституційний захист економічної конкуренції: систематика та енергетичний ракурс (Михайло Савчин)	241
5.2. Юридичний механізм захисту економічної конкуренції (Олександр Дякулич)	254
5.3. Юридичний захист конкуренції на енергетичному ринку (Ярослав Чекер, Дмитро Мельнік)	275
<i>Висновки</i>	294

РОЗДІЛ 6
ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ (Тетяна Карабін)

<i>Вступ</i>	295
6.1. Призначення законодавства про публічні закупівлі	296

6.2. Сфера застосування законодавства про публічні закупівлі	301
6.3. Принципи публічних закупівель	304
6.4. Процедура закупівель	310
6.5. Оскарження та контроль	314
<i>Висновки</i>	319

РОЗДІЛ 7

ШЛЯХИ РОЗВИТКУ МЕДИЧНОЇ ГАЛУЗІ В УМОВАХ ПРОВЕДЕННЯ МЕДИЧНОЇ РЕФОРМИ

(Олександр Грін)

<i>Вступ</i>	321
7.1. Сучасні підходи до реформування механізмів управління здоров'ям	322
7.2. Нова модель фінансування системи охорони здоров'я в умовах реформи	328
7.3. Реформа первинної медичної допомоги	334
7.4. Реформа вторинної і третинної медичної допомоги	341
7.5. Механізм внесення медичних записів, записів про направлення та рецептів на лікарські засоби до Реєстру медичних записів	347
7.6. Реформування фармацевтичного сектору в умовах проведення медичної реформи	350
7.7. Програма реімбурсації лікарських засобів «Доступні ліки» в системі державних гарантій медичного обслуговування населення	352
7.8. Державне регулювання відпуску медичних препаратів у зарубіжних країнах	357
<i>Висновки</i>	360

РОЗДІЛ 8

ПРИВАТНОПРАВОВИЙ АСПЕКТ ФУНКЦІОНУВАННЯ ЕКОНОМІЧНИХ ІНСТИТУЦІЙ

<i>Вступ</i>	361
8.1. Право на самообмеження: цивільстичний огляд окремих економічних свобод (Оксана Кіріяк)	362

8.2. Економічна свобода v. право на приватність (Віталій Гаделія)	376
8.2.1. Нормативно-правова база в сфері захисту персональних даних	377
8.2.2. Практика застосування законодавства в сфері захисту персональних даних	379
8.3. Економічна свобода юридичних осіб приватного права (Вікторія Надьон)	392
8.4. Економічні свободи учасників сімейних відносин (Марія Менджул)	413
<i>Висновки</i>	430

РОЗДІЛ 9
ДОВІРЧА ВЛАСНІСТЬ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ:
СУЧАСНИЙ СТАН, ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

(Катерина Некіт)

<i>Вступ</i>	432
9.1. Особливості фідучії як континентальної моделі довірчої власності	433
9.2. Специфіка правового регулювання довірчої власності в Україні	437
9.3. Забезпечувальна довірча власність в українському законодавстві: проблеми та перспективи	446
<i>Висновки</i>	460

РОЗДІЛ 10
ЛІЦЕНЗІЙНИЙ ДОГОВІР У СФЕРІ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

(Анна Штефан)

<i>Вступ</i>	464
10.1. Загальні вимоги до ліцензійного договору	465
10.2. Загальна характеристика істотних умов договору	472
10.3. Істотні умови ліцензійного договору	476
<i>Висновки</i>	493

РОЗДІЛ 11**КОМЕРЦІЙНЕ ПРАВО ТА ЕКОНОМІЧНІ ІНСТИТУЦІЇ**

<i>Вступ</i>	494
11.1. Окремі аспекти правового статусу господарських товариств (Вадим Рошканюк)	495
11.2. Основні риси та роль цифрової економіки у комерційній діяльності (Аліна Гусь)	507
11.3. Доктрина заборони суперечливої поведінки як засіб виявлення недобросовісності (Олександр Поліводський)	529
11.4. Проблема співвідношення публічного та приватного інтересу при вирішенні земельних спорів (Олександр Поліводський)	545
<i>Висновки</i>	565

РОЗДІЛ 12**ІННОВАЦІЇ У ПІДПРИЄМНИЦЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ**

(Ольга Розгон)

<i>Вступ</i>	568
12.1. Свобода підприємницької діяльності та свобода наукових досліджень	569
12.2. Підходи до розуміння правових категорій «інноваційна діяльність» та «інноваційний процес»	576
12.3. «Господарська діяльність», «підприємницька діяльність», «комерційна діяльність» і «підприємництво»: співвідношення понять та їх сутність	581
12.4. «Інноваційний продукт» та «інноваційна продукція» як результати інноваційної діяльності	587
12.5. Комерціалізація результатів наукових досліджень та розробок і трансфер технологій як процеси інноваційної діяльності	593
12.6. Договірні відносини у сфері трансферу технологій	598
12.7. Окремі аспекти правового статусу учасників інноваційного процесу та суб'єктів трансферу технологій	614
<i>Висновки</i>	621

РОЗДІЛ 13
ГОСПОДАРСЬКА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ
ЯК БАЗОВА КАТЕГОРІЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА
(Олександр Гарагонич, Юрій Бисага)

<i>Вступ</i>	622
13.1. Сутність і значення категорії господарська правосуб'єктність	622
13.2. Структура господарської правосуб'єктності	637
13.3. Усталені підходи до розуміння сутності господарської компетенції	643
13.4. Правова природа господарської правоздатності	656
<i>Висновки</i>	662

РОЗДІЛ 14
ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ
(Вікторія Надьон)

<i>Вступ</i>	663
14.1. Доктринальний підхід до проблеми визначення юридичної відповідальності (цивільно-правової відповідальності)	664
14.2. Співвідношення юридичної відповідальності (цивільно-правової відповідальності) та санкції як правових категорій	673
14.3. Окремі аспекти переддоговірної відповідальності	681
14.4. Випадки змішаної цивільно-правової відповідальності	684
14.5. Заходи оперативного впливу та цивільно-правова відповідальність (спільне та відмінне)	686
14.6. Проблемні аспекти самозахисту як форми захисту порушеного права	701
<i>Висновки</i>	709

РОЗДІЛ 15
ЗАХИСТ СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

<i>Вступ</i>	711
15.1. Природа та характеристика соціально-економічних прав людини (Михайло Савчин)	712

15.1.1. Право власності	712
15.1.2. Свобода вибору занять та роду професії	720
15.1.3. Право на об'єднання в профспілки та право на страйк	723
15.1.4. Право на соціальний захист	725
15.1.5. Право на медичне забезпечення	732
15.1.6. Захист соціальних прав конституційною юстицією та економічний аналіз права	734
15.2. Захист соціально-економічних прав у практиці Європейського суду з прав людини (Юлія Ремінська)	752
15.2.1. Сутнісна природа соціально-економічних прав: сфера функціонального застосування Європейської конвенції	754
15.2.2. «Правозастосовне сплетіння» доктрин еволютивного методу тлумачення конвенційних норм та позитивних зобов'язань держави у сфері забезпечення соціально-економічних прав: бачення Суду	759
15.2.3. Правова аргументація ЄСПЛ у справах, пов'язаних із захистом соціально-економічних цінностей: деякі основні методологічні підходи	766
15.3. Соціально-економічні права людини в Україні крізь призму положень Європейської соціальної хартії (Яна Сімутіна)	782
СПИСОК РЕКОМЕНДОВАНИХ ДЖЕРЕЛ	807
ДОДАТОК	822
ДАНІ ПРО АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ	826

Список скорочень

ГК	Господарський кодекс України
ГПК	Господарський процесуальний кодекс України
ДФЄС	Договір про функціонування ЄС
ЕКПЛ	Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
ЄС	Європейський Союз
ЄСХ	Європейська соціальна хартія
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
ЗУУД	Загальні умови укладення договорів
КАС	Кодекс адміністративного судочинства України
КСУ	Конституційний Суд України
КК	Кримінальний кодекс України
МВФ	Міжнародний валютний фонд
НЦЗ	Німецький цивільний законник (кодекс)
СОТ	Світова організація торгівлі
Угода про асоціацію, УА	Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони
ЦК	Цивільний кодекс України
ЦПК	Цивільний процесуальний кодекс України
ШЗЗ	Швейцарський зобов'язальний закон

Список судових рішень

Рішення зарубіжних конституційних та верховних судів

1. BVerfGE 7, 377, 438–42 (*Apotheken-Urteil*).
2. BVerfGE, 2 BvR 859/15.
3. BVerfGE, 1 BvR 276/17 and 1 BvR 16/13, Entscheidungen von 6 November 2019.
4. BVerfGE, 2 BvR 859/15.
5. BVerfGE, 71, 183 (191).
6. *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791.
7. *Coppage v Kansas* 236 US 1, 22 (1914).
8. *Lloyd's bank Ltd. v. Bundy* [1974] EWCA Civ 8.
9. *Mantouvalou, V.* (2010, April 12). The Case for Social Rights.
10. *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934)
11. *R (on the application of Mahmood) v Secretary of State for the Home Departmen* [2001] 1 WLR 840 (EWCA)*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
12. *R v Secretagay of Statefor Defence, exparte Smith and Grady* [1996] QB 517, 547.
13. *TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine*, 2003 FC 1517 (CanLII), 158.
14. *Ukraine v The Law Debenture Trust Corporation Plc* (Rev 1) [2018] EWCA Civ 2026 (14 September 2018), [2019] QB 1121, [2018] EWCA Civ 2026, [2019] 2 WLR 655, [2018] WLR(D) 583.
15. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

Рішення ЄСПЛ

1. *Bélané Nagy v. Hungary* [GC], no. 53080/13, 13 December 2016.
2. *Bensaid v. the United Kingdom*, app. № 44599/98, ECHR 2001-I.
3. *Burghartz v. Switzerland*, Judgment on 22 February 1994 p., Series A no. 280-B.

4. *D. v. the United Kingdom*, 2 May 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III.
5. *Draon v. France* [GC], no. 1513/03, 6 October 2005.
6. *Dubetska and Others v. Ukraine*, no. 30499/03, 10 February 2011.
7. *Ekoglasnost v. Bulgaria*, no. 30386/05, 6 November 2012.
8. *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands*, 23 February 1995, Series A no. 306-B.
9. *Hatton and Others v. the United Kingdom*, no. 36022/97, 2 October 2001.
10. *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 58, ECHR 1999-II.
11. *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, Series A no. 98.
12. *Kopecký v. Slovakia*, no. 44912/98, § 35, 7 January 2003.
13. *M.M. v. the United Kingdom*, app. № 24029/07.
14. *Marie Izabella Zamoyski-Brisson v Poland and 3 other applications*, no. 19875/13, 12 September 2017.
15. *Marzari v. Italy*, no. 36448/97, ECHR 1999.
16. *Megadat.com SRL v. Moldova*, no. 21151/04, ECHR 2008.
17. *Peck v. the United Kingdom*, app. № 44647/98, ECHR 2003-I.
18. *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, 29 November 1991, Series A no. 222.
19. *Powell v. the United Kingdom*, no. 45305/99, ECHR 2000-V.
20. *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, ECHR 2001-VIII.
21. *Radomilja and Others v. Croatia* [GC], nos. 37685/10 and 22768/12, 20 March 2018.
22. *Rasmussen v. Poland*, no. 38886/05, 28 April 2009.
23. *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, ECHR 2011.
24. *Sargsyan v. Azerbaijan* [GC], no. 40167/06, ECHR 2015.
25. *Sciacca v. Italy*, app. № 50774/99, ECHR 2005-I.
26. *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No. 48553/99, 27 July 2002.

27. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, 23 September 1982.

28. *Ukraine v Russia (Re Crimea)*, App. nos. 20958/14 and 38334/18 [GC] 21 January 2012.

29. *Ünal Tekeli v. Turkey*, заява № 29865/96, параграф 42, ECHR 2004-X (витяги).

30. *Valkov and Others v. Bulgaria*, nos. 2033/04 and 8 others, 25 October 2011.

31. *Van der Musselle v. Belgium*, 23 November 1983, Series A no. 70.

32. *Van Marle and Others v. the Netherlands*, 26 June 1986, Series A no. 101.

33. *Wallová and Walla v. the Czech Republic*, no. 23848/04, 26 October 2006.

34. *Winterstein and Others v. France*, no. 27013/07, 17 October 2013.

35. *Z. v. Finland*, 25 лютого 1997 р., *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I.

36. Зеленчук і Цицюра проти України, заяви № № 846/16 та 1075/16, від 22 серпня 2018.

37. Кривенький проти України, заява № 43768/07, рішення від 16 травня 2017 р.

Рішення Конституційного Суду України та Верховного Суду

1. Рішення КСУ № 2-рп/99.
2. Рішення КСУ № 2-рп/2000.
3. Рішення КСУ № 1-рп/2002.
4. Рішення КСУ № 10-рп/2004.
5. Рішення КСУ № 29-рп/2009.
6. Рішення КСУ № 5-рп/2010.
7. Рішення КСУ № 7-рп/2013.
8. Рішення КСУ № 3-рп/2015.
9. Рішення КСУ № 5-рп/2018.

10. Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 18 січня 2017 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень*, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/65537651>

11. Постанова [КГС ВС] від 17.01.2018 р. у справі № 908/184/16. *Єдиний державний реєстр судових рішень*, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71676338>

12. Постанова [КЦС ВС] від 30 січня 2018 р. у справі № 756/7489/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*, URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72073900>

13. Постанова [ВП ВС] від 13.03.2018 р. у справі № 914/881/17, *Єдиний державний реєстр судових рішень*, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72819699>

14. Постанова [КЦС ВС] від 18.04.2018 № 753/11000/14-ц URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/73500675>

15. Постанова [ВП ВС] від 3 квітня 2019 р. № 333/6020/16. *Єдиний державний реєстр судових рішень*, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81573936>

16. Постанова [КАС ВС] від 15.09.2020 № 635/7878/16-а *Єдиний державний реєстр судових рішень*, URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91538349>

ВСТУП

Глобалізація сама по собі змінює світ на єдиних засадах, щодо яких існує згода. Ці процеси найчастіше пов'язані із економічними процесами, які потім супроводжуються політичною інтеграцією. В основі цієї інтеграції лежить ідея солідарності зокрема через концепт світового громадянського суспільства, репрезентованого мережею неурядових організацій

Українська економіка знаходиться на перехресті. Певною мірою така невизначеність, а з іншого боку – нові можливості, пов'язані із недовершеністю правового регулювання. Сучасні тенденції розвитку правової, економічної та політичної системи в Україні дозволяють цілком істотно змінити ціннісні орієнтири, що може мати вирішальне значення для правового регулювання економічної системи.

У світлі цього у цьому виданні викладено основні міркування щодо визначення оптимальної моделі правового регулювання економічної системи України в умовах глобалізації відповідно до критеріїв верховенства права, свободи, поваги людської гідності, інноваційного та сталого розвитку. Монографія розвинула основні положення посібника, який був присвячений ефективності правового регулювання економічної системи. Тут же економічна система розглядається через призму інституцій, правил і процедур як важливих компонентів і критеріїв якості її правового регулювання.

У монографії обґрунтовуються засади соціетальної моделі національної економічної системи. В якості засад цієї моделі розглядаються сукупність юридичних засобів, заснованих на вільному розвитку індивіда, реальних гарантіях економічних свобод, функціонуванні засад вільної ринкової соціально орієнтованої економіки та збереженні довілля. Подолання економічної рецесії

2008–2010 років та пандемії коронавірусу, збалансований підхід у механізмах ринкового саморегулювання та організаційної ролі держави, наддержавних інституцій та міжнародних організацій можуть сприяти формуванню соціетальної моделі економіки. Цей підхід поєднує у собі відносини ієрархії та координації, визнання державою правил, які сформовані економічними акторами та вирішальної ролі держави в алокації ресурсів, необхідних для вирішення непередбачуваних обставин та чинників, перед якими опинилася сучасна економіка. Соціетальна модель економіки дозволяє забезпечити визначення сфери інтересів її акторів, сприяти у формулюванні справедливих правил гри на ринку на основі фундаментальних принципів права – поваги до людської гідності, свободи, рівності, демократичної підзвітності та підконтрольності.

Ціннісні установки та орієнтири щодо конкурентоспроможності, належної ділової практики на ринку забезпечують через інструменти економічного конституціоналізму, регуляторної держави та демократичної підзвітності. Засобами їх забезпечення служать верховенство права, незалежні державні регулятори та вимоги прозорості й належної правової процедури. Під цим кутом окрему увагу приділено дослідженню правового забезпечення інноваційного та сталого розвитку національної економіки в умовах процесів глобалізації. З точки зору європейської інтеграції та інших регіональних форм економічної співпраці розкрито основні напрями правового забезпечення інноваційного та сталого розвитку економічної системи України.

У монографії розкрито основні моделі втручання держави в економічну систему, зокрема розкриваються тенденції до формування соціетальної моделі економічної системи. Окрему увагу приділено питанням ефективності правового регулювання та функціонування економічних інституцій, його особливостей у перехідних економіках. Висвітлено еволюцію національного суверенітету через призму транснаціональності у правовому

регулюванні економічної системи, а також за допомогою юридичних інструментів забезпечення національних економічних інтересів. На прикладі забезпечення епідемічної безпеки розкрито особливості взаємодії національного та транснаціональних елементів, а також основні риси і тенденції розвитку трансгуманізму. У якості ключових критеріїв цього процесу розглядаються людська гідність, цілісність індивіда та роль свободи розвитку індивіда у здійсненні економічних свобод.

У рубриці адміністративно-правових аспектів економічних інститутів висвітлено межі адміністративного втручання в економічні інституції та ефективності правового регулювання податкових відносин. Розкрито конституційні та адміністративні засади забезпечення економічної конкуренції, зокрема висвітлено її особливості на ринку енергетики, що має вкрай важливе значення, оскільки ця галузь є тригером сучасних трансформацій на національних і глобальних ринках. Україна є інноваційною у сфері здійснення публічних закупівель, чому присвячено окрему частину роботи, в якій також розглянуто перспективи удосконалення цієї сфери юридичної діяльності.

Праця також зачіпає приватно-правові аспекти економічних свобод, зокрема природи окремих свобод з точки зору їх самообмеження, права на приватність, ліцензійних договорів у сфері авторського права, економічних свобод у сімейному праві, особливостей юридичних осіб приватного права. У контексті розвитку комерційного права висвітлено особливості формування накопичувальної системи пенсійного страхування, розвитку цифрової економіки, інновацій у підприємницькій діяльності та свободи наукових досліджень, доктрини заборони суперечливої поведінки як засіб виявлення недобросовісності.

У сфері комерційних правовідносин монографія зачіпає проблеми правового статусу господарських товариств, основні риси та роль цифрової економіки у комерційній діяльності, доктрини заборони

суперечливої поведінки як засобу виявлення недобросовісності та проблеми співвідношення публічного та приватного інтересу при вирішенні земельних спорів. Також розкривається проблематика правосуб'єктності учасників комерційних відносин з точки зору господарського законодавства¹.

Окремо заслуговує на увагу розкриття інновацій у підприємницькій діяльності, в якій також значно приділено увагу питанням забезпечення академічної свободи, оскільки інновації зачіпають впровадження результатів наукової і науково-технічної діяльності у комерційній сфері. Саме у такій площині слід розглядати розвиток економічних процесів та ступінь втручання держави, яка має брати участь у фінансуванні інноваційних проектів на засадах державно-приватного партнерства. Розкрито особливості доктринальних підходів до проблеми визначення юридичної відповідальності (цивільно-правової відповідальності), співвідношення

¹ Про дискусійність того підходу варто нагадати рішення Федерального суду Канади у спорі, що стосувався накладання арешту на літаки КБ Антонов з метою погашення суверенних боргів України (*TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine*, 2003 FC 1517 (CanLII), 158), який у зв'язку із суперечливістю юридичних конструкцій права України щодо оперативного управління майном з огляду на гарантії права власності, застосував право Канади, звільнивши з-під арешту українські літаки як такі, що належать компанії, хоча яка належить державі, однак на ринку вона вступає цілком як самостійний суб'єкт для здійснення комерційної діяльності на приватно-правових засадах:

«158. Крім того, оскільки це питання має відношення до результату, я вважаю, що дебати експертів щодо питання про те, чи можуть державні активи, виділені держпідприємству, бути арештовані та продані під час виконання судових рішень проти держави або підприємство є суто теоретичним. Він не відображає стан українського законодавства з тієї простої причини, що українське законодавство не розглядає це питання і не дає відповіді на це питання. Перехід української економіки до ринкової економіки та її правової системи до системи, що визнає приватне підприємництво та власність, просто подолав її законодавчу базу, а нові закони, прийняті для підтримки вільної ринкової економіки, здається, не відповідають запланованому та всеохопному законодавству. <...> З огляду на масштабність завдання перетворення правової системи радянського зразка на ринкову систему, а також швидкість, з якою це було зроблено, не дивно, що результат має виглядати хаотичним, надмірним і суперечливим. У цьому контексті визнання того, що логічного вирішення юридичної головоломки може не існувати, є, можливо, більш шанобливим і вірним для української системи, ніж спроба вбити рішення, засноване на «логіці» наших правових інститутів, в українське законодавство.

цивільно-правової відповідальності та санкції як правових категорій, окремих аспекти переддоговірної відповідальності

Завершується монографія характеристикою природи соціально-економічних прав та їх юридичного захисту, а також їх забезпечення засобами конституційної юстиції та у практиці Європейського суду з прав людини. Також розкривається проблематика захисту соціально-економічних прав з точки зору економічного аналізу права та його ціннісного виміру, а також роль Європейської соціальної хартії у подальшій еволюції та підвищенню ефективності захисту прав людини

Монографія розрахована на магістрів та аспірантів, які проводять дослідження у відповідних сферах юриспруденції, а також для фахівців, які спеціалізуються у сфері юриспруденції, економіки та соціології.

З повагою,
доктор юридичних наук, професор
Михайло Савчин

Розділ 1

Основні моделі правового регулювання економічної системи

Вступ

1.1. Основні моделі втручання держави у економічні свободи та діяльність економічних інституцій

1.2. Соціетальна модель правового регулювання економічної системи

1.3. Основоположні принципи права та економічна система

Висновки

Вступ

На початку цієї книги буде зроблено огляд основних моделей втручання держави у здійснення економічних свобод. В основі головних їх критеріїв буде розглянуто верховенство права, добре урядування та пропорційність. Хоча зазначені доктрини пере- межуються між собою, однак вони мають цілком самостійну конотації з огляду вирішення питання про демократичну легі- тимність формування правил і процедур в економічній сфері. У залежності від вибору моделі втручання держави в економічну систему можна судити про ступінь її відкритості, адаптивності та здатності адекватно реагувати на виклики, що призводять до процесу трансформації в економічних відносинах, їх правового регулювання та функціонування економічних інститутів. Як свід- чить досвід подолання економічної рецесії 2008–2010 років та пандемії коронавірусу, збалансований підхід у механізмах ринко- вого саморегулювання та організаційної ролі держави, наддер-

жавних інституцій та міжнародних організацій можуть сприяти формуванню соціетальної моделі економіки. Цей підхід поєднує у собі відносини ієрархії та координації, визнання державою правил, які сформовані економічними акторами та вирішальної ролі держави в алокації ресурсів, необхідних для вирішення непередбачуваних обставин та чинників, перед якими опинилася сучасна економіка.

1.1. Основні моделі втручання держави у економічні свободи та діяльність економічних інституцій

Теорія систем вказує на те, що у її структурі завжди є домінуючий елемент. Оскільки далі буде йти мова про втручання держави в діяльність економічних інституцій, то зрозуміло, що тут йтиме мова про економічну систему. Держава як організована форма урядування політичної нації має безпосередній вплив на економічну систему. І тут стоїть питання, чи такий вплив є насправді вирішальним і якими чинниками цей вплив визначається. Далі стоїть питання: а чи є вчинення впливу державою на економічні процеси і явища смислом діяльності держави, її функцією, іншими словами – її самоціллю.

1.1.2. Природа та критерії типології економічних систем. Згідно із Толкотом Парсонсом, суспільство розвивається або забезпечує стабільність правил гри. У рамках соціуму, суспільства його підсистеми функціонують наступним чином: соціальна забезпечує координацію та інтеграцію зусиль щодо досягнення її цілей; культурна забезпечує відтворення певних соціальних моделей, паттернів; політична як особистісна підсистема реалізує цілепокладання суб'єкта через мотивацію та визначення цілей певного учасника; економічна визначає поведінкові взірці (за виразом Парсонса,

організми) сприяють адаптації². Якщо ми це візьмемо за основу при дослідженні економічні системи відкритого або закритого типу, чи їх перехідні модифікації, то раціональність вибору та цілепокладання складно розглядати у рамках цілепокладання певного індивіда чи якогось інституту. Най би то і була навіть держава. Тому, як справедливо підкреслює Парсонс, інтегративним параметром цих підсистем є їх інституціоналізація через цінності, норми, колективи і ролі³.

Звісно, ключовим чинником приведення у дію цих складників системи є легітимізація правил і процедур, в основі чого лежить узгодження інтересів та забезпечення їх реалізації у взаємодії. Тим самим, стоїть питання, яким чином можна виражати інтереси через свободу економічної діяльності, яка є основою економічної системи і за допомогою яких інституцій така свобода забезпечується. Звідси й виникає питання про межі економічної свободи у рамках забезпечення балансу інтересів у суспільстві. Власне кажучи, виправдання організації суспільства у державу і втручання держави в економічну діяльність обґрунтовується із міркувань балансування інтересів у гетерархічному суспільстві. Таким чином, стоїть питання про демократичну легітимацію економічних правил і процедур. Оскільки держава репрезентує політичну компоненту суспільства, у цьому процесі її роль не є вирішальною. Такі правила і процедури є результатом узгодження інтересів в економічній системі. Однак втручання держави може відіграти чи не вирішальну роль, чи економічна система буде відкритою чи закритою. Відкрита економічна система характеризується спонтанністю формування правил і процедур, оскільки такі базуються на свободі економічної діяльності. Натомість, закрита економічна система стає закритою

² Парсонс, Т. (1998). Система современных обществ (с. 15–16). Седова, Л.А. и Ковалева, А.Д. (пер.). Москва : Аспект Пресс.

³ Там само. С. 16–17.

внаслідок (1) нав'язування правил і процедур певною домінуючою силою чи стратою в економічній системі або (2) коли такий вплив вчиняє держава, хоча знову ж таки держава буде здійснювати це в інтересах певної страти/групи. Останній тип економіки є розбалансований і рано чи пізно вона дезінтегрується і занепадає.

Ентоні Гідденс, розглядаючи соціальну систему як дуальну структуру, з притаманним їй функціоналізмом і структуралізмом у якості інтегративної її основи розглядав герменевтику як процес комунікації⁴. Нас це буде цікавити у контексті розуміння природи відкритих і закритих економічних систем, оскільки слід тут шукати джерело формулювання інститутів, правил і процедур, а також мотивації поведінки у силу обмеженості доступу до інформації на ринку. Далі Гідденс наголошує на тому, що якісною характеристикою влади є «здатність до перетворень»⁵. Якщо накласти концепт конституційної ідеографії, розробленої Раном Гіршлем, на правову систему (а для цього є цілком достатні підстави – конституційні принципи є основоположними принципами національного правопорядку), то дійсно вирішальним для цього процесу набуває демократична комунікація, за якої досягається легітимізація структури того, що прийнято вважати конституційною економікою у сенсі Джеймса Бюкенена. Це є важливим положенням з точки зору інституційної спроможності держави щодо здійснення певних заходів в економічній сфері, зокрема економічних реформ. У цьому ключі Гідденс розглядає відповідальність і підзвітність через призму «інтерпретаційних схем і норм», основою чого є легітимація прав і обов'язків, норм і санкцій, які приводять у дію трансформаційний потенціал влади⁶.

⁴ Гидденс, Энтони (2005). *Устроение общества: Очерк теории структуризации* (с. 38–41). Москва: Академический проект.

⁵ Там само. С. 56.

⁶ Там само. С. 76–77.

На підтвердження і поглиблення позицій Парсонса та Гідденса Ніклас Ліман говорить про аутопоезис систем, тобто здатність формулювати та відтворювати правила, але цьому процесу має бути наданий певний смисл (зміст)⁷. При цьому Луман наголошує, що цей процес не завжди можна цілком верифікувати чи фальсифікувати за Карлом Поппером. З точки зору конституціоналізму і верховенства права смисл певних конструкцій полягає у визначенні мети, яка має відповідати критеріям демократичної легітимності та балансування інтересів у суспільстві. Якщо розглядати ці процеси через призму економічного аналізу права, то тут виникає дилема цінностей і мети діяльності суб'єктів економічної системи. Цю дилему Луман описує так⁸:

«Творення беззмістовного можливе лише у тому випадку, коли ми утворюємо більше вузьке поняття осмисленого (наприклад, повсякденно-буденного або очікуваного), а потім відрізняємо від нього беззмістовне. Аналогічно проходить і тоді, коли ми з більшою напругою намагаємось створити щось особливо «осмислене», а потім, можливо, починаємо відчувати беззмістовність всіх цих зусиль».

В економічній теорії виділяють функціональний, структурно-морфологічний, інформаційний та генетичний підхід у трактуванні сутності економічних систем. Виходячи із цього, економічну систему характеризують як *«складну, фрактальну, гетерархічну цілісність підсистем та елементів економіки, процесуальними атрибутами якої є самоорганізація, саморозвиток, історичність та людинорозмірність»*⁹. Натомість, її доречніше трактувати

⁷ Луман, Ніклас (2004). *Общество как социальная система* (с. 39–41, 45) ; Антоновский А. (пер.). Москва : АСТ.

⁸ Там само. С. 52.

⁹ Гражевська, Н.І. (2008). *Економічні системи епохи глобальних змін* (с. 20–25, 29). Київ : Знання.

цілісно, оскільки насправді динаміка розвитку економічних систем певною мірою поєднує ці підходи. Якщо поєднувати економіку і право, то основним критерієм розмірності функціонування системи служить економічна свобода.

Економічна свобода опирається економічному порядку. Інтегративною основою їх взаємодії служать права людини, як би це не парадоксально звучало. У Фрідріха фон Гаєка є міркування про *nomos* і *kosmos*, що відповідно виражається у порядку та хаосі; за цією логікою у хаосі зароджується певний порядок. І тому тут слід говорити про спонукальні чинники формування цього порядку, для чого потрібно ставити питання про забезпечення балансу інтересів у гетерархічному суспільстві, узгодження інтересів між учасниками економічних відносин. У правовому відношенні такі учасники розглядаються формально рівними у правах, але переважно нерівними за фактичним станом речей. Тому стоїть питання, яким чином забезпечити еквівалентність та рівність в економічних відносинах, на підставі чого виникають підстави для такого втручання в економічну свободу і чи не порушує це сутнісний зміст права. Таку проблему ми тут будемо розглядати через три основні критерії – верховенство права, пропорційність та добре урядування.

і) Верховенство права. Як пише Ентоні Огус верховенство права є сприятливим для розвитку економічної системи з таких міркувань: 1) правила опубліковані і тому заздалегідь відомі; 2) існують механізми застосування норм без дискримінації; 3) обов'язковість рішень незалежної судової влади; визнання, принаймні на мінімальному рівні, основоположних прав людини¹⁰. Як зазначає Ондраш Шайо:

«У теорії права верховенство права часто розуміють як мінімум, який вводить закон у систему, в «правову» площину: це питання

¹⁰ Ogus, Anthony (2007). The Economic Approach: Competition Between Legal System. In Esin Ögücü and Nelken David. *Comparative Law. A Handbook*. Bloomsbury Academic, 157.

легітимності. Політична теорія розглядає цю концепцію у рамках моделі державного урядування, де право відіграє вирішальну роль, тоді як конституційна теорія, по суті, розглядає верховенство права як обмеження свавілля уряду»¹¹.

Насправді верховенство права в економічних відносинах на засадах юридичної визначеності, заборони дискримінації та поваги до прав людини надає достатній інструментарій для забезпечення рівності у розвитку. Особливо це має значення для глобального ринку, де спостерігається нерівномірність розподілу багатств і такий стан речей, власне, і підриває засади верховенства права. Однак для цього має діяти на задовільному рівні інституційна компонента верховенства права, яку прийнято у континентальній традиції права характеризувати як правову державу (*Rechtsstaat*). Хоча, як нижче ми з'ясуємо, не всі концепти правової державності забезпечують верховенство права, зокрема неприпустимість покладення інтересів певної особи чи групи осіб над законом чи використання законності виключно у власних партикулярних інтересах, як то було при нацизмі, радянщині чи африканських або латиноамериканських військових диктатурах. Так само, змінюється роль держави в економічній системі і критикується надмірний дирижизм в економічні процеси. Своєрідним компенсатором тут розглядається доктрина доброго урядування (*good governance*).

Як відомо із однієї максими про верховенство права, таке означає, що індивід не має зверхності над законом – закон визначає однаковий масштаб свободи. Однак таке масштабування є ніщо іншим як певним розподілом благ або забезпечення рівного доступу до них. Розподіл благ часто супроводжується дискусією чи навіть конфліктами, в яких слід визначити межі доступу до цих благ. Тому

¹¹ Sajo, Andras (2019). Rule of Law from a Comparative Constitutional Law Perspective, in Masterman, R. and Schütze, R. (eds). *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, 262. Cambridge University Press.

критерієм для правосуддя у даному випадку є усунення такого стану юридичної невизначеності. Об'єктивним критерієм тут виступають права людини та обов'язку суду захищати сутнісний зміст права. Чому стоїть так постановка питання?

Сам факт конституційного закріплення таких критично важливих засад, як правова держава та верховенство права, які накладають конкретні обов'язки на державу щодо забезпечення справедливого правосуддя, встановлюючи стандарти щодо його здійснення. І такі конституційні засади не слід розглядати як політичні декларації, оскільки вони накладають на суди обов'язок ефективно захищати основоположні права, критерієм чого служить обмеження свавілля владних рішень та людська гідність. Тут питання полягає в тому, наскільки юристократія (влада судів) втручається у поле конституційного розсуду законодавця. Як зазначає американський конституціоналіст Джеремі Волдрон, тут питання стосується не кількісних визначень, а «будь-якої форми аргументації чи аргументації щодо ціннісних параметрів (значень)»¹². На думку Войцеха Садурського захист конституційних прав конституційною юстицією є не завжди є бездоганим¹³, що у світлі практики розгляду конституційних скарг є цілком справедливим стосовно КСУ.

Згідно з *2020 Rule of Law Report «The rule of law situation in the European Union»* визнаються чотири опори (*pillars*) верховенства права у ЄС, які мають відповідати критеріям ефективності та міцності (*robust*):

Верховенство права вимагає створення екосистеми, що базується на повазі до незалежності судової влади, ефективної

¹² Waldron, Jeremy (1994). Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. *Hastings L.J.*, 45, 819.

¹³ Wojciech, Sadurski (ed.) (2005). *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States in Central and Eastern Europe*, 289. Springer Publishing.

антикорупційної політики, вільних та плюралістичних засобів масової інформації, прозорого та якісного публічного урядування та вільного і активного громадянського суспільства.

Це означає значне розширення контексту верховенства права, оскільки, як зазначала Анна Петерс, корупція атакує насамперед права у сфері освіти та охорони здоров'я, що у світлі сьогоденної ситуації є чи не найістотнішим чинником розвитку соціальних і правових інституцій¹⁴. За таких умов забезпечення верховенства права залежить від демократичної підзвітності і підконтрольності влади, а також доброго урядування.

ii) *Пропорційність*¹⁵. З точки зору систематики юридичних засобів втручання у сферу економічних свобод, то таке здійснюється державою шляхом правового регулювання, конкретизації та інтерпретації закону. Принцип пропорційності також дає відповідь на питання інтенсивності правового регулювання, щоб воно, за словами Бруно Леоні, не перетворювалося на банальну інфляцію законодавства із притаманними їй колізіями та прогалинами. З цього приводу Шмідт-Ассманн пише так: «З точки зору юридичного складу втручання кваліфікувалося чотирма ознаками: його визначали як державно-владне, юридично-формальне, цільове (фінальне) обмеження охоронюваних законом інтересів; тобто малося на увазі імперативне втручання»¹⁶. Далі він наводить положення рішення Федерального конституційного суду Німеччини, згідно з яким¹⁷:

¹⁴ Anne, Peters (2019). Corruption as a Violation of International Human Rights. *European Journal of International Law*, 4(29), 1256.

¹⁵ За основу тут взято основні положення із монографії: Савчин, М. (ред.) (2020). *Правове регулювання та економічні права і свободи* (с. 25–30). Ужгород: РІК-У.

¹⁶ Шмідт-Ассманн, Герхардт (2009). *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання систематики адміністративного права* (вид. 2-е, с. 81). Київ: Вид-во «К.І.С.».

¹⁷ BVerGE, 71, 183 (191).

«Оскільки основоположні права не захищають лише від заходів, регульованих органами публічної влади. І не вимагають загалом, щоб обтяження індивіда були прямим наслідком заходу держави. З урахуванням охоронної функції відповідного основоположного права навіть фактичне обмеження інтересів суб'єкта основоположних прав – залежно від виду і ступеня – може означати втручання в основоположні права».

Ідея втручання як легітимного впливу у сфері приватної автономії ґрунтується на тому, що найбільш ефективним гарантом прав людини є держава, одночасно виступаючи найпотенційнішим їх порушником. Тому таке втручання має мати належне обґрунтування, бути розумним, передбачуваним і не посягати на сутнісний зміст права. З цього приводу лорд Бінгем висловився так¹⁸:

«чим суттєвіше втручання в права людини, тим більше суд вимагатиме обґрунтування, перш ніж він переконається, що рішення є розумним».

У цьому відношенні також справедливим міркування, що загальні слова законів не можуть скасовувати основоположні права¹⁹, що поєднується із розуміння поваги до прав людини. З іншого боку, має значення приватної автономії як критерію визначення меж втручання держави у здійснення економічних свобод. Поняття приватної автономії є широким, починаючи від розуміння приватності до здійснення актів самовизначення, зокрема, що стосується вибору видів економічної діяльності. Ці питання зачіпаються у різних концепціях раціонального вибору чи людини економічної (*homo oeconomicus*), але попри цю дискусію, головним у цьому процесі є розуміння конституції як результату спільної діяльності та ступеня здійснення економічних свобод та доступу

¹⁸ *R v Secretary of State for Defence, ex parte Smith and Grady* [1996] QB 517, 547.

¹⁹ Steyn, Lord (2002). *Democracy Through Law*. EHLRL, 723, 729.

до економічних благ. Інтенсивність втручання будь-якого органу публічної влади у здійснення основоположного права «вимагає істотного об'єктивного обґрунтування»²⁰.

Загалом зміст принципу пропорційності²¹ визначають критерії судової перевірки владних дій при здійсненні функцій законодавства, управління та правосуддя. Трискладовий тест складають такі підстави застосування державою певних заходів:

1) *на основі закону*. Запроваджувані заходи мають ґрунтуватися на законіві задля оптимального досягнення легітимної мети. Слід при цьому відрізнити законні (*legal*) і незаконні (*illegal*) та неправомірні (*unlawful*) заходи²², оскільки останні можуть відповідати формальним вимогам законності, однак істотно порушувати основоположні права, що має наслідком їх суперечність законіві. Прикладом формально законного, але неправомірного та несправедливого по суті є обвинувальний вирок суду у справі Зайцевої, коли обидвох обвинувачених засудили до десяти років позбавлення волі, хоча ступінь вини у вчиненні злочину та заподіяння шкоди потерпілим ними вочевидь була різною і суду у цьому випадку слід було диференціювати покарання на засадах його індивідуалізації. Такі заходи мають бути вимушені і без їхнього запровадження мета не буде досягнута, на основі чого закон має уповноважувати публічну адміністрацію забезпечувати громадський порядок, захист прав людини та економічний добробут;

2) *необхідність у демократичному суспільстві*. Запроваджені заходи мають бути нагальними і мінімально обмежувати права людини, вони мають «передбачати певну форму організації публічної адміністрації та відповідних процедур, у рамках яких

²⁰ *R (on the application of Mahmood) v Secretary of State for the Home Department* [2001] 1 WLR 840 (EWCA), para 18.

²¹ Циппеліус, Райнгольд (2001). *Філософія права*, 72–78. Київ : Тандем.

²² Jowell, Jeffrey, and Lester, Anthony (1988). *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*. *Commonwealth Law Bulletin*, 14(2), 859.

відбувається збір та узагальнення індивідуалізованих завдань»²³. Між втручанням державного органу та метою, задля якої воно застосовується, має існувати чіткий зв'язок. Як і у правотворчості, у правозастосуванні в основі мети, яку має бути досягнуто, лежить баланс відповідних публічних та приватних інтересів, однак вони набувають конкретно-правового характеру, оскільки стосуються визначеного кола осіб. Тому і зв'язок між заходом та метою має бути очевидний і достатній з урахуванням обставин конкретної справи, зокрема заходи мають бути індивідуалізовані²⁴.

3) *достатність і доречність засобів*. Застосування заходів має бути розумним, адекватним і в рамках процесуальної економії досягати легітимної мети таким чином, щоб не посягати на сутнісний зміст економічних свобод. Наприклад, при застосуванні заходів юридичної відповідальності орган влади має застосовувати більш м'який захід впливу.

iii) *Добре врядування (good governance)*. Серед методологічних інструментів покращення стосунків публічної адміністрації та приватних суб'єктів важливе місце займає концепція належного врядування (*good governance*) та концепція належного адміністрування (*good administration*) як її елемент. Поява їх відображає зміну ролі управління, робить акцент на його якості, вводить нормативний вимір процесу прийняття рішень і формулювання державної політики²⁵. Значення засад доброго врядування для публічного адміністрування полягає в тому, що вони встановлюють стандарти та стимулюють публічних службовців на забезпечення публічного інтересу. При цьому їх формальна легалізація

²³ Шмідт-Ассманн, Герхардт. Там само. С. 92.

²⁴ Євтошук, Ю.О. (2015). *Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права* (дис. ... к.ю.н., с. 101). Київ : Університет економіки і права «Крок».

²⁵ Погребняк, С. (2012). Концепції good governance та good administration (міжнародний, європейський та національний досвід). *Філософія права і загальна теорія права*, 1, 177.

здійснюється у різних правових актах – від конституцій до окремих нормативних актів і судових прецедентів²⁶.

У світовій та європейській практиці та доктрині існує не одне визначення категорії добре врядування. Організація співробітництва та розвитку вважає за його основними складниками такі, як повага до прав людини, безпека угод, ефективне управління, демократичні політичні інститути²⁷. У список Світового банку ввійшли: підзвітність, політична стабільність, відсутність насильства, ефективність управління, якість регулювання, верховенство закону і боротьба з корупцією²⁸. Органи Європейського Союзу, у свою чергу, роблять акцент на відкритості, участі, підконтрольності, ефективності, пропорційності та субсидіарності²⁹, однак у інших джерелах цей перелік видозмінюється та вміщає демократизацію, захист прав людини, зміцнення законності та підвищення якості правосуддя, підвищення ролі громадянського суспільства, реформування державного управління та децентралізацію³⁰.

Певної визначеності поняттю «*good governance*» надала Резолюція Комісії з прав людини 2000/64 «Роль належного врядування у забезпеченні прав людини»³¹. Вона визначила ключові атрибути доброго врядування: прозорість, відповідальність, підзвітність, участь, чутливість до потреб людей. Зі змісту положень цієї резолюції також стає зрозуміло, що її розробники прямо пов'язали

²⁶ Галуцько В. та ін. (ред.) (2018). *Адміністративне право. Повний курс* (с. 42). Херсон: ОЛДІ-ПЛЮС. ,

²⁷ Meisel, Nicolas (2007 November). Is “Good Governance” a Good Development Strategy? *The Organisation for Economic Co-operation and Development*. URL: <http://www.oecd.org/>

²⁸ <http://info.worldbank.org/governance/wgi2007/>

²⁹ European Governance. A White Paper. European Commission. COM(2001) 428 final 25 July 2001. Brussels: URL: http://ec.europa.eu/white-papers/index_en.htm

³⁰ Draft Handbook on Promoting Good Governance in EC Development and Cooperation. European Commission. 2003. URL: http://ec.europa.eu/europeaid/what/governancedemocracy/documents/final_draft_handbook_gg_en.pdf

³¹ The role of good governance in the promotion of human rights. *Commission on Human Rights resolution, 2000/64*.

категорію «добре врядування» зі створенням сприятливих умов для забезпечення прав людини, сприянням зростання і сталим людським розвитком³².

Сутністю принципів доброго врядування в країнах-учасницях ЄС є те, що вони реально виконуються на всіх рівнях публічного адміністрування, адже дієво захищені від порушень – громадським контролем, виконавчим контролем системи органів юстиції, судовою владою та парламентським контролем. У сфері права ЄС Палац правосуддя визначив низку принципів доброго урядування, які притаманні сьогодні для держав-членів ЄС. У судовій практиці Європейського суду з прав людини визначаються вагомі принципи, що мають виконуватися всіма державами-членами ЄС, зокрема це: принцип адміністрування через закон; принципи пропорційності, юридичної визначеності, захисту законних очікувань, недопущення дискримінації, право на слухання в ході адміністративних процедур щодо ухвалення рішень; забезпечувальні заходи; справедливі умови доступу громадян до адміністративних судів; позадоговорна відповідальність публічної адміністрації.

Серед систематизованих юридичних документів, які визнають чітко та рельєфно складники цієї концепції, слід навести Хартію основоположних прав Європейського Союзу (статтю 41, що стосується питання доброго адміністрування) та Кодекс Європейського омбудсмена належної адміністративної поведінки, який призначений у більш деталізованому розкритті змісту даного поняття. Так, стаття 41 Хартії визначає, що кожна людина має право на неупереджений, справедливий розгляд його справи упродовж розумного строку інститутами і органами Європейського Союзу. Дане право передбачає, зокрема: а) право кожної людини висловити свою думку, до того як до нього персонально будуть

³² Карабін, Т.О. (2016). Забезпечення міжнародних стандартів адміністрування в контексті положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. *Прикарпатський юридичний вісник*, 4(13), 69.

застосовані заходи, які можуть спричинити за собою несприятливі для нього наслідки; б) право кожної людини на доступ до стосуються його матеріалами при дотриманні законних інтересів конфіденційності, а також професійної та комерційної таємниці; в) обов'язок адміністративних органів мотивувати прийняті рішення.

Кодекс європейського омбудсмена належної управлінської поведінки деталізує, що саме має означати на практиці право на належне адміністрування³³. Цей документ допомагає окремим громадянам зрозуміти та реалізувати свої права, підвищує інтерес до відкритої, ефективної та незалежної адміністрації та служить корисним керівництвом для публічних службовців у їх стосунках з громадськістю. Положення Кодексу грукують принципи на окремі групи:

- загальні принципи адміністративного права, такі як: принцип законності, недискримінації, пропорційності, а також неприпустимості зловживання повноваженнями, безсторонності та незалежності, законних очікувань, послідовності та інформування; захисту даних та доступу до інформації та документів;

- принципи адміністративної процедури, такі як: об'єктивність, інформування громадськості, справедливість у сенсі справедливого, неупередженого і розумного ставлення, право на використання мови громадянина, підтвердження одержання звернення та визначення компетентної посадової особи, право бути вислуханим і робити заяви, право розумного строку для прийняття рішення, обов'язку повідомляти про підстави для прийняття рішення, вказівки на можливість оскарження, повідомлення про рішення;

- неправові стандарти, пов'язані з питаннями службової етики, що містяться в положеннях про ввічливість, обов'язок передати звернення до компетентного підрозділу установи, прихильність

³³ The European Code of Good Administrative Behaviour. URL: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/publication/en/3510>

до громадян та чесність, об'єктивність та повага до інших, ведення належного обліку і потребу в публічності кодексу.

У рамках Ради Європи регламентація відповідних принципів здійснена у Рекомендації СМ/Rec(2007)7, текст якої «закріплює» найбільш важливі принципи належного адміністрування³⁴. У преамбулі цієї рекомендації зроблені спроби окреслити рамки самого поняття «належне адміністрування». Нею, зокрема, визначено, що належне адміністрування передбачає, що послуги повинні задовольняти основні потреби суспільства, і тому воно стосується не тільки правових механізмів, але і залежить від якості та організації управління в цілому. Крім того, належне управління передбачає баланс між правами й інтересами тих, на кого прямо впливають дії владних суб'єктів, та інтересами суспільства в цілому, а процедури, призначені для захисту інтересів фізичних осіб у відносинах з державою, повинні в деяких випадках захищати інтереси інших осіб та суспільство в цілому.

Особливої уваги заслуговує розділ II аналізованої рекомендації, який містить конкретні норми регулювання процедурних питань щодо прийняття адміністративних рішень. Сюди розробники кодексу віднесли стандарти, пов'язані з ініціюванням прийняття управлінських рішень, запитами від приватних осіб, участю приватних осіб у прийнятті окремих нормативних рішень, формами управлінських рішень, порядком набрання їх чинності та виконання. Останній, третій розділ, містить тільки дві статті стосовно оскарження адміністративних рішень і компенсацій за незаконні рішення публічної адміністрації.

На звершення, слід наголосити, що критерій верховенства права визначає якісні параметри втручання держави в економічні свободи, добре врядування вказує на інституційні компоненти

³⁴ Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration. URL: <https://rm.coe.int/cmrec-2007-7-of-the-cm-to-ms-on-good-administration/16809f007c>

такого втручання, а через принцип пропорційності визначається ступінь балансування між публічним і приватним інтересом. Як це здійснюється, буде предметом розгляду у наступній частині роботи. Водночас пандемія коронавірусу свідчить про оформлення якісно нового типу балансування публічного і приватного інтересів – соціетальної моделі.

1.1.2. Основні типи правового регулювання економічних систем³⁵. При виборі моделей урядування, що напряму впливає на зміст і характер владних рішень, а звідси – на підходи у правовому регулюванні, має значення розуміння між консервативним, ліберальним та соціальним підходами. Вибір цих підходів (моделей) правового регулювання виражає ступінь втручання держави в економічні свободи.

і) Консервативний підхід. Даний підхід базується на супротиві інновацій та збереженню існуючого порядку речей, який спирається на емпіричний досвід, а тому система інституцій не підлягає істотній зміні. Консерватори, якщо сприймають зміни, то більш схильні до еволюції інституцій. Як відзначає Семюел Гантінгтон з посиланням на Едмунда Бьорка, консерватизму притаманні такі риси: 1) характеристика людини як релігійної тварини, оскільки релігія є основою громадянського суспільства і соціальний порядок пронизує Божественна санкція; 2) суспільство є природнім, органічним продуктом поступового історичного розвитку, а право виконує своєрідну функцію часу; 3) людина є істотою, яка зіткана із емоцій, інстинктів та наділена розумом, а тому істина існує не лише в розумі, а також у життєвому досвіді; 4) спільнота є важливішою від індивіда, а права людини виводяться із її обов'язків; 5) статус людини не виражає засад рівності, оскільки суспільство складне із притаманними йому відносинами ієрархії, диференціації

³⁵ При написанні цього підпараграфу використано матеріали: Савчин, М. (2018). Конституційна економіка та основні моделі втручання держави в економічні процеси. *Право України*, 5, 17–21.

та лідерства; 6) надання переваги усталеним моделям управління на противагу «будь-якого невипробуваного проекту», оскільки насправді доволі складно реалізувати певні далекосяжні проекти – як правило, зусилля, спрямовані на усунення зла, спричиняють ще більше зло³⁶ (за відомими прислів'ям «добрими намірами дорога встелена до пекла»).

На думку багатьох неправих та консерваторів надмірне державне втручання, зокрема через розростання програм соціального захисту «держави добробуту» руйнують принцип опори людини на власні здатності та зусилля та виховують у людей настрої утриманства³⁷. Це має наслідком зниження ініціативності та відповідальності індивіда, хоча водночас визнається, що певні функції держави добробуту мають бути присутні. І це не дивно, цей бік консерватизму, будучи його ахілесовою п'ятою, по суті суперечить існуючій соціальній інфраструктурі (освіта, охорона здоров'я, соціальне і медичне страхування, соціальні послуги і допомоги), яка існує у розвинутих та зростаючих економічно країнах. Також економічна рецесія 2008–2010 років та необхідність подолання пандемії коронавірусу свідчать, що існує необхідність чіткого механізму взаємодії та організації діяльності відповідної соціальної інфраструктури.

Загалом, консервативний підхід є домінуючим на пострадянському просторі, він також був взятий на озброєння адміністрацією президента США Дональдом Трампа. Сумнозвісні доктрини «русского міра», «духовних скреп» та суверенної демократії, взятих на озброєння президентом Росії Владіміром Путіним є консервативними по суті. Такі концепції є елітаристськими по суті, а в Росії – корпоративістськими, які базуються на відносинах ієрархії,

³⁶ Хантингтон, Сэмюэл (2016). Консерватизм как идеология. *Тетради по консерватизму*, 1, 234.

³⁷ Гаджиев, К.С. (2013). Консерватизм в современном мире: кризис или возрождение? *Власть*, 1, 64.

визнання безумовного авторитету влади, незважаючи на зміст владних рішень з огляду на засади верховенства права та повагу до прав людини. Звідси, будівництво закритих моделей національної економіки з притаманними їм монопольними чи олігопольними структурами, які слабо підконтрольні та підзвітні з огляду на добросовісну конкуренцію та обмеження зловживання монополізмом чи домінуючим положенням на ринку.

ii) *Ліберальний підхід* тяжіє до мінімального втручання публічної влади у приватне життя індивіда; конституція вважається інструментом обмеження публічної влади правовими рамками, основним елементом якого є вільна конкуренція на ринку, свобода руху капіталів, товарів, послуг і робочої сили. Тобто лібералізм передбачає гарантії свободи у рамках закону, рівність перед законом і судом, верховенство права, заперечення ідеї, що закони визначають наслідки соціальних процесів, влада має обмежуватися регулюванням задля гарантування свободи і вона передбачає реформи задля індивідуальних свобод перед обличчям невизначеності; тому у лібералізмі немає раз і на завжди заданої ідеї³⁸. Водночас, Томаш Седлачек наголошує на тому, що лібералізм не надає очевидної відповіді щодо етосу економічної діяльності та ідеї саморегулювання ринку, які насправді є взаємодоповнюваними³⁹.

Лібералізм виник на противагу свавільній владі, беззаконню, диктатурі, тоталітаризму та авторитаризму. Лібералізм постійно модифікується, еволюціонує і характеризується плюралізмом різноманітних підходів до розуміння його змісту, водночас він являє собою ціннісну систему, яку уособлюють дві найвищі цінності лібералізму – людина та свобода. Згідно з лібералізмом закон не забороняє, а дозволяє (свобода в рамках закону) на засадах індиві-

³⁸ Итуэлл, Дж., Милгейт, М., Ньюмен, П. (ред.) (2004). *Экономическая теория* (с. 475–480). Москва : Изд-во ИНФРА-М.

³⁹ Седлачек, Томаш (2017). *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи*. Львів : Вид-во Старого Лева.

дуалізму, толерантності та злагоди, визнаються як невідчужувані права на свободу, життя і власність. Складовими елементами лібералізму є: індивідуалізм, індивідуальне благо, раціональність, негативна свобода, права людини⁴⁰.

Фрідріх фон Гаек схиляється до синергетичного трактування соціального порядку, оскільки цінності мають відносний та утилітарний характер – «абстрактний порядок може бути метою правил поведінки». За таких умов закон виражає той самий «абстрактний порядок», а судові рішення забезпечує підтримання та поліпшення існуючого порядку⁴¹. Таким чином суддя перетворюється у реального дистриб'ютора між абстрактними правилами у сенсі концепції «невидимої руки» А. Сміта.

Ліберальна модель втручання ґрунтується на мінімальному обмеженні свободи договору, вільній конкуренції, свободи руху капіталу, товарів, послуг і робочої сили тощо. Прикладом такого підходу є відоме рішення Верховного суду США у справі Лохнер проти Нью-Йорка⁴². Суд визнав неконституційним статут штату, який встановлював обмеження у 10-годинний день у пекарнях і пральнях, пов'язаний із шкідливими для здоров'я працівників умовами праці. Верховний суд керувався 14-ю Поправкою до Конституції США, зокрема свободою договору і тим, що питання такого роду мають регулюватися Конгресом США.

Динамічний характер економічної системи зумовлений тим, що за своєю природою вона є відкритою, оскільки визначається раціональною поведінкою учасників економічної діяльності, в основі якої лежить забезпечення їх інтересів. Зважування інтересів учасників економічної діяльності раціоналізує їх в сторону

⁴⁰ Гришук, О., Слюсарчук, Х. (2020). Ліберальний комунітаризм як філософія правого розвитку постмодерного суспільства. *Український часопис конституційного права*, 1, 22.

⁴¹ Хайек, Ф.А. фон (2006). *Право, законодавство, свобода. Сучасне розуміння ліберальних принципів справедливості і політики* (с. 137). Москва : ИРИСЭН 132.

⁴² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

забезпечення балансу інтересів. Такий баланс завжди є нестійким, оскільки питома вага певних інституцій, учасників, об'єктів змінюється в силу зміни потреб та інтересів у самій економічній системі. Флуктуації, які відбуваються у рамках економічної системи, об'єктивно призводять до пошуку нового шляху узгодження інтересів, що передбачає певні процедури прийняття рішень.

iii) Ліберально-демократичний підхід втілений у конституційній економічній теорії Джеймса Б'юкенена, основним призначенням якої є забезпечення вибору [легітимних конституційних] обмежень на відміну від вибору у рамках [економічних] обмежень згідно з класичною економічною теорією, яка бере витоки з Адама Сміта⁴³. Як на недоліки ліберальної моделі вказують на те, що складно спрогнозувати перебіг економічних циклів, тому необхідне накопичення капіталу та ресурсів з розрахунку на стадії циклу із низьким рівнем розвитку та й тої обставини, що не завжди має місце економічне зростання⁴⁴. Економічні процеси самі по собі є непередбачувані і певні чинники, які можуть спричинити економічні кризи складно своєчасно і достеменно передбачити⁴⁵.

Акцентуючи увагу на альтернативах політичного вибору (власне кажучи, конституційних моделей легітимності втручання у свободу економічної діяльності) і зумовлених цим вибором соціальних взірців-моделей поведінки, прибічники цієї теорії зумовлюють такий вибір досягненням у суспільстві консенсусу на засадах критерію ефективності правил та інститутів як результату цього консенсусу (К. Віксель). За таких умов Дж. Ст. Міль наголошує, що основі поведінки чи то приватної особи, чи держави як юридичної особи лежить інтерес, який вона буде переслідувати, по можливості, зловживаючи ним. На думку Дж. Кейнса ринкові механізми

⁴³ Итуэлл, Дж., Милгейт, М., Ньюмен, П. (ред.). *Экономическая теория*, 168.

⁴⁴ Там само. С. 431 і наст.

⁴⁵ Талеб, Нассим Николас (2010). *Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости* (с. 225 і наст.). Москва : Колибри.

саморегулювання не можуть забезпечити належний рівень добробуту і зайнятість, тому є виправданим втручання держави з метою справедливого розподілу ресурсів⁴⁶.

При визначенні обґрунтованості правового регулювання американський науковець Річард Іпстейн (Epstein) з посиланням на Джона Лока наголошує на трьох функціях держави – оподаткуванні, регулюванні та модифікації правил відповідальності. Тому держава має насамперед компенсувати збитки, заподіяні приватній власності у разі здійснення правового регулювання, оподаткування та зміни правил відповідальності⁴⁷. При цьому, як сформулював у своїй юриспруденції КСУ⁴⁸ запровадження таких заходів має відповідати засадам пропорційності, тобто «обмеження прав і свобод людини і громадянина є допустимим виключно за умови, що таке обмеження є домірним (пропорційним) та суспільно необхідним».

Така матриця відносин зумовлює раціональність вибору, заснованого на забезпеченні балансу інтересів. Однак такий баланс впирається у проблему обмеженості ресурсів. Тому конституційна економічна теорія так і не може дати відповіді на проблему легітимності конституційних обмежень. Частковою спробою подолати такий недолік є антимонопольне законодавство, починаючи від Акта Шермана, який передбачив повноваження прокуратури США щодо переслідування фактів картельної змови трестів на ринку, що призводило до монопольного становища на ринку та обмеження свободи договору.

iv) Перехідні моделі. У посткейнсіанському напрямі розвитку економічної науки роблять акцент на динамічному характері економіки, якій притаманні неясність в зв'язку із недостатністю інформації та фундаментальна непередбачуваність, за якої

⁴⁶ Ітуэлл, Дж., Милгейт, М., Ньюмен, П. (ред.). *Экономическая теория*, 454–455.

⁴⁷ Epstein, Richard A. (1985). *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain* (p. 93, 95). Harvard University Press.

⁴⁸ Рішення КСУ № 29-рп/2009 та № 3-рп/2015.

недостатня інформація не може бути виявленою, оскільки є ще не створеною⁴⁹. Тобто прийняття рішень в економічному середовищі зумовлено проблемою доступу до інформації, яка дозволяє здійснювати раціональну поведінку акторів економічної системи. За таких умов досить складно ставити за мету діяльності держави досягнення конкретних результатів в економічній системі, коли складно передбачити динаміку цін, структуру та інші параметри ринку на майбутнє.

Іншою проблемою перехідних конституційних демократій є утвердження незалежного і безстороннього правосуддя, що має значення для забезпечення стабільності контрактів та їх додержання контрагентами. Звісно, що у цій системі координат суд має демонструвати зваженість та розсудливість при ухваленні рішень і не зводити їх до формулювання правил, згідно з якими «звіт про оцінку майна не створює жодних правових наслідків для учасників правовідносин з оцінки майна, а лише відображає та підтверджує зроблені суб'єктом оціночної діяльності – суб'єктом господарювання висновки і його дії щодо реалізації своєї практичної діяльності»⁵⁰. Адже згідно із вимогами юридичної аргументації оцінка майна може відігравати визначальну роль для визначення фактичного складу та належної юридичної кваліфікації, що може лягти в основу рішення у справі.

Ця ситуація є доволі класичною для перехідних конституційних демократій, оскільки вона пов'язана із еволюцією сучасного розуміння права власності, яке на сьогодні зводиться не лише до класичних володіння, користування і розпорядження майном. На сьогодні вкрай важливим для розуміння права власності є здійс-

⁴⁹ Розмаинский И.В. (2010). К формированию посткейнсианской теории государства. *Тerra eopoticus. Экономический вестник Ростовского государственного университета*, 1(8), 14.

⁵⁰ Постанова від 13.03.2018 р. у справі № 914/881/17, Велика Палата Верховного Суду Єдиний державний реєстр судових рішень, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72819699>

нення державою позитивних обов'язків щодо реєстру права власності на майно, облік операцій із ними, оцінки майна, сертифікації відповідних установ, які надають відповідні послуги на ринку майна тощо. Багато в чому ефективне здійснення державою названих позитивних обов'язків визначає її рівень інституційної спроможності.

Тому актуальним є формування певних, усталених абстрактних правил, які б гарантували доступ до інформації та побудови на основі цього раціональних патернів (усталених взірців, моделей поведінки акторів економічної системи). Виходячи з цього слід погодитися з думкою, що одними із функцій держави є забезпечення виконання контрактів на майбутнє, захист права власності, забезпечення конкурентоздатного доступу до ринків, формування стабільних та ефективно діючих законів, благодатний вплив на економічну ідеологію⁵¹. Насамкінець, багато що тут упирається в інституційно спроможну державу та забезпечення збалансованої моделі впровадження економічних реформ. На небезпеці незбалансованості та асистемності проведення реформування у перехідних демократіях наголошує Мартін Кригер, який зазначає, що верховенство права⁵²

«стало невідворотним кліше міжнародних організацій будь-якого виду. Міжнародні донори зараз витрачають мільярди доларів на сприяння верховенству права, не зважаючи на серйозно низький рівень успіху. Раніше верховенство права не було предметом розгляду, ще менше вимагало витрат коштів; тепер вони прагнуть досягти успіху. Зараз економісти рекомендують його як необхідність для економічного розвитку, демократи – як невід'ємну частину своїх проєктів; конституціоналісти як іншу

⁵¹ Розмаинский И.В. Там само. С. 16.

⁵² Krygier, Martin (2017, 7 September). *Re-imagining the Rule of Law*. Denis Leslie Mahoney Prize Public Lecture.

назву бізнесу, яким вони займаються; ті, хто поспішає ремонтувати «неспроможні», «постконфліктні», «постдиктаторські», «перехідні» держави, завжди мають у своєму розпорядженні інструменти, що просувають верховенство права».

Сам по собі перехід від закритих до відкритих моделей економіки складний без побудови ринкових інституцій та належних гарантій стабільності контрактів та додержання умов договорів. Інституційною основою тут виступають демократична легітимізація законодавчого процесу, який має бути інклюзивним та прозорим, ефективна діяльність незалежних регуляторів на ринку та забезпечення справедливого правосуддя.

1.2. Соціетальна модель правового регулювання економічної системи

Соціетальний підхід ґрунтується на визнанні самодостатнього характеру горизонтальних зв'язків, у силу чого суб'єктами творення права є не лише публічна влада, а також приватні особи. Прикладом цього може слугувати *lex mercatoria*, *lex digitalis* та третейський арбітраж тощо. Всі ці правові інструменти мають різну природу, оскільки стосуються свободи торгівлі, обміну інформацією та вироблення механізмів узгодження інтересів з метою залагодження комерційних конфліктів та збереження ділових стосунків між партнерами на ринку⁵³. Соціетальний підхід, таким чином, формулює специфічне явище, яке отримало назву горизонтального ефекту прав людини, оскільки саме завдяки йому визначаються сучасні стандарти вимог до організації публічної влади. Водночас соціетальний конституціоналізм розглядається як

⁵³ Teubner, Guenther (2012). *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford University Press.

альтернатива викликам, які постали перед концептом соціальної держави (*Welfare State*).

Ознакою соціетальної моделі є функціональні структури такого порядку, що породжують явища за влучним висловом Гюнтера Тойбнера «глобального права без держави (бездержавного права)» або «космополітичної демократії»⁵⁴. Іншим сучасним трендом є формування *lex mercatoria* та *lex digitalis*, які закладають бездержавні та інформаційно-електронні засади мереживного типу правопорядку, в якому правила і процедури формуються без прямого та імперативного впливу держави. При цьому такі тенденції мають місце не лише на наднаціональному чи національному рівнях, а також на субнаціональному рівні; тим більше, що вони можуть набувати інтер-субнаціонального рівня.

Гетерархія сучасного суспільства зумовлює тенденцію до наділення його окремих інститутів елементами владних повноважень, оскільки вони більш оперативні і адекватно реагують на суспільні запити на засадах верховенства права і процесуальної автономії. Окремі процеси в галузі освіти, культури, охорони здоров'я та інших соціальних сферах мають спонтанний характер, зумовлені суспільними інноваціями та станом соціального капіталу і довіри. Тому легітимація правил і процедур здійснюється завдяки зусиллям суспільних інститутів. Держава у цих умовах не може забезпечити формулювання правил, оскільки вони можуть бути нав'язаними і стримувати розвиток соціальних процесів. Зокрема, соціальною функцією держави є підтримка мережі освітніх закладів та контроль за додержанням мінімальних стандартів освіти. Однак формування стандартів освіти залежить від якості освітніх послуг, конкурентоспроможності установ освіти, попиту на ринку праці на фахівців певних професій. Тому цю справу краще здійснюватимуть

⁵⁴ Teubner, Guenter (1997). 'Global Bukovina': Legal Pluralism in the World Society (Ed. by Guenter Teubner) *Global Law without a State* Aldershot: Dartmouth Gower.

незалежні інститути, засновані на добровільному об'єднанні працівників освіти, які зацікавлені у забезпеченні високих стандартів освітніх послуг. Саме з цих причин існує необхідність конституювання в якості дорадчо-консультативних органів Національну економічну раду та Національну раду соціального партнерства, які б надавали висновки на проекти правових актів парламенту та уряду в цих сферах регулювання. Це може стати одним із інструментів побудови державної політики на основі прозорих і раціональних абстрактних правил, спрямованих на демонополізацію конкурентного простору між соціальними і елітарними групами.

Різновидом соціетального підходу можна розглядати комунітаризм. Комунітаристи критикують лібералів за надмірний індивідуалізм і атомізм у взаємовідносинах між людиною і суспільством, незадовільну концепцію цінностей, у якій можна виявити риси суб'єктивізму, скептицизму і універсалізму. На думку комунітаристів, надмірний індивідуалізм лібералізму призводить до того, що людина не відчуває себе частиною цілого, а отже, концепція особистості зводиться до мінімуму включення людини в різноманітні суспільні практики та неминучість виконання нею різноманітних соціальних ролей. Комунітаристи протиставляють ліберальним уявленням про людину як вільну і раціонально дієву істоту ідею соціальної обумовленості особистості, її діяльності, її прав, свобод, ідей і принципів⁵⁵.

Вразливістю соціетального підходу вважають те, що правила і процедури можуть формуватися через такі інструменти, як мирова угода, третейський арбітраж, медіація, *lex mercatoria*, *lex digitalis*. Ці інструменти критикують за їх непублічність та пов'язаними із цим проблемами доступу до самого процесу формування правил і процедур. Тому головними тут є надання їм публічного і конку-

⁵⁵ Гришук О., Слюсарчук Х. (2020). Ліберальний комунітаризм як філософія правого розвитку постмодерного суспільства. *Український часопис конституційного права*, 1, 25.

рентного характеру, оскільки правила визнання, базуються на таких вимогах верховенства права, як правова визначеність (*legal certainty*), передбачуваність права (*foreseeability of law*) та балансування (*weighing*) інтересів. Вимоги демократичності визнання правил розкривають більш широке коле визнання правил, що є критичним для розуміння природи зважування інструментів свободи договору та державного правового регулювання.

Для з'ясування проблематики забезпечення балансування інтересів у гетерархічному суспільстві слід визначитися зі співвідношенням приватних і публічних інтересів. Зазначена проблематика постала емпірично у конституційній юриспруденції при розгляді конституційних скарг. Так, згідно із підкодом ФКС Німеччини при вирішенні конституційних скарг має забезпечуватися баланс публічних і приватних інтересів. По суті, іншими словами тут стоїть питання у площині верховенства права, а не верховенства особи над законом. Водночас виникає питання щодо ступеня глибини та інтенсивності втручання держави у сферу приватної автономії.

Проблему суспільних інтересів вітчизняні вчені переважно аналізували через галузеві юридичні дисципліни. Зокрема, Д. Гетманцев пише, що обмеження, які визначені у Конституції мають бути адекватними, пропорційними, необхідними та співвідноситися із цілями обмежень, встановлених Конституцією. Такі мають відповідати засадам справедливості, а також не обмежувати межі, і тим більше, застосування основного змісту відповідних конституційних норм⁵⁶. Натомість конституціоналісти висловлюють міркування, що публічні інтереси є найбільш значущі інтереси у суспільстві та державі, від реалізації яких залежить забезпечення конституційного ладу, розмежовуючи при цьому суспільні

⁵⁶ Гетманцев, Д.О. (2011). Щодо значення публічного інтересу для адміністративного права. *Часопис Київського університету права*, 4, 153.

і державні інтереси⁵⁷. Останні думки мають більш вагоме значення у світлі субстантивного та процедурного аспектів розуміння поняття суспільного інтересу.

У субстантивному значенні суспільні інтереси виражаються у гарантованості доступу до матеріальних і духовних благ, які є надбанням всього суспільства. Якщо йде мова про духовні блага, то у суспільстві існує консенсус, що такі складають спільну інтелектуальну спадщину та є цінністю для всього суспільства. Якщо йде мова про співвідношення між суспільними та державним чи муніципальним публічними інтересами, то слід говорити про відносини підзвітності та підконтрольності публічної влади суспільству. Тому не випадково міжнародно-правові акти вживають обережне формулювання «необхідність у демократичному суспільстві». Таким чином, ми отримуємо такий алгоритм дій: суспільний інтерес – підзвітність і підконтрольність публічної влади суспільству – державний та/або муніципальний (публічний) інтерес⁵⁸. Часто це вирішується через балансування, що передбачає зважування цінностей і при цьому може виникати питання про їх ієрархію. Як пише Нільс Петерсен, суди можуть уникати висловлення абстрактних переваг щодо однієї цінності над іншою і тим самим утримуватися від встановлення ієрархії конкуруючих цінностей. Цей неієрархічний підхід має дві переваги: з одного боку, він дає судам поле для маневру. Вони можуть упевнитися у вирішенні справи, не створюючи прецедентів для майбутніх ситуацій, які важко передбачити. З іншого боку, це виражає повагу до позиції кожної зі сторін. Це принципово не дискредитує абстрактну легітимність однієї з позицій і рішення ґрунтується на обставинах конкретної

⁵⁷ Андрушко, І.П. (2011). Категорія «публічний інтерес» у конституційному праві: поняття і зміст. *Часопис Київського університету права*, 4, 140.

⁵⁸ Савчин, М.В. (2020). Суспільний інтерес як критерій обмеження прав людини та боротьба з пандемією (с. 80). Харитонов, Є.О., Харитонова, О.І., Некіт, К.Г. (ред.). *Права приватної особи в умовах пандемії COVID-19: Проблеми здійснення і захисту*. Одеса : Видавничий дім «Гельветика».

справи⁵⁹. Такий підхід при оперуванні цінностями демонструє доволі значний вплив конституційної юстиції на легітимізацію політичного процесу і потребує належної аргументації, виходячи із забезпечення економічних свобод. Хоча такий підхід не зовсім може бути виправданий, коли йде мова про запобігання чи відвернення загроз економічним свободам і правам невизначеного кола осіб.

Наприклад, ФКС Німеччини, розглядаючи справу, що стосувалася балансу інтересів фармацевтичних компаній та свободи професії, Суд утримався від порівняння вартості конкуруючих інтересів. Натомість він акцентував увагу на емпіричних питаннях, що лежать в основі економічного регулювання. Врешті-решт він скасував законодавство, оскільки мав серйозні сумніви щодо ефективності обраної регуляторної схеми. При цьому Суд наголосив, що при запровадженні певних обмежень у здійсненні свободи професії, такі мають відповідати засадам пропорційності і не посягати на сутність права, а запроваджені обмеження щодо доступу до професії мають відображати особливості професійної діяльності згідно відповідного рівня, а додаткові обтяження чи критерії мають вичерпуватися, виходячи із відповідного рівня професійних вимог⁶⁰.

У матеріальному значенні суспільні інтереси виражаються у гарантованості доступу до матеріальних і духовних благ, які є надбанням всього суспільства. Якщо йде мова про співвідношення між суспільними та публічним (державним чи муніципальним) інтересом, то тут слід говорити про відносини підзвітності та підконтрольності публічної влади суспільству. Специфіка української термінології дає змогу розмежувати публічні і суспільні

⁵⁹ Petersen, Niels (2015). Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court. *Global Constitutionalism*, 4, 52–53.

⁶⁰ BVerfGE 7, 377, 438–42 (*Apotheken-Urteil*).

інтереси через балансування, оскільки саме сенс балансування полягає в узгодженні публічного і приватного інтересу і таке саме по собі забезпечує підзвітність і підконтрольність публічної влади, юридичні акти яких мають ґрунтуватися на вагомій правовій підставі та не атакувати сутнісний зміст основоположного права, зокрема економічних свобод.

Доктрина сутнісного змісту права орієнтує суди забезпечувати захист приватних осіб від неправомірного втручання публічної влади у сферу приватної автономії, зокрема, вказує, що суди не можуть відмовляти у їх захисту у разі недоліків законодавства. Це впливає із природи прав людини, які пов'язані із особистістю людини, а не в силу факту закріплення певних привілеїв чи прерогатив у законах. Закон лише надає органам публічної влади формальну юридичну підставу діяти у певних легітимних цілях.

У цьому ключі говорить Рональд Коуз про природу організаційних витрат певної фірми, до яких також відносяться адміністративні витрати, пов'язані із алокацією ресурсів через оподаткування державою та їх спрямування на певні цілі⁶¹, зокрема охорону довкілля чи на певні соціальні програми. Однак такі міркування стали традиційними як для ліберально-демократичного підходу, так і для прибічників доктрини держави добробуту. Однак в останні роки відбулися значні зміни у цьому відношенні. Вони стосуються насамперед диджиталізації суспільних відносин та виникнення поза істотним впливом держави сфери ІТ-права. Суспільство отримало значні інструменти комунікації та обробки метаданих, які сталися в нагоді при введенні обмежень внаслідок пандемії коронавірусу. На більшість викликів, які виникли внаслідок доволі істотних обмежень свободи пересування, свободи вибору професії і роду занять, що були запроваджені внаслідок оголошення режиму надзвичайного стану чи інших (доволі часто сумнівних з точки зору

⁶¹ Ronald, Coase (1960). The Problem of Social Costs *The Journal of Law and Economics*, 3, 17.

гарантій основоположних свобод) гібридних адміністративних режимів (адаптивний карантин, локдаун тощо), ІТ-сфера, у принципі, знайшла нові інструменти для вирішення ситуації.

Тут проблематика переміщається у площину захисту приватності, природа якої трансформується. Зокрема, у зв'язку із зростанням ролі комунікацій у соціальній організації та обробкою метаданими операторами мереж та провайдерів, на перший план виходить захист персональних даних, які можуть використовуватися у політичних та комерційних цілях для таргетування відповідної аудиторії⁶²:

«Однак це зростаюче значення захисту приватного життя в Європі слід розуміти не лише щодо захисту прав людей, але й з огляду на його значення для демократичних суспільств; зміцнюючи особисту свободу людей, європейський захист конфіденційності водночас виявляється важливим для розвитку та процвітання демократичних практик, концептуальних як колективні акти вільного спілкування.»

Особливо ця проблематика загострилася після закриття твіттер-акаунта на той час ще чинного президента США Дональда Трампа за неоднозначні пости у цій мережі, які фактично спровокували 6 січня 2021 року штурм учасниками масового мітингу приміщення Капітолію. Слід відзначити, що Трамп протягом своїх обидвох президентських кампаній і під час своєї президентської кампанії активно використовував Твіттер як засіб прямої комунікації із виборцями, мінаючи офіційні канали комунікації, включаючи прес-службу. Таке миттєве і двостороннє у режимі реального часу змінює акценти у комунікаціях між політиками, державними діячами та громадянами. Тому виникло питання, чи може приватна

⁶² Seubert, S., and Becker, C. (2021). The Democratic Impact of Strengthening European Fundamental Rights in the Digital Age: The Example of Privacy Protection. *German Law Journal*, 22, 32.

кампанія на кшталт Twitter, Google, Facebook чи інших аналогів виконувати фактично державні функції і приймати рішення про заборону доступу до власного акаунту, фактично заперечуючи сутнісний зміст права на свободу вираження поглядів? Якщо така фактична делегація допускається, то які стандарти прозорості додержання процедур та критерії обмеження доступу до інформації допускаються?

Тут справа полягає у дуальній природі комунікації. Як відзначають Юрген Габермас і Клаус Гюнтер, комунікативна свобода може отримати двозначне розуміння, що складається з добровільного спілкування кожної людини та колективної свободи комунікативної спільноти⁶³. Індивідуальна комунікативна свобода може бути досягнута лише в контексті, що характеризується взаємним інтересом сприяти, захищати та реалізовувати цю свободу для всіх інших. Спільнота вільних комунікацій, у свою чергу, залежить від індивідуальної комунікативної свободи своїх членів, хоча вона не може бути зведена до свободи як такої⁶⁴. Таким чином, усередині суспільства через засоби комунікації посилюються горизонтальні зв'язки і на перший план виходять певні алгоритми обробки метаданих, у чому сприяє штучний інтелект, що дає змогу переслідувати певну економічну, політичну чи соціальну мету.

Стосовно носіїв прав, то цілком очевидно, що межі приватності трансформуються, що пов'язано із середовищем комунікації кожного індивіда, який також несе певну долю відповідальності за те, яку інформацію він залишає внаслідок користування засобами комунікації чи навіть пошуковими системами. З точки зору економічних акторів зростає роль обробки такого роду метаданих для визначення певних пріоритетів свого розвитку та просування

⁶³ Habermas, Jürgen (1996). *Between Facts and Norms*; Günther, Klaus (1996). Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis. *Cardozo Law Review*, 17, 1035.

⁶⁴ Parsons, Christopher (2015). *Beyond Privacy: Articulating the Broader Harms of Pervasive Mass Surveillance*. *Media and Communication*, 3, 1.

своєї продукції та/чи послуг на ринку. Такого роду інформація також стає актуальною для економічного шпionажу та з боку спецслужб держави, що зумовлює посилення парламентського контролю за їх діяльністю (який в Україні, відверто кажучи, знаходиться чи не стані анабіозу). Так само різного роду відкриті дані про осіб стають корисними при веденні політичних кампаній (*Brexit* у Сполученому Королівстві) чи виборчих кампаній (президентські вибори у США (2016), України (2019), парламентські у Франції (2018)) та визначення порядку денного, зокрема з економічних питань.

Все це є свідченням посилення горизонтальних зв'язків у відносинах щодо творення правил і процедур, в яких знову значна роль належить приватним економічним акторам та інститутам громадянського суспільства. ІТ-сфера якраз є свідченням того, як ці правила формуються і яким чином тут трансформується роль держави, яка має посилюватися за рахунок парламентського контролю, незалежних регуляторів на відповідних сегментах ринку та безстороннього і незалежного правосуддя.

З точки зору здійснення правосуддя важливе значення мають вимоги належної правової процедури. Доктрина *due process* прийшла до українського права транзитом через практику Європейського суду з прав людини, яка включає більшість вказаних нижче елементів.

З точки зору матеріальної правової процедури слід зважати на критерії якості закону (юридичної визначеності, передбачуваності юридичних приписів, повноти/щільності правового регулювання, мінімізації прогалин та колізій у законодавстві тощо), певних вимог до адміністративної та судової практики, яка має відповідати засадам справедливості та поваги до прав людини, а також відповідним процесуальним гарантіям прав людини. Ці критерії мають значення для перевірки судами обґрунтованості актів публічної адміністрації в світлі доброго урядування (*good governance*).

Належна правова процесуальна процедура включає такі компоненти: 1) право бути заслуханим перед судом; 2) доступ до захисту; 3) змагальність і рівність сторін у процесі; 4) презумпція невинуватості і принцип довіри; 5) принцип дослідження і обґрунтованість судових рішень. Як правило, порушення цих засад є грубим порушенням вимог процесуального закону, що має слугувати підставою для перегляду рішень. Такого роду порушення підривають довіру до суду, оскільки вимога особи має бути розглянута судом на предмет наявності підстав щодо захисту стверджуваного порушення права. Зокрема, гарантії доступу до правосуддя включають такі елементи: 1) досудове вирішення спорів (яке може включати адміністративні процедури оскарження, арбітраж чи певні форми медіації); 2) безоплатна правова допомога осіб, які в силу певних життєвих обставин її потребують; 3) розумні строки провадження; 4) оскарження судових рішень.

Зазначені вимоги закладають стандарти інклюзивного та демократичного процесу ухвалення рішень як носіями публічної влади, так приватними особами, що важливо при формуванні правил або виконання контрактів, їх тлумачення чи забезпечення примусом. Особливо це має значення при алокації ресурсів та забезпечення заходів загального характеру, які стосуються економічних інституцій та соціальної інфраструктури. Тут слід виходити із мінімально достатніх стандартів життя, яким має відповідати гідне життя особи. Зокрема Верховний суд Канади у справі, що стосувалася правомірності запровадження системи медичного страхування, яка поєднувала державне і приватну схему страхування, виходив із засад пропорційності. Виходячи із емпіричного досвіду думка більшості схилилася до того, що запровадження приватного медичного страхування не призведе до погіршення послуг, що пропонуються за державною схемою. Хоча більшість звернулася до досвіду інших країн та інших канадських провінцій і стверджувала, що приватні та державні схеми можуть співіснувати, меншість

протистояла тому, що цей досвід не може бути переданий без урахування особливостей Квебека⁶⁵. Таке поєднання державних та приватних механізмів соціального страхування розраховані на певні ринкову та соціальну інфраструктуру і передбачають певні форми взаємодії публічних і приватних установ, а також певну систему підзвітності та підконтрольності відповідних установ, що надають страхові послуги. Це питання зачіпає також проблема-тику мінімальних життєвих стандартів, які гарантувати людську гідність та вільний розвиток особистості, які у компаративній літературі характеризуються наступним чином:

«[Існує] універсальний набір матеріальних товарів та умов, які домогосподарствам та суспільствам необхідні, як мінімум, для подолання бідності та підтримки гідного життя для всіх. Ми виходимо за рамки існуючих показників як за обсягом, так і за специфікою. Голод – це не просто достатня кількість калорій, а достатня кількість вітамінів і мінералів. Притулок повинен мати достатній простір, міцну конструкцію, сучасні печі, опалювальне/охолоджувальне обладнання, освітлення, воду та туалети, доступ до Інтернету та громадського транспорту. Громади повинні мати школи та медичні клініки. Країни, в свою чергу, повинні витратити достатні ресурси на фізичну інфраструктуру, охорону здоров'я та освіти, щоб забезпечити надання цих товарів та послуг. Жодна з цих систем не повинна генерувати забруднення повітря понад безпечний рівень. Кількості цих предметів слід уточнювати локально на основі методів участі та подальшого аналізу. Ці вимоги DLS (достатнього рівня життя) також є функцією сучасності – вони були визначені на основі сучасних технологій та норм, але з обережністю, включаючи лише ті, що мають доказову загальну привабливість.»⁶⁶

⁶⁵ Chaoulli v. Quebec (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 791.

⁶⁶ Rao, Narasimha D. (2018). Decent Living Standard: Material Prerequisites for Human Wellbeing. *Social Indicators Research*, 138, 242.

Соціетальний підхід також розширює методологічний інструментарій врегулювання економічної системи. На сьогодні домінуючими підходами є формально юридичний, який базується на юридичній гарантіях економічних свободах та визначення ступеня втручання держави в економічні свободи. Іншим поширеним підходом є економічний аналіз права, який спирається на аналіз ефективності економічних інституцій та розподіл благ на тлі інституційного дизайну, зокрема щодо подолання бідності⁶⁷. Однак якщо це співмірювати із цінностями, ні перший підхід, який є індиферентним до їх зважування, ні другий через призму алокації ресурсів, не дають очевидних відповідей, про що буде більш детально розглянуто у підрозділі 15.1, присвяченому проблемам економічного аналізу права та гарантіям соціально-економічних прав. У свою чергу, як свідчить аналіз проблематики через призму теорії ігор, у перехідних економіках головну роль відіграють інституції – демократичний контроль і підзвітність, незалежність суду та підтримка громадської думки економічних реформ⁶⁸.

Згідно із правовим плюралізмом суб'єктами творення права окрім держави виступають також і інші актори. Так, ще в 1950-х років науковці писали про трансформацію національного суверенітету під впливом транснаціональних корпорацій. Це зумовлює нові механізми творення правил і процедур, які складаються стихійно на ринку. Оскільки вони мають максимізуючий ефект для забезпечення балансу інтересів, то правила і процедури, які склалися у практиці їх діяльності, певною мірою визнаються публічною владою в особі держави чи наднаціональних або міжнародних організацій. Як відзначає Марко Дані, інтеграційні процеси

⁶⁷ Petersen, Niels and Towfigh, Emanuel V. (2016). *Economic methods for Lawyers* (p. 12–15). Edward Elgar Publishing.

⁶⁸ Desai, Raj M. and Olofsgård, Anders, (2005, March). Constitutionalism and Credibility in Post-Communist Economies. *Georgetown University School of Foreign Service Working Paper*, SSRN. URL: <https://ssrn.com/abstract=709144>

в рамках ГАТТ/СОТ та ЄС змінюють природу таких відносин від державо-центричних до конституційно обслуговуючої економіки, яка передбачає як ринкову, так і соціальну інфраструктуру⁶⁹.

Криза національної державності у цьому контексті полягає, як це процес назвав Бруно Леоні, в інфляції законодавства. Він наголошує на тому, що писане право, себто *nomos*, набрало ваги після хвилі кодифікації та особливо в рамках ЄС, коли правові приписи почали носити суперечливий характер із притаманними йому прогалинами⁷⁰. Адже до цього звичайним інструментом вирішення питань служили конструкції, притаманні звичаєвому праву, римському праву та правилам ділового обігу. З юридичної точки зору, значну роль відіграють в умовах такої юридичної невизначеності саме принципи права, які застосовувалися юридичним співтовариством чи не з часів, коли сфера юриспруденції виділилася від етичних чи релігійних систем соціальних норм. У свою чергу, конституція як сукупність фундаментальних принципів права однаковою мірою поширюється на публічне право, що виражається у доктринах найвищої юридичної сили та горизонтального ефекту конституції. Наприклад, доктрина горизонтального ефекту конституції через призму конституційно конформного тлумачення законів розкривається для інтерпретації природи авторського права, публічного домену та свободи ліцензійних договорів⁷¹. Це означає, що у разі різностороннього та поліваріантного тлумачення приписів законодавчих актів мають застосовуватися лише той варіант тлумачення, який сумісний із конституційними цілями та принципами,

⁶⁹ Dani, Marco. Economic Constitutionalism(s) in a Time of Uneasiness – Comparative Study on the Economic Constitutional Identities of Italy, the WTO and the EU *Jean Monnet Working Paper 08/05*. URL: <http://ssrn.com/abstract=1346995>

⁷⁰ Бруно, Леоні (2008). *Свобода и закон* (пер. с англ. В. Кошкина) (С. 95 и след.). Москва : ИРИСЭН.

⁷¹ Koukal, Pavel (2019). *Autorské právo, public domain a lidská práva*, 1. vydání, 271. Brno: Masarykova univerzita.

а інші варіанти – відкидатися, як такі, що є джерелом свавілля та порушення прав людини. Такий інструмент тлумачення дозволяє враховувати різносторонні інтереси у суспільстві і перетворює право у нейтральний інструмент дистрибуції благ. Зокрема, набуває значення гарантії рівного доступу до ринку як в якості споживача, так і вибору роду професійної чи комерційної діяльності. Принцип заборони дискримінації у поєднанні зі свободою вибору професії чи роду занять тут відіграють чи не ключову роль. Для України у цьому відношенні відіграють роль впровадження стандартів верховенства права в управлінські рішення, соціально відповідального бізнесу та гармонізація законодавства та юридичної практики відповідно до Угоди про асоціацію із ЄС.

1.3. Основоположні принципи права та економічна система

Одним із авторів цієї частини роботи вже давалася характеристика основоположних принципів права як складників економічного конституціоналізму. Тут буде розглянуто проблематику наявності чи відсутності ієрархії загальних принципів права, яка насправді вирішується через засади балансування у їх інтерпретації як складника більш загального принципу пропорційності. Виходячи із цього у світлі доктрини соцетального конституціоналізму буде розкрито особливості засад верховенства права, свободи договору, захист конкуренції та обмеження монополізму на ринку, свобода вибору професії та роду занять.

1.3.1. Чи існує ієрархія загальних принципів права? Ця проблематика лежить насправді в основі обґрунтування юридичних рішень, починаючи від засад законодавчої діяльності, закінчуючи ухваленням судових рішень. Тобто це стосується застосування розсуду законодавцем при обранні певних моделей правового регу-

лювання, так само і використання дискреції у публічному урядованні та здійсненні правосуддя.

Згідно із вимогами верховенства права акти публічної влади мають бути обґрунтованими, що означає високий ступінь демократичної легітимації актів законодавства, а також належну аргументацію актів публічної адміністрації та судової влади. З точки зору юридичної ієрархії правових актів при використанні парламентом свободи розсуду лежить принцип вірності конституції – наскільки адекватно положення конституції отримують свій розвиток і конкретизацію в актах законодавства. Це також не виключає ситуації делегування законодавства⁷², адже спеціальні чи технічні питання можуть бути віддані на розсуд делегування виконавчій владі, яка може більш динамічно формулювати правила та процедури, що стосуються доволі вузької сфери людської життєдіяльності чи потребують спеціальних знань. Однак формалізація делегування законодавства через парламентські процедури забезпечують загалом демократичну легітимізацію цього процесу, оскільки компетентний орган виконавчої влади буде зв'язаний як положеннями закону, так і Програмою діяльності уряду, а також загальнонаціональними програмами економічного, соціального і культурного розвитку. Саме по собі делегування передбачає парламентський контроль за його здійсненням, зокрема проведення слухань щодо втілення положень законів, стосовно яких здійснено таку передачу владних прерогатив і наскільки це дає ефект щодо здійснення прав і свобод людини, в т.ч. економічних свобод. У цьому відношенні публічна адміністрація зв'язана позитивними обов'язками

⁷² Попри ефемерно панівну існуючу доктрину, що ніби то немає делегованого законодавства в Україні і його антиконституційність, Верховна Рада його обходить елементарно, як у солдатів команда на «раз – два – руш!»: це здійснюється через різного роду відсилки на прийняття актів урядом у вигляді постанов чи положень, а інколи таки делегування навіть адресується міністерствам/відомствам і це по суті делегітимізує законодавство з огляду на критерії, які наводяться тут далі у материнському/основному тексті.

щодо забезпечення прав і свобод людини, які полягають у систематичі заходів щодо: а) вжиття заходів щодо їх втілення та попередження правопорушень; б) охороні прав і свобод та розслідуванні обставин їх порушень; в) процесуальні засоби захисту, пов'язані із поновленням порушених прав та притягненням до відповідальності винних у їх порушенні⁷³. Однак все це впирається у судовий перегляд законів, що є прерогативою конституційної юстиції, та актів публічної адміністрації, який здійснюють загальні суди.

Судовий перегляд законодавства та актів публічної адміністрації ґрунтується на поєднанні стратегії судової нейтральності та судового активізму, про що піде мова дещо нижче в аспекті балансування та пропорційності застосовуваних заходів. Якщо говорити про конституційну юстицію, то судовий нейтралізм найбільш рельєфно проявляється при використанні доктрини політичного питання як підстави для самообмеження суду (*self-restraint*), а судовий активізм є виправданим у зв'язку із необхідністю усунення систематичних порушень прав людини чи наявності інституційних проблем у їх забезпеченні.

На цьому тлі ми переходимо до юридичної аргументації владних рішень, які завжди містять певне древо логічних умовиводів, що імпліцитно означає наявність ієрархії правових цінностей. Саме така точка зору є домінуючою серед національних доповідей на XVII Конгресі європейських конституційних судів щодо наявності чи відсутності систематики правових цінностей у національних конституціях. Аналіз національних доповідей свідчить, що переважна більшість конституційних судів країн Європи схильні до визнання ієрархії цінностей/принципів при аргументації власних рішень, а таку ієрархію визнають як таку, що накладає конкретні обов'язки на законодавця, публічну адміністрацію, а також

⁷³ Лазур, Я.В. (2015). Специфіка адміністративно-правового механізму забезпечення прав і свобод людини у сфері публічного управління: засоби, форми, методи. *Науковий вісник Херсонського державного університету*, 5, т. 3, 13.

загальні суди. Зокрема, з цього приводу Конституційний Суд Хорватії висловився так⁷⁴:

«Конституційні принципи, на відміну від правових норм, мають характер настанов. Вони є загальними і часто включають декілька норм (як у випадку принципу верховенства права). Цінності, про які йдеться у статті 3 Конституції, були введені, щоб уникнути свавілля в розумінні та тлумаченні Конституції. Метою цих цінностей є надихнути суддів під час тлумачення будь-якого окремого положення Конституції, направляти хорватський парламент у розробці прав і свобод у законодавстві, яке він ухвалює, і направляти суддів звичайних і спеціалізованих судів у вирішенні окремих справ (відповідно до пункту 3 статті 115 Конституції судді вирішують суди на підставі Конституції, законів, договорів та інших чинних джерел права).»

Так само в Україні існує ієрархія цінностей, яка формалізована самою Конституцією у силу таких приписів: 1) утвердження прав і свобод людини є головним обов'язком держави, яка зв'язана у своїй діяльності людською гідністю як найвищою цінністю (стаття 3); 2) «тріади трьох конституційних цінностей» – прав і свобод людини, суверенітету і територіальної цілісності України (стаття 157); 3) основоположні принципи, які впливають із приписів розділів I, III, XIII Конституції, до яких існує ускладнена процедура внесення змін, яка поєднує голосування двома третинами від загальної кількості парламенту з остаточним схваленням їх на всеукраїнському референдумі. Таким чином, основоположні принципи права закладають ціннісний орієнтир для законодавця та публічної адміністрації при здійсненні правового регулювання, а також критерії перевірки цих юридичних актів з боку судів на предмет забезпечення вільного розвитку особистості, зокрема й економічних свобод.

⁷⁴ Constitutional Court of Croatia. Report: Summary. XVIIth Congress of European Constitutional Courts, URL https://www.confeconstco.org/reports/rep-xvii/croatia_S_EN.pdf

1.3.2. Балансування та принцип пропорційності. Співвідношення цих понять, як вже зазначалося вище, є доволі дразливим у сучасному праві. Насправді, з компаративного аналізу випливає, що балансування більш притаманне англо-американському праву, а застосування засад пропорційності – континентальному праву.

Оскільки права людини піддають сумніву справедливість існуючого правопорядку, тому вирішення такого роду спору має стратегічний характер. Стратегія судового рішення полягає у визначенні балансу публічних і приватних інтересів. Яку стратегію обере суд залежить від того, як він застосовуватиме принцип пропорційності: як трискладовий тест чи як балансування. Попри, на перший погляд, нескладність балансування, воно насправді потребує більш витонченішої системи аргументації судового рішення, чим при застосуванні трискладового тесту (на основі закону, необхідність у демократичному суспільстві та домірність застосованих заходів відповідно до легітимної мети). Це можна порівняти на аргументації рішень Конституційного суду у справах, що стосувалися поміщення особи в психіатричний заклад та застосування запобіжного заходу у виді тримання під вартою осіб, підозрюваних у злочинах проти національної безпеки. В останній справі необхідно було зважати на баланс не лише між свободою підозрюваних та національною безпекою, а також між свободою підозрюваних та потенційних жертв теракту, чого не зробив Конституційний Суд.

Існують такі основні стратегії суддівського розсуду у світлі обов'язку захисту. До *стратегії нейтральності* схильні ориджиналісти, які вважають, що при тлумаченні правових норм слід виходити із встановлення волі законодавця. З точки зору прав людини це доволі проблемна позиція. Тут кращим варіантом є використання доктрини *Travaux Préparatoires*, яку також використовують ориджиналісти для з'ясування різних аспектів запровадження законів та дискусій під час його ухвалення з урахуванням обставин, що змінилися, для застосування відповідних положень законів. За

своєю природою права людини є невід'ємними від людської істоти, тому закон може лише визначати рамки втручання держави, на чому ґрунтується перевірка законів з точки зору юридичної визначеності, чіткості та передбачуваності правил. На цьому ґрунтується *судовий активізм*, критерієм правомірності чого служить захист прав людини⁷⁵.

Для того, щоб суди при тлумаченні права та ухваленні рішень не звинуватили у свавіллі, існує вимога забезпечення єдності судової практики. Це випливає із вимоги юридичної визначеності як компонента верховенства права, адже звичайна людини за звичайних обставин має сподіватися, що за однакових умов суд буде застосовувати одні і ті ж приписи права однаковим чином. Як пише Віктор Смородинський⁷⁶:

«Для узгодження загального для всієї правової системи принципу правової визначеності та спеціальних концепцій «динамічного тлумачення» та «розвитку права» у рішеннях ЄСПЛ та, частково, Великої Палати Верховного Суду сформувалася стала практика, відповідно до якої відступ від правової позиції повинен мати тільки вагомі підстави, реальне підґрунтя, тобто суд не повинен відступати від попередніх рішень за відсутності належної для цього причини; метою відступу може слугувати виправлення лише тих неузгодженостей (помилкок), що мають фундаментальне значення для судової системи та її розвитку».

У систематичі юридичної аргументації судових рішень вимога забезпечення єдності судової практики ґрунтується насамперед на інтерпретації права саме через його основоположні принципи. З точки зору належної правової процедури та засад належного

⁷⁵ Оніщук, М., Савчин, М. (2020). Пряма дія Конституції України та імплементації її положень в адміністративному судочинстві. *Слово Національної школи суддів України*, 2, 16–17.

⁷⁶ Смородинський, В. (2020). Правова визначеність. *Філософія права і загальна теорія права*, 2, 189.

урядування, про що ще піде мова нижче у цій монографії, це закладає засади ухвалення справедливих рішень, що має значення для реалізації економічних свобод та забезпечення належного функціонування ринкової економіки.

1.3.3. Особливості прояву загальних принципів права: специфіка свободи договору. Тут обмежимося лише стосовно специфіки свободи договору, оскільки про інші принципи права буде йти мова у інших положеннях цієї монографії. У юриспруденції визнається, що договір є серцевиною зобов'язального права. У Конституції України цей принцип виводиться із свободи розвитку індивіда та гарантій права приватної власності, більш розвинуте це поняття у галузевому законодавстві. Зробимо тут деякий компаративний огляд проблематики.

У Німецькому цивільному законнику (НЦЗ) договірному праву не виділено окремого розділу і поняття договору розглядається як «особливий випадок зобов'язальних відносин». В інших національних правопорядках визначається, що «зміст договору... у рамках закону може бути довільно встановлено сторонами» (ст. 19 (I) Швейцарського зобов'язального закону, ШЗЗ), «правомірні договори стають законом для осіб, що їх уклали» (ст. 1134 Французького цивільного кодексу, ФЦК). Договірне право ґрунтується на автономії волі особи, в основі чого лежить фундаментальна ідея свободи розвитку індивіда, згідно якої свобода договору має однакову природу поряд із свободою віросповідання, свободою думки і слова, свободою підприємництва, права приватної власності. З цього приводу Генрі Мейн говорив про те, що «рух суспільства на шляху прогресу являє собою рух від соціального статусу до договору». За ст. 628 ЦК України зміст договору складають положення (умови, пункти), «визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства». Сторони вправі визначати умови договору у відповідності до принципу свободи договору, який передбачає свободу розсуду в його

укладенні, виборі контрагента та визначенні умов договору відповідно актів цивільного законодавства, «звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості».

Очевидною проблемою у договірному праві є співвідношення принципу свободи договору та його обмеження, оскільки національні правопорядки слабо розкривають соціальну функцію договору, його зміст та наслідки. Принцип свободи договору в багатьох випадках вступає у колізію із публічним порядком, принципами пропорційності, правової безпеки індивіда, що служить для забезпечення спеціального захисту т. зв. «слабких» верств населення. Принцип свободи договору як складова ліберального капіталізму обмежувально тлумачиться через застереження про публічний порядок та аналогічні йому клаузули, оскільки як зазначав сер Джорд М.Р. Джессель,

«нерозумно застосовувати подібні норми про нікчемність договорів..., оскільки існує принцип, який має пріоритет по відношенню до вимог публічного порядку. Згідно з цим принципом право- і дієдатні особи наділяються практично необмеженою договірною правоздатністю. І договори, укладені в результаті їх вільного волевиявлення, вважаються недоторканими, а виконання цих договорів повинно забезпечуватися судами».

Однак такі категоричні висновки сьогодні втрачають свою актуальність в зв'язку із горизонтальною структурою права, згідно якої у національних правопорядках все більше розмивається межа між публічним і приватним правом, які мають бути пронизані за змістом основоположними принципами права поваги до прав людини. Свобода договору як фундаментальний принцип зобов'язального права набув свого розквіту у середині XIX ст., однак надалі цей принцип набуває все більш вузького трактування. Насамперед це було пов'язано із необхідністю захисту прав споживачів та працівників у відносинах трудового найму, контрагенти в яких вже

першопочатково знаходяться не в однаковому соціальному і правовому положенні. Як зазначає нідерландський вчений Е. Хондіус⁷⁷:

«Імперативні норми були встановлені в таких областях, як право найму, яке в Нідерландах вважається частиною контрактного права, контроль за орендою та купівля-продаж в розстрочку. Часто таке регулювання розглядалося як тимчасове явище; однак очевидно, що після Другої світової війни забезпечення захисту слабких осіб втратило характер винятку із правила. Регламентації були піддані майже всі аспекти повсякденного життя, у результаті чого протягом визначеного періоду свобода контракту стала рідкісним явищем».

Очевидно, що в договірному праві поряд із свободою договору повинен також існувати і примус, чому служать застереження про публічний порядок, закон та добру мораль (*bona mores*). Тому якщо договір не суперечить публічному порядку або добрій моралі, то його чинність не залежить від змісту і особливо від того, чи збалансовані взаємні обов'язки сторін за договором. Той, хто уклав невігідну угоду, залишається зв'язаний договором, при умові, що дії, які привели до його укладення, були правомірні, тобто кожною із сторін була надана можливість прийняти обдумане і відповідальне рішення. У системі загального права ця ідея виражається в тому, що договір не можна вважати нечинним в зв'язку із нееквівалентністю взаємних обов'язків сторін (*inadequacy of consideration*). З цією метою проводять різницю між вимогами «процесуальної» та «матеріальної» справедливості («*inhaltlicher*» *Fairness*) договору та встановлюють принцип, відповідно до якого договір може вважатися нечинним тільки у першому випадку. І навпаки, він не може вважатися таким лише в зв'язку із «несправедливістю» змісту чи незбалансованості взаємних обов'язків сторін.

⁷⁷ Эвауд, Хондиус (2000). Свобода контракта и конституционное право в Нидерландах. *Правоведение*, 6, 83.

Згідно абз. 2 § 138 НЦЗ договір вважається нікчемним, якщо наявна очевидна диспропорція взаємних обов'язків і одна із сторін уклала його, використовуючи скрутне положення, недосвідченість, недальновидність або слабку волю сторони. У ЦК Нідерландів вимога, що стосується диспропорції у взаємних обов'язках сторін, відсутня. Згідно зі ст. 3:44 ЦКН договір може бути оспорений на підставі «зловживання обставинами», коли одна із сторін знала або могла знати про скрутне положення, залежність або недосвідченість, легковажність або недостатність досвіду іншої сторони і, тим не менше, примусила її протиправним способом до укладення цього договору.

ФЦК такі положення невідомі. Однак судова практика досягає аналогічного ефекту, допускаючи оспорення потерпілої сторони у договорі, укладеного шляхом обману (*dol*). Французька судова практика знаходить «злий умисел» («*manoeuvres dolosives*») у діях того, хто, хоча і не має відношення до скрутного положення іншої особи, знає про нього і використовує цю обставину у своїх корисливих цілях.

Подібні застереження вироблені судовими прецедентами у системі загального права. Особливе значення при цьому набувають норми про розірвання договору по причині здійснення надмірного впливу (*undue influence*). Передумовою для цього служить насамперед існування між партнерами тісних довірливих відносин, що дає підставу кожній із сторін у всьому спиратися на серйозність рекомендацій і достовірність їх інформації. Судова практика презумує існування таких довірливих відносин між опікуном та підопічним, лікарем та пацієнтом, священником та висповідальником, адвокатом та його клієнтом тощо. Тому у таких відносинах є неприпустимим зловживання довір'ям з боку якогось контрагента. Така презумпція може бути заперечена, якщо позивач доведе, що до укладення договору його контрагент скористався незалежною порадою адвоката або спеціаліста, знайомого

з обставинами справи. Однак, як правило, такі випадки є дуже рідкісними. Система загального права також тяжіє до обмеження свободи договору. Як зазначив в окремій думці у одній справі *Lloyd's bank Ltd. v. Bundy* (1975) суддя лорд Деннінг⁷⁸:

«Підсумовуючи сказане, я хотів би підкреслити, що всі ці приклади пов'язує одна характерна особливість. Вони засновані на нерівності договірних сторін. І виходячи з цього, англійське право намагається полегшити участь його. Хто без будь-якої поради із незалежних джерел укладає договір на вкрай не вигідних для себе умовах або обтяжених можливістю відчуження його власності без належної компенсації, оскільки тяжкість його положення посилюється бідністю, неінформованістю чи старечою неміччю, негативні наслідки яких посилюються в зв'язку із вчинюваням на нього надмірним впливом чи тиску зі сторони або в інтересах іншого партнера».

Свобода договору тісно пов'язана із примусом у праві, що виражається в усвідомленні необхідності забезпечення гармонії інтересів суспільства та індивідуального інтересу, обмеження негативних сторін ринкової економіки. В умовах уніфікації договірних умов через загальні умови їх укладення (далі – ЗУУД) виникла потреба в обмеженні можливого зловживання правами. Серійне виробництво товарів та послуг поряд із стандартизацією умов їх комерціалізації цивільного обороту обумовлює вироблення єдиних умов укладання договорів. ЗУУД таким чином забезпечує раціоналізацію бізнесу на ринку масових товарів і послуг. Такі спрямовані не тільки на ефективне ведення ділових операцій, а в більшому ступені на те, щоб по можливості покласти на іншу сторону правові ризики, пов'язані із виконанням договорів. Типовими є застереження, які у випадку невиконання чи неналежного

⁷⁸ *Lloyd's bank Ltd. v. Bundy* [1974] EWCA Civ 8.

виконання іншою стороною договору звільняють підприємця від відповідальності або дозволяють підвищити першопочатково встановлену ціну або замінити поставлену продукцію. Клієнтам же, навпаки, подібними застереженнями забороняється зарахування зустрічних вимог, ускладнюється здійснення ними права на повернення товарів або розірвання договору, а у випадках прострочки або виконання своїх зобов'язань посилюється їх відповідальність шляхом встановлення штрафних санкцій або суми загальної шкоди, що підлягає відшкодуванню. Монополізація у підприємницької діяльності приводить до фактичного нерівного положення між підприємцями та клієнтами-споживачами товарів та послуг. При цьому підприємець краще знає право та комерційний досвід і в нього більш широкі можливості накласти на клієнта негативний тягар на основі договору. Так, Ф. Кесслер писав (1943), що⁷⁹:

«зокрема, типові контракти можуть... стати ефективним інструментом в руках могутніх промислових і торгових ділків, що дозволяє їм встановлювати власні неофеодальні відносини з великою кількістю своїх васалів».

Такі умови підприємець може використати з найбільшою вигодою для себе, оскільки клієнтові скоріше буде не вигідно із-за високих витрат переглядати умови типових контрактів, що містять застереження загального характеру, а також в зв'язку із відсутністю ефективного механізму правового контролю. Тому більшою мірою на ринку підприємці конкурують за цінами і якістю, ніж за особливими умовами договорів.

Зокрема, у Німеччині ще в 1935 році була звернута увага, що зловживання свободою договору має місце не тільки при використанні економічної могутності, але і в тих випадках, коли сторона,

⁷⁹ Цит. за: Цвайгерт, К., Кётц, Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права (Т. 2, с. 142).

що пропонувала ЗУУД в якості правової основи договору, спекулює на байдужості і правовій безграмотності клієнтів, завдяки чому досягалася «інтелектуальна перевага тих, хто віртуозно володіє юридичною технікою». В середині 1950-х років Федеральний суд Німеччини широко почав застосовувати «відкритий» контроль за практикою застосування ЗУУД на підставі § 242 НЦУ, однак цього було недостатньо.

З метою захисту прав споживачів 1977 р. було введено в дію Закон про ЗУУД, який врахував існуючу раніше судову практику. Згідно цього закону була введена «норма про неясність» (§ 5), тобто принцип тлумачення на користь клієнта неясних положень ЗУУД, у відповідності до чого в разі конфлікту між застереженням про ЗУУД і домовленістю сторін останній надається перевага. Також введено правило про «незвичайні застереження», відповідно до чого такі застереження не є частиною договору, якщо вони «настільки незвичайні», що партнер за договором, по відношенню до якого ці застереження повинні застосовуватися, не «зобов'язаний з ними рахуватися». Цікава формула міститься у § 9 цього закону:

«Застереження про ЗУУД не чинні, якщо їх застосування тягне за собою настільки значне обмеження «сутнісних» прав і обов'язків клієнтів, що впливає із закону, що це загрожує здійсненню його цілей».

Практика застосування Закону про ЗУУД поширилася не тільки на сферу відносин між комерсантами та споживачами, а також між самими комерсантами, що напевно пов'язано із ускладненням природи і структури підприємницької діяльності.

Висновки

Стандарти верховенства права закладають змістовну компоненту економічним системам, доброго урядування – інституційну

складову, а засади пропорційності дають відповідь на питання на забезпечення балансу між приватними і публічними інтересами та зважування цінностей. Хоча тут існує певна дискусія про емпіричний підхід або наявність ієрархії між правовими цінностями, однак у своїй сукупності дані критерії дають змогу виділити різні типи економічних систем, яким притаманні відповідні моделі правового регулювання. Сьогоднішнім трендом є те, що законодавство, тобто писане право, не завжди встигає за динамікою економічних відносин, яким притаманні відносини еквівалентності та змагальності. У разі виникнення ситуації монополії чи домінування на ринку, необхідні механізми демократичної підзвітності і підконтрольності. Соціетальна модель економіки дозволяє забезпечити визначення сфери інтересів її акторів, сприяти у формулюванні справедливих правил гри на ринку на основі фундаментальних принципів права – поваги до людської гідності, свободи, рівності, демократичної підзвітності та підконтрольності.

Розділ 2

Ефективність правового регулювання економічних інституцій

Вступ

2.1. Основні чинники трансформацій сучасних економічних інституцій

2.2. Трансформації та функціонування економічних інституцій

2.3. Перехідна економіка та демократична підзвітність

Висновки

Вступ

Як вже зазначалося вище правове регулювання державою економічних відносин визначається дією трьох чинників: верховенством права, добрим урядуванням та засадами пропорційності втручання в економічні свободи з метою забезпечення економічного добробуту. Водночас це доволі абстрактна постановка питання, яка потребує свого аналізу через призму трансформації сучасної економічної системи та переосмислення функцій держави. У цій частині роботи буде розкрито основні параметри ефективності правового регулювання економічних інституцій.

У першій частині піде мова вплив на трансформацію сучасної економічної системи епідемічного чинника у частині зміни правил і процедур, вимір економічних свобод через дилему ефективності та цінностей, диджиталізації та застосування штучного інтелекту у контексті свободи вибору професії, роду занять та структури зайнятості і економічної інфраструктури, а також кризи глобалізації, фрагментації світової економіки та впливу воєнного чинника в Україні. У другому підрозділі буде розкрито природу економічних

інституцій та трансформацій через інституційний дизайн національної та глобальної економіки, співвідношення цінностей та інституцій, функцій держави в економічній сфері. Проблемаам перехідних економік та демократичної підзвітності присвячена третя частина роботи з точки зору економічного конституціоналізму, ролі концепту регуляторної держави, демократичної підзвітності у системі економічних відносин.

2.1. Чотири вершники переходу

Сучасна економічна система знаходиться у кризовому стані. Це також відбивається на її правовому регулюванні. Це пов'язано із чотирма комплексними проблемами. Серед таких можна виділити трансформацію функціонування економічних інституцій у зв'язку із пандемією коронавірусу, що викликало буквально параліч інститутів влади при запровадженні обмежувальних заходів на засадах пропорційності щодо економічних свобод. У свою чергу, від цього істотно страждають економічні свободи, оскільки державам слід змінювати акценти у їх правовому регулюванні у сторону попередження і запобігання економічних криз унаслідок зниження ділової активності у зв'язку із запровадження протиепідемічних заходів та пов'язаним із ним ефектом доміно в економічному циклі. Водночас, людство отримує шанс вирівняти ситуацію за допомогою штучного інтелекту, але тут кардинально слід вирішити питання із захистом персональних даних, нових конотацій у розумінні приватності та обробкою метаданих в інтересах економічного добробуту людей. Насамкінець, я розглядаю кризу глобалізації у зміщенні центрів перебігу економічних процесів, зокрема інтеграції у Тихоокеанському та Азійському регіонах та поновлення активності США у регіону після поразки Дональда Трампа на президентських

виборах; в Україні ця проблематика поглиблюється російсько-українською війною. Йде мова про трансформації, які докорінним чином змінюють існуючі економічні інституції і в Україні у світлі цих тенденцій слід пристосовувати власну правову систему.

2.1.1. Пандемія коронавірусу та соціальні паттерни. Цілком очевидно, що пандемія коронавірусу, яка розпочалася рівно рік назад, коли пишуться ці рядки, у китайському місті-мільйоннику Вухані, істотно вплине на зміст правил і процедур у майбутньому. Це також матиме і вже має доволі значний вплив на функціонування соціальних, політичних і економічних інституцій.

Однак карантинні заходи та інші обмеження свободи, пов'язані із пандемією, показали іншу сторону медалі низки винаходів людства, зокрема в IT-сфері. Адже ці обмеження істотно змінюють соціальні паттерни, змінюють характер міжособистісних контактів. Напевно, воно може змінити низку ритуалів, які пов'язані із народженням, весіллям та похоронами, які є ключовими у житті будь-якої людини. Названі речі істотно впливають на характер і дух соціальних норм, в тому числі і правових норм. Вони можуть служити істотними чинниками зміни структури суспільства. Наприклад, як вказує Світовий банк вплив коронакризи на освіту буде відчуватися впродовж десятків років, обмежуючи економічні можливості тих, кому не пощастило навчатися у цей складний час. За оцінками, втрати доходів через проблеми з освітою можуть сягнути 10 трлн доларів або майже 10% світового ВВП⁸⁰.

Як свідчать економічні дослідження, сьогодні рівень життя навіть у Європі та Північній Америці впав за купівельною спроможністю у порівнянні із 1970 роками. Критерієм порівняння тут служить те, який період часу слід працювати людині, щоб

⁸⁰ Десятки мільйонів нових бідних, проблеми з освітою «на десятки років» – як COVID-19 змінює світ. *BBC News Україна*. 3 січня 2021. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/news-55520748>

купити житло, автомобіль тощо⁸¹. І така купівельна спроможність значно знизилася. Натомість розрив у рівні доходів між верхньою і нижньою десяткою все збільшився, а за математичними законами при подальших таких тенденціях цей розрив лише має зростати. Так само визнається, що збільшується розрив у індексі розвитку людини, що загалом обмежує доступ до ресурсів та соціальних послуг, хоча масштаби крайньої бідності зменшуються⁸².

І що ми маємо на виході? Карантинні заходи та інші обмеження прав людини під час пандемії знижують рівень доходів, а більшість людей живе в орендованому житлі, що потім матиме непоправимі наслідки. Обмеження людських прав під час пандемії змушує працездатних жити в ізоляції без роботи, оскільки сучасна структура зайнятості пов'язана насамперед із сферою обслуговування. На певний час система соціального страхування може захистити людей, які не можуть працювати у зв'язку із карантинном.

При пандемії, зокрема з COVID-19, існує три виміри забезпечення балансу інтересів у суспільстві. *Перший* пов'язаний із застосуванням карантинних заходів, спрямованих на істотне обмеження свободи пересування, оскільки метою є захист людського життя. *Другий вимір* пов'язаний із одночасним обмеженням свобод та необхідності алокації ресурсів, які мають бути спрямовані на боротьбу із COVID-19. *Третій вимір* полягає у збалансованості загальних заходів та доступності до загальних медичних послуг та боротьбою із конкретною епідемією.

Якщо ми говоримо про забезпечення епідемічної безпеки у контексті гарантій індивідуальної цілісності особи (пацієнта), то існує потрійне: 1) цілісність пацієнта та епідемічна безпека; 2) цілісність пацієнта та потенційна небезпека для невизначеного кола

⁸¹ Maddison, Angus (2007). *Counturs of the World Economy 1-2030 AD: Essays in Micro-Economic History*. OUP Oxford.

⁸² Доповідь про стан людського розвитку за 2019 рік. Огляд. (2019) *Програма розвитку ООН – UNDP* 3–6.

осіб; 3) цілісність і права пацієнта та доступ до медичного забезпечення інших категорій осіб балансування (зокрема, при COVID-19 принцип згоди пацієнта та доступ до медичних ресурсів може навіть виглядати як вирішення «дилема Бога»).

Обмеження прав і свобод в Україні були введенні з міркувань епідемічної безпеки урядовими постановами №№ 211 та 392, які потім зазнавали неодноразових змін, однак щодо сутнісного змісту свобод так і не стали предметом конституційної перевірки. Воно викликало подальшу хвилю законодавчої інфляції, коли уряд далі продовжив продукувати сумнівні правові акти з точки зору конституційної легітимності.

Проаналізую рішення Конституційного Суду України № 10-р/2020, яке стосувалося конституційності Закону № 553-ІХ та постанови Кабінету Міністрів № 392. КСУ визнав неконституційними приписи частин першої, третьої статті 29 Закону № 294-ІХ зі змінами та абзацу дев'ятого пункту 2 розділу II «Прикінцеві положення» Закону № 553-ІХ. Однак питання конституційності урядових актів він обминув, зробивши лише застереження загального характеру. Йшла мова про перевірку конституційності положень підпунктів 5, 6, 7, 14 пункту 3, абзацу шостого пункту 6 постанови Кабінету Міністрів № 392, пунктів 10, 17 Порядку здійснення протиепідемічних заходів, пов'язаних із самоізоляцією, затвердженого цією постановою, які зокрема передбачали обмеження низки основоположних свобод.

КСУ відмовився перевіряти конституційність цих положень підзаконних правових актів у зв'язку із втратою чинності актом, щодо якого порушено питання відповідності Конституції України.

Цей підхід Конституційного Суду є нікчемним з огляду на права людини та його позитивні обов'язки захищати права людини. Адже, не залежно від стану регулювання у статусному законі про цей орган, у світлі приписів статті 3 Конституції як орган державної влади КСУ має виконувати обов'язок щодо утвердження і забезпечення прав

людини. Тому навіть у разі втрати чинності правовим актом, яким заподіяно шкоду правам людини, такий акт має стати предметом судової перевірки, бути визнаним неконституційним при наявності достатніх підстав, а заподіяна шкода має бути компенсована.

Власне кажучи, КСУ, на жаль, всупереч статті 8 свого статусного закону⁸³, яка містить вимогу безумовного конституційного перегляду правових актів, які належать до предмета його юрисдикції, попри навіть втрату ними своєї чинності.

Це породжує ситуацію юридичної невизначеності, оскільки такого роду чи аналогічні обмеження і надалі встановлюються урядом на підставі його постанов всупереч приписам статті 64 Конституції, які передбачають запровадження обмеження прав людини на підставі судового рішення на основі Конституції або шляхом оголошення надзвичайного стану в Україні чи окремих місцевостях. Оскільки формально КСУ не визнав такі дії неправомірними, насправді це провокує уряд і надалі ухвалювати антиконституційні акти, які атакують сутнісний зміст основоположних свобод, не запроваджуючи адекватних заходів у світлі позитивних обов'язків держави забезпечувати епідемічну безпеку людей.

Добре, що хоча би КСУ вказав у своєму рішенні засаду про обґрунтованість підстав для запровадження обмежувальних заходів з мотивів забезпечення епідемічної безпеки наступним чином:

«обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина є можливим у випадках, визначених Конституцією України. Таке обмеження може встановлюватися виключно законом – актом, ухваленим Верховною Радою України як єдиним органом законодавчої влади в Україні. Встановлення такого обмеження підзаконним актом суперечить статтям 1, 3, 6, 8, 19, 64 Конституції України».

⁸³ Про Конституційний Суд України: Закон України № 2136-VIII від 13.07.2017 р. Відомості Верховної Ради України, 2017, № 35, ст. 376.

Таке міркування в режимі *obiter dictum* (в якості додаткової аргументації рішення) дає формальну юридичну підставу для оскарження актів Кабінету Міністрів щодо запровадження обмежень з мотивів забезпечення епідемічної безпеки. І це сповна використовують органи місцевого самоврядування. Відсутність демократичної легітимації правил рано чи пізно закінчується колапсом національного правопорядку.

Необхідно наголосити на декількох методологічних засадах забезпечення балансування інтересів при запровадженні заходів у рамках епідемічної безпеки. Насамперед, слід виділити наступні рівні балансування при обґрунтуванні запроваджуваних заходів:

- 1) абстрактний рівень – свобода індивіда і епідемічна безпека;
- 2) баланс приватних і публічних інтересів – свобода індивіда і потенційна загроза життю і здоров'ю невизначеному колу людей при епідемії/пандемії/епізоотії;
- 3) медична інфраструктура та доступ до медичної допомоги: принцип згоди пацієнта та доступ до медичних ресурсів («дилема Бога»).

У комплексі це виражає стандарти поводження із індивідами при встановленні допустимих меж обмеження свободи пересування, поселення, зібрань, вибору роду занять. Якщо йде мова про ступінь реалізації індивідуальних свобод, то тут слід говорити про встановлення їх обмежень, оскільки самі по собі заходи по забезпеченню епідемічної безпеки означає їх обмеження. З точки зору конституційної систематики основоположних свобод єдиним легітимним засобом їх обмеження є процедура запровадження надзвичайного стану в Україні чи в окремих місцевостях. Це передбачає надання відповіді на три комплекси питань: 1) які свободи обмежуватимуться; 2) в якому обсязі обмежуються свободи; 3) які позитивні обов'язки здійснює держава задля забезпечення балансу інтересів між свободою та безпекою індивіда. Це непрості питання, які потребують законодавчого оформлення і прискіпливого парламентського

контролю, про що, до речі наголошував суддя КСУ Василь Лемак у окремій думці до рішення № 10-р/2020. Суддя КСУ Олег Первомайський при цьому наголосив у своїй окремій думці, що:

Відносини між громадянами, з одного боку, та державою й Урядом [у значенні системи урядування, влади загалом – М.С.] – з іншого, ґрунтуються вже не стільки на довірі, наскільки на прагматичному розрахунку перших отримати, зокрема, за сплачеш на користь держави податки, гідний адміністративний сервіс у спокійні часи та ефективний захист і гарантії – у періоди різного роду потрясінь. Будь-яке спотворення суті та змісту такого суспільного договору внаслідок бездіяльності Уряду чи вчинення ним помилкових або навіть незаконних рішень та дій є початком шляху руйнації цих відносин, кризи інститутів громадянського суспільства та самої держави.

Запровадження протиепідемічних заходів атакує насамперед економічні свободи, що потенційно може мати наслідком зниження ділової активності, яке може мати ефект доміно: знизиться економічна діяльність – знижуються доходи – зменшується база оподаткування – зменшується обсяг публічних фінансів – утворення дефіциту ресурсів для вжиття протиепідемічних заходів. Виходить зачароване коло.

Насправді, сьогодні не існує такого лінійного зв'язку, оскільки багато форм економічної активності відбувається у цифровій віртуальній формі, зокрема як проведення певних заходів чи продаж в режимі он-лайн. Водночас, ці форми цифрової економічної активності наразі не мають ще вирішального впливу на структуру зайнятості населення – об'єктивно запровадження протиепідемічних заходів передбачає все ж таки зниження ділової активності населення. Тут урядові (як системи урядування загалом) слід прослідкувати основні тенденції у структурі зайнятості і розважливо та у розумних межах запроваджувати обмежувальні заходи задля

епідемічної безпеки. Насамперед, згідно із доктриною позитивних обов'язків уряд має дбати про збалансований розподіл публічних фінансів, які мають бути спрямовані на стимулювання новітніх форм ділової активності з точки зору епідемічної безпеки та поглибленого розвитку медичної інфраструктури і підвищення рівня попередження захворювань і боротьби з хронічними хворобами.

Це відчувається на суперечливих процесах у Європейському Союзі, який вживає загалом збалансованих протиепідемічних заходів, запровадивши Фонд COVID-оздоровлення, на який, наприклад розраховано асигнування у розмірі 750 млрд євро на 2021 рік. Хоча наразі цей процес заблоковано Польщею та Угорщиною з міркувань «порушення засад верховенства права», однак консультації тривають щодо узгодження позицій всередині ЄС. Це доволі дразливе питання для ЄС ще з травня 2020 р. Ще в липні, лідери ЄС вперше домовились зібратися разом і зібрати майже 2 трлн євро, щоб витратити протягом наступних семи років, намагаючись оговтатися від фінансової кризи, спричиненої COVID-19. Тоді угода була прозвана «чарівним моментом» президентом Ради ЄС Шарлем Мішелем, який зазначив, що це «безпрецедентний» захід, оскільки доступ до фінансів буде обумовлений країнами, які дотримуються верховенства права⁸⁴.

Однак не все так просто було. Травневе рішення Федерального конституційного суду Німеччини підняло питання щодо алокації ресурсів на боротьбу із COVID-19 між національними державами та наднаціональним рівнем в рамках ЄС. Питання зачепило зміст принципу пропорційності та субсидіарності ЄС. Мається на увазі рішення Федерального конституційного суду Німеччини від 5 травня 2020 р. у справі щодо Програми надзвичайних закупівель в умовах пандемії.

⁸⁴ EU budget blocked by Hungary and Poland over rule of law issue. *BBC*, 17.11.2020 URL: <https://www.bbc.com/news/world-europe-54964858>

ФКС Німеччини відрізняється особливим підходом при визначенні співвідношення між німецьким правом та правом ЄС та співвідношення права Ради Європи та німецьким правом. Одними із останніх рішень ФКС Німеччини⁸⁵ у цьому відношенні стало зміна у підходах щодо застосування права ЄС у сфері прав людини, запровадивши нові рамки «паралельної застосовності» національних права та прав ЄС⁸⁶. По суті, ФКС Німеччини суто у руслі правового плюралізму застосовує своєрідні юридичні паралелі і дає у цій канві оцінку юридичним заходам інститутам ЄС, зокрема у світлі національних стандартів захисту прав людини. Це наклало свій відбиток на оцінку механізму алокації ресурсів в рамках ЄС щодо COVID-19 фонду (*PEPP – The Pandemic Emergency Purchase Programme*).

Програма надзвичайних закупівель пандемії (PEPP) є нестандартним заходом грошово-кредитної політики у відповідності з іншими нестандартними заходами, прийнятими Європейським центральним банком у період з 2010 по 2014 рік: Програмою ринків цінних паперів (SMP), Програмою прямих валютних операцій (OMT) та Пакет програм придбання активів (APP). До програми APP, яка є єдиною в даний час, входить Програма закупівель державного сектору (PSPP) для придбання облігацій, випущених державами-членами єврозони, визнаними відомствами, міжнародними організаціями та наднаціональними установами, розташованими в євронзоні. PEPP – це окремих і додатковий тимчасовий інструмент, який поєднує деякі особливості попередніх програм.

Спочатку обсяг PEPP становив 750 млрд євро. Однак 4 червня 2020 р. Рада керуючих ЄЦБ вирішила збільшити її на 600 млрд євро. Нинішній обсяг PEPP у розмірі 1350 млрд євро значно великий. Передбачається використати фінансовий пакет PEPP для придбання

⁸⁵ 1 BvR 276/17 and 1 BvR 16/13, Entscheidungen von 6 November, 2019.

⁸⁶ Buckhardt, Dana (2020). Backlash against the Court of Justice of the EU? The Recent Jurisprudence of the German Constitutional Court on EU Fundamental Rights as a Standard of Review. *German Law Journal*, 21, 1–18.

всіх категорій активів, які вже прийняті згідно з APP (тобто цінних паперів приватного та державного секторів). Крім того, REPP також охоплює інструменти, випущені нефінансовими компаніями та боргові цінні папери із залишковим терміном погашення не менше 70 днів⁸⁷.

5 травня 2020 року Другий сенат ФКС Німеччини виніс рішення за конституційними скаргами щодо PSPP⁸⁸, всупереч рішенню Палацу правосуддя ЄС у справі *Weiss*⁸⁹. ФКС Німеччини підтвердив, що рішення Суду було визнано найвищим: під час оцінки пропорційності PSPP Палац правосуддя ЄС не взяв до уваги фактичний вплив програми на економічну політику, а також не здійснив «зрозумілого перегляду» щодо того, чи дотримувався ЄЦБ обмежень щодо свого мандату. Оскільки акти *ultra vires* не мають обов'язкової дії та не застосовуються в Німеччині, ФКС вирішив, що він має право провести власний огляд чинності програми PSPP. Тим самим, як зауважує Єнс Гілебранд Пол, ФКС кинув виклик принципу верховенства права ЄС та Палацу правосуддя ЄС як остаточного арбітра застосування його права⁹⁰. Як зазначає Долорес Утріла, оскільки ФКС вказав на певні обов'язки Федерального уряду та Німецького федерального банку, на початку липня Ів Мерш, член Виконавчого комітету ЄЦБ, заявив, що ЄЦБ «підтримує Німецький федеральний банк у його співпраці з Федеральним урядом та Бундестагом», водночас нагадуючи, що ЄЦБ підзвітний лише Європейському парламенту і підлягає юрисдикції лише СЕС⁹¹.

⁸⁷ Viterbo, Annamaria (2020). The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court: Throwing Sand in the Wheels of the European Central Bank. *European Papers*, vol. 5, 671–685, 674–675.

⁸⁸ 2 BvR 859/15.

⁸⁹ Weiss and Others C-493/17.

⁹⁰ Pohl, Jens Hillebrand (2020). Emergency, security and strategic autonomy in EU economic regulation. *ERA Forum*, vol. 21, 143–154; 144.

⁹¹ Utrilla, Dolores (2020, 5th August). Insight: “Three months after Weiss: Was nun?” *EULawLive*. URL: <https://eulawlive.com/three-months-after-weiss-was-nun/>

У результаті конституційної перевірки ФКС Німеччини дійшов висновку, що, безумовно переслідуючи цілі монетарної політики PSPP, не враховуючи наслідків її економічної політики, ЄЦБ явно знехтував принципом пропорційності; у рішенні PSPP ЄЦБ не зміг збалансувати цілі монетарної політики з ефектами економічної політики, що впливають із програми. Таким чином виникло питання, чи тлумачення принципу пропорційності, яке здійснював Суд, та розмежування компетенції ЄСЦБ, що впливало з цього, не перевищило його судовий мандат щодо здійснення конституційної перевірки актів інститутів ЄС, які є наднаціональними, і наскільки це виправдано з точки зору паралельності застосування національних прав та прав людини ЄС⁹².

Попри такі елементи юридичної аргументації ФКС, що рішення Палацу правосуддя від 11 грудня 2018 р. (справа C-493/17), яке було винесено щодо PSPP, не має значення, оскільки воно, щодо принципу пропорційності, було незрозумілим (*schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar*) та *ultra vires*, тут слід виходити із звичайної практики діяльності інституцій ЄС та їх взаємодії із органами влади держав-членів ЄС⁹³.

Як зазначається у дослідженнях, наприкінці весни інституції ЄС стикнулися із подвійною кризою – кризою PSPP та кризи COVID-19, що мало наслідком необхідності перегляду застосування фінансових інструментів у рамках інститутів ЄС, насамперед з боку Єврокомісії та ЄЦБ. На відміну від застосування процедури секвестру публічних фінансів, тут стояло питання про алокацію ресурсів на розширення інфраструктурних проектів у рамках ЄС на фоні зростання

⁹² Viterbo, Annamaria. Ibid, pp. 678–679.

⁹³ Rinze, Jens and Kirk, Matthew (2020, 5 May). German Federal Constitutional Court Judgment of 5 May 2020 prohibits Bundesbank from participating in ECB's Public Sector Asset Purchase Programme. *Restructuring GlobalView. Worldwide Restructuring and Insolvency News*. URL: <https://www.restructuring-globalview.com/2020/05/german-federal-constitutional-court-judgment-of-5-may-2020-prohibits-bundesbank-from-participating-in-ecbs-public-sector-asset-purchase-programme/>

суверенних боргів держав-членів (зокрема, Італії, Іспанії тощо) та необхідності розгортання заходів щодо подолання COVID-19.

З іншого боку, нечітка структурованість публічних фінансів та розмежування прерогатив ЄЦБ та національних банків держав-членів ЄС у здійсненні монетарної та інвестиційної кризи послужили джерелом кризового рішення ФКС Німеччини⁹⁴.

Це стало причиною конкуренції юрисдикцій ФКС та Палацу правосуддя ЄС. Зокрема, у своєму рішенні ФКС Німеччини наголосив на наступному:

По закінченню тримісячного періоду після рішення ФКС Німецький федеральний банк більше не матиме права брати участь у реалізації та виконанні Рішення ЄЦБ, якщо ЄЦБ не опише до кінця цього періоду зрозуміло та обґрунтовано, що цілі монетарної політики, які переслідує PSPP, не є непропорційними щодо дії економічної та фіскальної політики.

Федеральний уряд та Бундестаг повинні вжити активних заходів проти PSPP у його нинішній формі, зокрема повинні вжити заходів, спрямованих на те, щоб ЄЦБ здійснював покращену оцінку пропорційності.

Як реакція на рішення ФКС, Палац правосуддя ЄС вже 8 травня 2020 року заявив:

Для того, щоб забезпечити рівномірне застосування законодавства ЄС, юрисдикцією є лише Суд ЄС, який був створений з цією метою державами-членами. Постановити, що акт установи ЄС суперечить законодавству ЄС.

Водночас, я розглядаю цю ситуацію з точки зору природи субсидіарності та принципу заборони *ultra vires*.

⁹⁴ Bertin, Sophie, Lautenberg, Alexis, Brand, Marco, and Sijmons, Roemer. Judgement of the BVerfG dated on 5 May 2020: ECB's Public Sector Purchase Program. *Cov Financial Service*. URL: <https://www.covfinancialservices.com/2020/07/judgement-of-the-bverfg-dated-5-may-2020-ecbs-public-sector-asset-purchase-program/>

Із ситуації є очевидним, що ФКС Німеччини давав оцінку щодо алокації ресурсів на рівні наднаціональних інститутів, хоча він намагався визначити наскільки була врахована позиція Німеччини при цьому, зважаючи на те, який вклад робить ця держава у публічні фінанси ЄС. Однак такі міркування складно обґрунтувати навіть через паралельне застосування національних прав та прав людини ЄС, як то нещодавно сформульовано у юриспруденції ФКС.

З точки зору доктрини принципу *заборони ultra vires* тут також доволі складно говорити про перевищення повноважень інститутами ЄС. Навіть якщо взяти у порівнянні рішення Апеляційного суду Англії та Вельсу по суверенним запозиченням України на фондовій біржі Дубліна у розмірі 3 млрд дол США, то тут ще менше ґрунту для прийняття такого рішення ФКС. Попри визнання того факту, що проти України вчинявся економічний тиск з боку Росії та прийняття рішення було допущено з порушенням принципу *заборони ultra vires*, Апеляційний суд Англії та Вельсу виходив із звичайної практики прийняття рішень урядом та профільним міністром фінансів щодо здійснення такого роду запозичень. Тобто суд визнав обставини перевищення ліміту суверенних запозичень понад визначені рамки у законі про державний бюджет такими, що не мають істотного значення для вирішення справи, зважаючи на усталену практику розподілу публічних фінансів за результатами здійснення фінансових запозичень. У справі щодо запозичень українським урядом 3 млрд дол США шляхом розміщення облігацій на фондовій біржі Дубліна Апеляційний суд Англії і Вельсу вказав⁹⁵ наступне, що стосується предмета нашого дослідження в аспекті звичайної практики здійснення алокації публічних фінансів, зокрема їх залучення через певні фінансові інструменти на кшталт деривативів:

⁹⁵ *Ukraine v The Law Debenture Trust Corporation Plc* (Rev 1) [2018] EWCA Civ 2026 (14 September 2018), [2019] QB 1121, [2018] EWCA Civ 2026, [2019] 2 WLR 655, [2018] WLR(D) 583.

(1) Існує два типи повноважень, дійсні (actual) та очевидні (ostensible). Дійсні повноваження передбачають справжні відносини агентства, тоді як очевидне агентство описує ситуацію, коли одна особа (довіритель) своїми власними діями, словами чи поведінкою утримується від заперечення повноважень іншої особи (агента) прив'язувати довірителя до операції, яку агент претендував здійснити від імені довірителя.

<...>

(7) Очевидне повноваження може виникнути за будь-яких обставин, за яких довіритель вважає агента таким, що має повноваження вступати у відповідну операцію від імені принципала.

Екстраполюючи такий підхід на ситуацію із подвійною кризою PSPP та кризи подолання COVID-19, питання алокації публічних фінансів та вжиття заходів не є предметом перегляду з боку ФКС. ФКС застосував неналежний юридичний інструментарій для оцінки цих заходів, оскільки він стосується відносин у рамках діяльності Єврокомісії та ЄЦБ, заходи яких є підконтрольні Європарламенту та Палацу правосуддя ЄС.

В Україні маємо протилежну ситуацію із питаннями контролю за заходами екзекутиви щодо подолання COVID-19, оскільки парламентський контроль знаходиться у стані постійної летаргії, а судовий контроль здійснюється спорадично лише переважно судами загальної юрисдикції.

Таким чином, пандемії є своєрідним краш-тестом ефективності національних систем охорони здоров'я. Задовільна система забезпечення охорони здоров'я є сьогодні складовою у систематичі позитивних зобов'язань держави щодо захисту права на життя. Як засвідчує досвід боротьби із пандемією в Україні медична галузь працює із істотним напруженням. Такі складнощі обумовленні зі слабким інституційним і ресурсним забезпеченням законодавства, так і незначними асигнуваннями держави на медичну галузь.

З урахуванням недостатності бюджетного забезпечення медичної галузі наразі так і не запроваджено загальнообов'язкового медичного страхування, що би диверсифікувало джерела доходів для галузі. Хоча, на перший погляд, тут немає кореляції із боротьбою із пандемією COVID-19, але наявність диверсифікованої системи фінансування медицини полегшило би алокацію ресурсів для боротьби з пандемією.

При обмеженні ресурсів слід використовувати наявну економічну кризу як привід для зміни самої структури національної економіки. Основним інструментом для держави тут є держзамовлення та певні ліберальні режими для малого і середнього бізнесу, оскільки у цій сфері значна частка самозайнятого населення, якому не є сенсу платити соціальні допомоги, а відповідні кошти можна спрямувати на подолання пандемії. З урахуванням фактичного стану війни з Росією, це би дало змогу дати поштовх національній економіці також і через військові замовлення на суміжні галузі економіки. У зв'язку зі змінами у структурі зайнятості, зокрема, за рахунок дистанційного виконання певних видів робіт, буде змінено трудове законодавство, яке має бути зацентровано на гарантування доходів працівників, які б гарантували гідне життя та право людини на її вільний розвиток. Через систему публічних закупівель держава може стимулювати розвиток інноваційних напрямків національної економіки, що сприятиме її зростанню на стратегічну перспективу.

2.1.2. Економічні свободи: від ефективності до цінностей.

Яким чином вимірювати ефективність економічних свобод? Добробутом? Економічним достатком? Потужною національною економікою? Здійсненням свобод? І так, і ні.

Свідченням дії економічних свобод є проблематика криптовалюти, яка передбачає систематику схвалення дій інших учасників системи для підтвердження певної трансакції з активом. Водночас наразі криптовалюти волатильними за своєю природою і для неї

потрібна специфічна інфраструктура, відмінна від традиційних бірж чи інших торговельних площадок, на яких визначається ціна на сировину, товари чи послуги. Це проблематика пов'язана із штучним інтелектом та цілепокладанням у рамках ШІ, а також зважуванням цінностей, серед яких є і свобода контрактів. Тому, як на мене, цікавим буде досвід Китаю щодо впровадження власної криптовалюти YuanPayGroup⁹⁶. Оскільки сама по собі система взаємного ствердження трансакцій на ринку криптовалюти є децентралізованою і передбачає делегування, це потенційно закладає міну вповільненої дії у систему тотального стеження громадян, як це вже у КНР впроваджено у провінції Сінцзянь проти уйгурів⁹⁷, а також спроби впровадження системи соціального рейтингування громадян.

З точки зору права питання лежить у площині юридичної визначеності і належних судових гарантій економічних свобод. Зокрема, з урахуванням позиції Аарона Барака, техніка обходу невігідних юридичних позицій мислима у площині ефективності захисту прав людини або/та подолання інституційних проблем, які породжують істотні порушення права. Згідно з критерієм розумності слід виходити із практичної корисності правових приписів, які мають ефективно і дієво захищати сутнісний зміст основоположних свобод. Тут слід мати на увазі нормативний та інституційний аспекти прецедентного права – міркування юридичної визначеності та стабільності судової практики як запорука єдності юриспруденції. Однак коли має місце суперечлива судова практика, то слід надавати перевагу рішенню із практичною користю з урахуванням стандарту захисту прав людини.

⁹⁶ Haixiong, Shen (2021, January 9). China Officially Backs a CryptoCurrency and Established It as Their Official Coin. *Forbes*. URL: <https://greatfidelio.com/who-is-watching/>

⁹⁷ China has transformed Xinjiang into a 'mass detention camp' – UN. *WorldWatchMonitor*. September 3, 2018. URL: <https://www.worldwatchmonitor.org/coe/china-has-transformed-xinjiang-into-a-mass-detention-camp-un-committee/>

Згідно зі Звітом про стан верховенства права в ЄС за 2020 рік⁹⁸ визнаються чотири опори (*pillars*) верховенства права у ЄС, які мають відповідати критеріям ефективності та міцності (*robust*):

Верховенство права вимагає створення екосистеми, що базується на повазі до незалежності судової влади, ефективної антикорупційної політики, вільних та плюралістичних засобів масової інформації, прозорого та якісного публічного урядування та вільного і активного громадянського суспільства.

Це означає значне розширення контексту верховенства права, оскільки, як зазначала Анна Петерс, корупція атакує насамперед права у сфері освіти та охорони здоров'я, що у світлі сьогоденної ситуації є чи не найістотнішим чинником розвитку соціальних і правових інституцій. За таких умов забезпечення верховенства права залежить від демократичної підзвітності і підконтрольності влади, а також доброго урядування.

З точки зору обґрунтованості втручання держави у здійснення економічних свобод має значення розмежування здійснення політики та правового регулювання, що можна продемонструвати на прикладі визначення цін на ринку енергетики. Існує **різниця між політикою та формуванням правил, створенням правових норм, тобто правотворенням. Конституційна формула про визначення правового режиму права власності означає те, що з цих питань Кабінет Міністрів є зв'язаним законом.** Правові засади цінової політики означає можливість Кабінету Міністрів забезпечувати призначення керівників ЦОВВ, які не входять до складу Кабінету Міністрів, та забезпечують виконання механізму визначення цін на основі закону.

Закон може визначати загальні правила встановлення цін. Закон безсилий для встановлення самих цін, оскільки сама по собі ціна не

⁹⁸ 2020 Rule of Law Report «The rule of law situation in the European Union».

є нормою права – нормою права є правило, яким визначається механізм встановлення цін на певний товар, послугу. В умовах ринкової економіки це досягається за допомогою трьох інструментів: установлення ділової практики укладання договорів, типових договорів або через регуляторні акти незалежних державних агентств-регуляторів. Тому Верховна Рада не може безпосередньо визначати ціни і тарифи, зокрема і на електроенергетику. Це є порушенням поділу влади. Закон може встановлювати загальні засади визначення цін і тарифів, що насамперед полягає у розподілі компетенції у системі публічної адміністрації між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, між незалежними державними регуляторами та ринковими платформами (біржі, фондові ринки), а також визначення порядку встановлення цін і тарифів, який має відповідати критеріям належної правової процедури. Про це також наголошував Конституційний Суд, зазначивши таке⁹⁹:

Невід’ємною частиною реалізації засад політики ціноутворення в державі є визначення механізму та конкретних органів, на які покладено обов’язки щодо забезпечення виконання політики в цій сфері.

В одному зі своїх попередніх рішень Конституційний Суд наголосив, що Верховна Рада визначила свою цінову політику у вигляді Закону про ціни і ціноутворення¹⁰⁰:

Цінова політика, тобто стратегія держави щодо встановлення і зміни цін, є однією із складових частин внутрішньої економічної і соціальної політики держави. Конституційне повноваження Верховної Ради України на визначення засад цієї політики реалізоване нею, зокрема, у Законі України «Про ціни і ціноутворення», який сформулював основні принципи встановлення і застосу-

⁹⁹ Рішення КСУ № 2-рп/2000.

¹⁰⁰ Рішення КСУ № 2-рп/99.

вання цін і тарифів та організації контролю за їх дотриманням на території України.

У свою чергу, Закон про ціни і ціноутворення¹⁰¹ встановлює, що сферою його регулювання охоплюються «відносини, що виникають у процесі формування, встановлення та застосування цін Кабінетом Міністрів України, органами виконавчої влади, органами, що здійснюють державне регулювання діяльності суб'єктів природних монополій, <...> а також здійснення державного контролю (нагляду) та спостереження у сфері ціноутворення» (стаття 2 Закону).

Закон може регулювати загальні принципи визначення цін і тарифів, як от: граничні (верхні чи нижчі) межі, які можуть вираховуватися у кратному чи відсотковому відношенні до середньозваженої ціни на ринку; яка інституція є відповідальною за встановлення цін; чи віддавати вирішення цього питання органу публічної влади чи керуватися рівнем цін на ринкових інституціях (біржі, фондові ринки тощо); механізм підзвітності та відповідальності інституцій, які встановлюють ціни і тарифи; система співвідношень та градацій між різними категоріями товарів і послуг, на які встановлюються ціни і тарифи.

При розмежуванні понять цінової політики та правового регулювання слід також мати на увазі конституційні форми здійснення політики Верховної Ради, інструментами якої у сенсі положень статті 85 Конституції (пункти 4-6, 8, 11 частини першої) є:

- (1) заслуховування щорічних і позачергових послань Президента про внутрішнє і зовнішнє положення України;
- (2) розгляд і схвалення Програми діяльності Кабінету міністрів;
- (3) затвердження Державного бюджету та внесення змін до нього, контроль за його виконанням, прийняття звіту щодо його виконання;

¹⁰¹ Про ціни та ціноутворення: Закон України № 5007-VI від 21.06.2012 р.

(4) затвердження загальнонаціональних програм економічного, науково-технічного, соціального розвитку та програм охорони довкілля.

Таким чином, здійснення політики та законодавчого регулювання полягає у тому, що при здійсненні політики парламент забезпечує взаємодію з іншими інститутами влади та ухвалює документи програмного характеру, на основі яких можуть ухвалюватися і закони. Наприклад, схвалена парламентом програма діяльності уряду може істотно вплинути на законодавчу діяльність, оскільки уряд може вносити законопроекти на основі і на реалізацію власної програми діяльності. Закон визначає конкретні сфери правового регулювання, визначають правила та процедури. У свою чергу, Верховна Рада ухвалює рамкові закони, про які у статті 92 Конституції йде мова як встановлення «засад», «основ», «правового режиму» тощо, а також звичайні закони, які мають відповідати критеріям повноти і щільності правового регулювання і вони не потребують для належного застосування ухвалення регуляторних актів.

2.1.3. Диджиталізація економіки і штучний інтелект. Ключовим питанням тут є забезпечення приватності, зокрема персональних даних. На сьогодні багато соціальних платформ та програм використовуються для збору персональних даних з метою просування на ринку певних товарів і послуг. При цьому існує небезпека маніпулювання рівнем споживання тими товарами і послугами, які за звичайних умов, не складали для конкретного споживача певну цінність. Це питання напряму пов'язано із обмеженістю та справедливістю розподілу ресурсів. Тут доволі парадоксально ми виходимо до питання правового регулювання штучного інтелекту (ШІ), яке лише стоїть на порядку денному. Спеціаліст з проблем ШІ Макс Тегмарк пов'яже її вирішення не лише із питаннями приватності і захисту персональних даних, а також із проведенням наукових досліджень у цій сфері та ступеня правового регулювання у світлі

свободи інформації і захисту приватності, надання прав машинам (наприклад, безпілотним автомобілям чи роботам)¹⁰². Цю проблематику зачіпав вітчизняний правознавець Дмитро Гудима щодо етичних аспектів законів роботехніки, де за основу беруть три відомі закони фантаста Айзека Азімова¹⁰³.

Однак в останні часи цього визнається недостатнім, що пов'язано із розумінням свідомості та здатностями зважувати цінності, що є важливим при ухваленні рішень. У цьому контексті ключовим є питання про контроль за ШІ, щоб він виконував потрібні людям речі. У плані правового регулювання це пов'язано із остаточним схваленням рішень, що приймається ШІ. Якщо на ринку праці машини істотно витіснять людину, виникає питання забезпечення не настільки зайнятості людей, наскільки їх доступу до ресурсів. Тобто ця проблема загрожуватиме поглибленням подальшого розшарування населення і поглиблення несправедливості. У принципі, ШІ дасть змогу більш раціонально використовувати ресурси, однак тут виникає питання щодо розподілу благ, зважаючи на кардинально інакшу структуру зайнятості населення та питання забезпечення контролю щодо розподілу благ чи делегування таких прерогатив від людей ШІ. Вже на сьогодні ШІ дозволяє оперувати та аналізувати метаданими про споживачів і формувати таргетну рекламу для просування ринку певних товарів і послуг, формувати логістичні ланцюжки, а також в умовах обмежень, пов'язаних із захистом здоров'я населення під час пандемії, забезпечувати поставку товарів та надання послуг. Це вже вносить доволі істотні зміни у структуру зайнятості населення та формування нових ніш у структурі зайнятості та професійних навичок на ринку праці. Відповідно це вносить істотні зміни у зміст трудових контрактів

¹⁰² Тегмарк, Макс (2020). *Життя 3.0. Доба штучного інтелекту* (с. 134–136). Київ : Наш формат.

¹⁰³ Гудима, Дмитро (2010). Деякі новели в інтерпретації поняття «суб'єкт права»: абсурдні чи перспективні? *Право України*, 2, 82–87.

та договірну практику. Сфера економічних свобод за рахунок цього розширюється, оскільки ієрархічне за природою державне регулювання істотно відстає від цих реалій життя.

Із ШІ також потенційно трансформуються соціальні системи, зокрема ієрархія ти системи розподілу повноважень у складних управлінських системах на кшталт держави чи вищих форм інтеграції. Як зазначає Макс Тегмарк¹⁰⁴:

Щоб не дати нечесним гравцям зіпсувати успішну співпрацю великої групи, усім може бути вигідно передати частину влади на вищий рівень ієрархії, який каратиме шахраїв.

Згідно з теорією ігор Неша і Моргенштерна конфлікт та суперництво має негативний ефект для обидвох сторін (ситуація lose-lose), а кооперація дає виграшний ефект (ситуацію win-win). У майбутньому розробка ресурсів буде залежати від ШІ, оскільки енергетика людством згідно із законами фізики використовуються вкрай неефективно. Тому стоятиме питання про делегування/передачу влади на більш високі ступені влади, досяжним для нашого розуміння яким тепер виступає наднаціональний Європейський Союз із його внутрішніми суперечностями, сильними сторонами та інституційними вадами. Деяко нижче ми побачимо, яким чином співвідноситься конфронтаційна та кооперативна модель співпраці у межах ЄС, яка лише є підтвердженням цих висновків.

Як тут може зарадити держава? На моє переконання, тут спроба державного регулювання правил лише призведе до юридичної інфляції, яка супроводжується прийняттям численних правових актів, які суперечать та входять у колізії один із одним. Це є станом юридичною невизначеності, що суперечить засадам верховенства права та поваги до гідності та прав людини. Тому слід державі звер-

¹⁰⁴ Тегмарк, Макс (2020). *Життя 3.0. Доба штучного інтелекту* (с. 186). Київ : Наш формат.

нути уваги на надання якісних сервісів у рамках доброго урядування та належної правової процедури.

Загальною тенденцією при використанні ШІ стає поглиблення децентралізації та переміщення акцентів у відносинах публічного урядування із відносин ієрархії та субординації на горизонтальні зв'язки. Про це наголошується футурологами, а також у юридичній доктрині та юриспруденції. Зокрема, футурологи наголошують на тому, що здатність ШІ оперувати та аналізувати метаданими дозволяє трансформувати систему публічного урядування на горизонтальні зв'язки, внаслідок чого існують перспективи функціонування мережевого урядування (*networked governance*)¹⁰⁵. Про засади трансформації державного суверенітету у певну мережу ще раніше писала Ен-Марі Слотер¹⁰⁶. У юриспруденції це виражається у доктрині горизонтального ефекту дії основоположних прав і свобод, відповідно до якої засади рівності та еквівалентності, добросовісності, розумності та збалансованості однаково діють і в приватноправових відносинах¹⁰⁷. Загалом, напрацьовано достатньо доктринальних поглядів та юридичних позицій судів щодо вирішення балансу і щодо співвідношення вертикальних і горизонтальних зв'язків в організації влади та відносин приватних та публічних суб'єктів у правовідносинах. Слід наголосити, що цю доктрину взяв на озброєння і Конституційний Суд України при розгляді справи Козлова¹⁰⁸, в якій констатував практику надання споживчих кредитів банками під високі проценти, з різними

¹⁰⁵ 2021–2030. Чоловіки й жінки чи 71 вид статі. *Укрінформ*, 08.01.2021. URL: <https://www.ukrinform.ua/amp/rubric-technology/3166982-20212030-coloviki-j-zinki-ci-71-vid-stati.html>

¹⁰⁶ Slaughter, Anne-Marie (1985). *A New World Order*. Princeton University Press.

¹⁰⁷ Alston, P. (ed) (2005). *Non-State Actors and Human Rights*. Oxford : Oxford University Press ; Phillipson, Gavin (1999). The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper? *The Modern Law Review*, 6, vol. 62, 824–849 ; Lane. Lottie (2018). The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice. *European Journal of Comparative Law and Governance*, 5, 5–88.

¹⁰⁸ Рішення КСУ № 7-рп/2013 від 11.07.2013 р.

штрафами, пенями, неустойками з максимальним розтягуванням у часі рішення про стягнення заборгованості як нерозумну, недобросовісну, несправедливу та дискримінаційну, зобов'язавши Верховну Раду внести відповідні зміни у законодавство щодо введення граничної межі розміру стягнень по зобов'язаннях фізичних осіб, як це встановлено для юридичних осіб (до цих пір парламент так і не виконав це рішення КСУ).

З іншого боку, оперування метаданими та її обробка ШІ, зокрема із маркетингового позиціювання та просування, потребує захисту персональних даних, що зокрема впроваджено в ЄС у General Data Protection Regulation¹⁰⁹. Відповідно із цим Регламентом персональні дані, які використовуються при обробці метаданих, підлягають анонімізації і має бути забезпечено найвищий ступінь рівня приватності за замовчуванням. Однак якщо дивитися на процес оприлюднення індивідами певних персональних даних у соціальних мережах отримуємо явище розмивання меж приватності та публічності, оскільки таке розміщення приватних даних є актом вільного волевиявлення їх носія. Так само поведінка користувача мережі інтернет автоматично призводить до його обробки даних, оскільки як провайдер, так і оператор мережі, володільці браузера та інших ІТ-платформ можуть обробляти певні дані про цю особу як споживача і сформулювати певну поведінковий портрет такого індивіда. Такі дані є не лише об'єктом консьюмерського інтересу, він також використовується і в політичних цілях. Обробка метаданих за поведінковими моделями користувачів у мережі інтернет стали однією із важливих складників у кампанії Brexit у Сполученому Королівстві, на президентських виборах у Франції та США, а також в Україні, як і на парламентських виборах у Франції. Суть полягала в тому, на підставі обробки персональних даних корис-

¹⁰⁹ GDPR; Regulation (EU) 2016/679.

тувачів інтернету виборча аудиторія опрацьовувалася таргетно під час виборчої кампанії переважно через різного роду популістичні гасла. На порядок денний виходить здійснення державою позитивних обов'язків.

З точки зору позитивних обов'язків держави щодо кримінально-правової охорони має бути забезпечений розумний баланс між приватністю та публічним інтересом при розслідуванні кіберзлочинів. Зокрема, цю легітимну мету переслідує законопроект № 4003, який передбачає надання можливості правоохоронцям, у тому числі прокурору, застосовувати такий захід забезпечення кримінального провадження, як термінове збереження інформації під час досудового розслідування кіберзлочинів. Законопроект дає можливість під час проведення обшуку законним чином діставати доступ до комп'ютерних систем, які розташовані за межами місця проведення обшуку, долати системи логічного захисту, отримувати інформацію про особливості функціонування комп'ютерних систем і застосовані щодо них заходи захисту¹¹⁰. Також поступово в Україні обговорюються шляхи запровадження застосування ШІ при здійсненні судочинства, щодо чого навіть виробила певні пропозиції Вища рада правосуддя¹¹¹.

Інша проблема, пов'язана із ШІ, як зазначають Реймонд Курцвайл та Макс Теґмарк є дилема створення суперлюдини. Зокрема Курцвайл у своїй книзі «Наближення сингулярності» внаслідок формування супер-ШІ, який здатний самовідтворюватися і самовивантажуватися, можлива така ступінь інтеграції машини та людини, що може виникнути своєрідна каста суперлюдей, яка запровадить сувору стратифікацію в суспільстві та стане

¹¹⁰ Кауфман. Альона (2020). «Петя» більше не страшний. *Закон і бізнес*, 52(1506). URL: https://zib.com.ua/ua/print/146213-u_kpk_mozhut_zakripiti_pravo_slidchogo_na_terminove_znyattya.html

¹¹¹ Вперше в Україні штучний інтелект замінить суддю *Закон і бізнес*. 10.02.2021. URL: https://zib.com.ua/ua/146665-vpershe_v_ukraini_shtuchniy_intelekt_zaminit_zhivogo_suddyu_.html

незрозумілою для переважної більшості людей¹¹². Однак, швидше ШІ буде тяжіти до самовивантажуватися, що людство переважно буде використовувати певні системи контролю та визначатиме певні форми делегування функцій ШІ у залежності від їх складності та масштабів завдань. Тому кардинальним питанням є розуміння співвідношення між ШІ та свідомістю, що пов'язано, на думку Тегмарка, із вирішенням трьох питань: 1) як ШІ розумітиме цілі людства; 2) як ШІ сприйматиме цілі людства та 3) як ШІ дотримуватиметься наших цілей¹¹³. Загалом, це є постановка питання про здатність ШІ зважувати цінності, які лежать в основі формулювання правил та інституцій. Оскільки доволі складно визначати та постановляти, що пов'язано із обробкою певного масиву інформації, доступ до якої обмежено, то постановка цілей навіть для ШІ є обмеженою, оскільки попри їх постановку, ШІ все рівно ці цілі буде коригувати з отриманням нової інформації, про що власне свідчить і людська історія та типові поведінкові паттерни людства.

Що ми отримуємо у результаті з точки зору права? Проблема сингулярності ШІ цілком лежить у площині юридичних гарантій економічних свобод, які здійснюються на засадах пропорційності та субсидіарності, про що вище вже писалося через приклад делегування повноважень від людей до ШІ на прийняття рішень. Так само стосовно постановки цілей, оскільки цей процес потребуватиме кореляції, тому не уникнути взаємодії між ШІ та людством. З точки зору зайнятості та розподілу ресурсів, тренд до розширення сфери надання послуг та осмислення змісту певних процедур набуватимуть все більшого значення, але значне коло професій залишиться без змін, про що лише свідчить історія людства. Однак це

¹¹² Kurzweil, Ray (2005). *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*. New York : Viking Penguin.

¹¹³ Тегмарк, Макс (2020). С. 315.

значно трансформує роль трудового права та трудових контрактів, особливо на фоні просто ренегатного КЗпП.

2.1.4. Криза глобалізму та фрагментація світової економіки.

Сучасна світова економіка, яка зародилася у XVI–XVII століттях внаслідок індустріальної революції¹¹⁴, сьогодні у стані кризи і проходить трансформацію. Криза глобалізму сьогодні пов'язується зі зміщенням центру розвитку від економік ліберально-демократичного спрямування світу Заходу до економік із поглибленим адмініструванням у країнах Азійсько-Тихоокеанського регіону (АТР). При цьому під час президентства Дональда Трампа ми спостерігали не посилення лібералізації національної економіки у США, що ніби стало загальним місцем у розмірковуваннях, а скоріше, як на мене, це звернення до консервативної моделі. Зокрема, саме Дональд Трамп у 2017 році рішуче відмовився ратифікувати яку угоду про Транстихоокеанського партнерства (ТТП) – договір про торговельну лібералізацію між країнами АТР (окрім Китаю) та США. Загалом ядро електорату Трампа поділяє скоріше консервативні цінності, аніж ліберальні. Це верифікується через міграційне питання, відкритість національної економіки, ставлення до світових інтеграційних процесів, а також через ступінь інклюзивності процесу ухвалення рішень. Поступовий дрейф США у сторону консерватизму, який видавався більшості як посилення лібералізації, очікувано тепер буде змінюватися до більш центристського підходу при новообраному президентові Джо Байдені. При цьому, як свідчить перебіг пандемії COVID-19, у США існують істотні проблеми у соціальній інфраструктурі – медичного забезпечення, загальній освіті, соціальному захисту, які потребують трансформації у цій країні.

¹¹⁴ Валлерстайн, Иммануил (2001). *Анализ мировых систем и ситуация в современном мире* (с. 109 и след.). Санкт-Петербург : Изд-во «Университетская книга» ; Бродель, Фернан (1998). *Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм. XV – XVIII ст.* Т. 3. Час світу. Київ : Основи.

Якщо говорити про тенденції розвитку економіки ЄС, то залишаючись чільною економічною потугою, за визначенням Імануїла Валлерстайна, державою-світом, Унія на сьогодні перебуває в інституційній кризі та осмисленні структури публічних фінансів та їх цільового спрямування. Це цілком знайшло свій відбиток на кризі затвердження механізму алокації ресурсів в рамках ЄС щодо COVID-19 фонду у рамках Програми надзвичайних закупівель (*PEPP – The Pandemic Emergency Purchase Programme*). Так само, доволі інертно інституції ЄС реагували на економічну рецесію 2007–2008 років, що призвело до «просідання» економіки цього наднаціонального об'єднання. Адже досвід ЄС критично є важливим, оскільки на сьогодні саме в Унії йде процес трансформації влади у своєрідне поєднання відносин ієрархії та гетерархії, що базується на визнанні національних правових традицій та правопорядку Унії, заснованого на спільних правових цінностях і принципах.

АТР набуває все більшого значення, оскільки в ньому сьогодні також розпочалися процеси інтеграції у цьому регіоні. Здається, що на зміну АСЕАН, яка була основою інтеграції у Південно-Східній Азії та в Океанії приходить нове інтеграційне об'єднання. 15 листопада 2020 року, після восьми років переговорів у місті Ханой, В'єтнам, було підписано угоду про вільну торгівлю (Угоду про всебічне регіональне економічне співробітництво, *RCEP – Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement*) в АТР. RCEP охоплює десять країн АСЕАН (Асоціації держав Південно-Східної Азії) – Сінгапур, В'єтнам, Індонезію, Малайзію, Лаос, Таїланд, Філіппіни, Бруней, Камбоджу та М'янму – і п'ять їхніх ключових торговельних партнерів: Австралію, Нову Зеландію, Китай, Японію та Південну Корею, формуючи об'єднання, на яке припадає третина світового ВВП. RCEP спрямована на створення нових торговельних та інвестиційних можливостей через єдині та зрозумілі правила для експортерів товарів. Так, угода передбачає поступове зниження митних ставок на товари та послуги і впровадження чіткого алгоритму визначення походження

товарів¹¹⁵. Поряд зі зменшенням мит, RCEP сприяє зниженню так званих нетарифних бар'єрів для торгівлі, зокрема, шляхом створення єдиних технічних, санітарних та фітосанітарних правил. На відміну від Транстихоокеанського партнерства RCEP знижує тарифи лише на 80 % товарів (замість 90 % за ТТП). У цьому інтеграційному об'єднанні вирішальну роль відіграватиме КНР, хоча стримуючу роль можуть зіграти принаймні Австралія, Нова Зеландія, Південна Корея та Японія. Порівняно із ТТП, RCEP має менш детальні та амбітні положення щодо транскордонної торгівлі послугами. Вочевидь, підписантів цієї угоди насторожив негативний досвід інтеграції в рамках ТТП, який був зупинений волюнтаристськи президентом США Трампом.

Ці три гравці – США, ЄС та АТР (RCEP) – є визначальними для обрисів майбутньої економіки, які виражають явище глокалізації, тобто формування регіональних наднаціональних об'єднань чи функціонування самодостатніх держав на кшталт США чи КНР. Наскільки КНР може визначати порядок денний RCEP, визначить майбутнє, однак, на мою думку, це може призвести до істотних трансформацій самого Китаю у сторону більш відкритого суспільства та руху економіки у сторону певної соціетальної моделі. У цій системі координат для України має чинник російський фактор. Загалом, у відносинах РФ Україна позбавляється поступово постколоніальної спадщини, що насамперед полягає у наразі відтворення олігопольної структури національної економіки із доволі вузьким спектром диверсифікації окремих її сектором, що пояснюється невисокою інституційною спроможність Антимонопольного комітету та іншими регуляторними органами. Також істотно на ці відносини впливає чинник війни має доволі істотний вплив на економічні інституції. Слід також наголосити, що ще до

¹¹⁵ Рабінович, Марина (2020, 20 листопада). Нова азійська зона вільної торгівлі: що це означає для США, ЄС та України. *Економічна правда*. URL: <https://www.euointegration.com.ua/experts/2020/11/18/7116657/>

російсько-української війни, яка триває з 2014 року, РФ неодноразово застосовувала інструменти, які є складниками економічної війни. Нагадаю лише про них: газові війни (2005/2006, 2009/2010, 2013), неодноразові ембарго на різні товарні позиції протягом 2013 року і не тільки у ключових сферах економіки України (труби, кондитерська продукція, цукор, молочні, м'ясні продукти тощо) напередодні підписання Угоди про асоціацію з ЄС. Нещодавно Європейський суд з прав людини, визнавши прийнятною скаргу України проти РФ, вказав на те, що ще протягом 2010–2013 років ця країна перебувала військовою структурою до ведення більш агресивної військової політики, що вилилося в анексії Криму, над яким РФ взяла повний контроль в ніч з 26 на 27 лютого 2014 р.¹¹⁶

Зокрема це проявляється в стані інституційної підтримки оборонно-промислового комплексу йде значна частка ресурсів із публічних фінансів. Як свідчить аналіз, не існує прямої кореляції, що ОПК може стати драйвером економічних та політичних реформ¹¹⁷. Навпаки, одним із тригерів виборчої президентської кампанії у 2019 році стало публічне обговорення проблеми використання публічних фінансів державним концерном «Укроборонпром», що також стало чинником невдачі чинного на той час Президента Петра Порошенка. Загалом на цілі оборони видатки у Державному бюджеті зростали з початку військових дій: 2018 – 74 млрд грн, 2019 – 102,4 млрд грн, 2020 – 117,6 млрд грн. За проектом Державного бюджету на 2021 рік передбачається видатків у сфері національної безпеки і оборони 267 млрд грн із загальної обсягу видатків у 1.350 млрд грн. Наразі держава не виробила свого бачення, чи розглядати ОПК в якості кластера для трансформації націо-

¹¹⁶ *Ukraine v Russia (Re Crimea)*, App. nos. 20958/14 and 38334/18 [GC] 21 January 2012.

¹¹⁷ Резнікова, Н., Панченко, В. (2020, 29 вересня). Військовий бюджет. *Дзеркало тижня*. URL: <https://zn.ua/ukr/economic-security/vijskovij-bjudzhet.html>

нальної економіки та впровадження відповідних реформ чи хоча би впровадження прозорих механізмів підзвітності у сфері публічних фінансів. Хоча виклик військової загрози України та необхідність поновлення територіальної цінності мало би стимулювати перетворення у політичних та економічних інституцій, які би були спрямовані на досягнення сталого розвитку суспільства та конкурентоспроможної економіки.

Економічні війни твердо ввійшли в арсенал підривної діяльності проти держав, яких розглядають як потенційних суперників на світовому ринку, або для зниження обороноздатності держав, які розглядаються в екзистенційному, майже за Карлом Шміттом, сенсі як ворог. Загалом, Україна входить у світову систему колективної безпеки, основу якої наразі складає нерозповсюдження ядерної зброї та стримування розширення звичайних видів озброєння. Запорукою цьому слугували і слугують положення Будапештського меморандуму 1994 р., в якому взамін ядерного роззброєння Україні надавалися гарантії щодо недоторканості її суверенітету і територіальної цілісності з боку США, Великої Британії та Російської Федерації, до яких пізніше приєдналися Франція разом з КНР. Відповідно до його положень у разі здійснення економічного тиску на Україну можуть бути задіяні механізми консультацій із державами-гарантами. Однак жодного разу Україна не скористалася цими механізмами у ході економічних воєн між Україною та Росією, які ініціювалися 2006 та 2009 роках останньою з приводу ціни купівлі-продажу природного газу та умов транзитної поставки трубопроводами через територію України у європейські країни. Ці випадки і так само неодноразове здійснення економічного ембарго і, насамперед, напередодні підписання Україною Угоди про асоціацію з ЄС слід розглядати як форми економічного тиску, що було грубим порушенням РФ умов Будапештського меморандуму. Однак всі ці речі пов'язані з економічною спроможністю держави, тобто

її можливістю гарантувати економічні свободи, захищати добросовісну конкуренцію, забезпечувати економічний баланс у зовнішній торгівлі та контролювати належний рівень суверенних запозичень. З цієї точки зору існують потенційні асиметричні загрози на національну економічну систему, кінцевим об'єктом якої служитиме саме державний суверенітет і спроможність держави самостійно впроваджувати власні рішення.

Важливими складниками юридичного механізму економічної безпеки держави є конкурентоспроможність національної економіки, ступінь гарантованості економічних свобод, гарантії права власності та додержання контрактів, структура зовнішніх запозичень та платіжного балансу держави.

Економічні війни мають інституціональний та глобальний аспект. Інституціональний аспект полягає в структурі (олігопольній чи конкурентній) національної економіки, ступені її відкритості, гарантіях економічних свобод, ефективністю захисту конкуренції та обмеження монополізму. При веденні економічних воєн, як правило, використовують олігопольну структуру економіки та орієнтацію збуту власних товарів і послуг із контрагентами на зовнішніх ринках. Такою інституціональною проблемою, яка частково існує і сьогодні є переважно сировинна структура економіки України та її зав'язаність на ринки РФ, що давало змогу російському уряду використовувати економічні ембарго на певні товарні позиції та шантажувати цінами на енергоносії для ухвалення українським урядом вигідних рішень для РФ. Для цього використовувалися інституції та традиційні зв'язки всередині України, які залишилися після колапсу Радянського Союзу та їхні мережі як своєрідних агентів впливу, як на рівні прийняття законів, так і ухвалення рішень публічною адміністрацією з економічних питань, зокрема, щодо приватизації державного майна чи блокування процесу його приватизації або зловживань задля концентрації ресурсів у власних руках.

Говорячи про роль цих структур у подальшій приватизації державного майна та створення нових політичних структур, з цього приводу Л. Бруст і Д. Штарк пишуть таке¹¹⁸:

«Сильні мережеві структури є важливим ресурсом, проте не можна сказати, що вони не несуть в собі виділених проблем. Вони можуть бути як утвореннями, що забезпечують розвиток, так і шукають свою вигоду групами розкрадачів державної скарбниці, що гальмують економічний розвиток. При яких умовах досить сильні держави можуть визнавати координаційний потенціал щодо сильних мережевих структур, не обтяжуючи при цьому держави і зміцнюючи його можливості здійснювати ефективний моніторинг цих самих мережевих структур?».

Ержебет Салаї писала про те, що трансформація власності державних підприємств, що розпочалася в Угорщині за декілька років до 1989 року, була продиктована прагненням управлінців дати поштовх процесу «спонтанної приватизації». Цей тип економічної реструктуризації не привів до створення нових ресурсів, навпаки – він дозволив зайняти стратегічно вигідне положення елітам отримати колосальну вигоду від операцій з іншими великими компаніями і комерційними банками¹¹⁹. Елемер Ганкіш відзначав, що

«управлінці... гарячково перетворюють довірені їм державні компанії в акціонерні товариства ... Вони діють як квазівласники, отримуючи непомірно високі бонуси і пільги, купують за низькими цінами акції в своїх власних компаніях і навіть організують власний приватний бізнес»¹²⁰.

¹¹⁸ Stark, David and Bruszt, Laszlo (eds.) (1998). *Postsocialist Pathways: Transforming Politics and Property in East and Central Europe*. Cambridge University Press.

¹¹⁹ Szalai, Erzsebet (1991). Integration of Special Interests in the Hungarian Economy: The Struggle Between Large Companies and the Party and State Bureaucracy. *Journal of Comparative Economics*, 15, 290–303.

¹²⁰ Hankiss, Elemer(1990). *East European Alternatives*. Oxford: Clarendon Press.

До речі, аналіз цих авторів свідчить про джерела зародження корупції в Україні, становлення її як соціального та економічного інституту після колапсу Радянського Союзу, як своєрідної протизваги надмірному дирижизму держави в економічні процеси. Водночас через вказані мережеві структури РФ з використанням корупції формує різні канали впливу на прийняття управлінських рішень і навіть актів законодавства України.

У аспекті глобалізації економічні війни мають за мету зберегти традиційно вигідне орієнтування національних ринків на глобальних акторів, що використовується для проникнення заінтересованих транснаціональних корпорацій (ТНК) на національні ринки та здійснення впливу на процес ухвалення юридичних рішень певної держави. Це виливається у використанні суверенних запозичень в якості інструменту впливу на характер законодавства та урядових рішень, прикладом чого є справа за позовом трастової компанії *The Law Debenture Trust Corporation PLC* про стягнення боргу розміром 3 млрд дол. США з України. Використання стану платіжного балансу країни може використовуватися в якості шантажу з метою впливу на зміст правових актів і тим самим рівень їх суверенності істотно знижується.

Слід також мати на увазі використання ІТ у мережі даркнет, а також поступову тенденцію до використання криптовалюти, зокрема, як гарантію виконання певних зобов'язань, реалізацію яких може забезпечуватися через виконання певного алгоритму команд, які забезпечують проведення фінансових трансакцій на їх виконання. Наприклад, BitCoin як криптовалюта ґрунтується на децентралізованій системі розподілу на зашифрованих електронних ресурсах, що потребує спеціального програмного забезпечення із відповідним секретним кодом доступу (блокчейн, тобто такий протокол самовиконуваного коду в майбутньому може замінити юристів, бухгалтерів, консультантів і банкірів), в якій генеруються трансакції з обміну цієї зашифрованої інформації, що дає

змогу накопичувати відповідну криптовалюту на криптогаманцях її володільців. Уряд не може ефективно контролювати цю децентралізовану системою, яка є фактично паралельною системою певних фінансових взаємозаліків між володільцями криптогаманців і певною мірою нагадує собою фінансові піраміди. Тим самим біткойни виступають в якості грошових ресурсів і використовуються як засіб обміну і платежів. Ця криптовалюта, яка є вельми волатильною і не забезпеченою певними якимось активами, фактично є технологізованою спробою реалізації ідеї лібертаріанців про відсутність потреби у центральному національному банку, що належить державі і що валюту можуть продукувати приватні особи.

На тлі процесів глобалізації Україні слід розширяти свої економічні пріоритети, не обмежуючись лише ринками ЄС та цілями євроінтеграції. На Сході зароджуються серйозні інтеграційні процеси, із провідними гравцями якого Україні слід і налагодити співробітництво. Як свідчить аналіз у наведеній публікації із переважною більшістю потужних та потенційно зростаючими азійськими економіки, за деякими винятками, в Україні негативне торгове сальдо¹²¹. Хоча це питання, на перший погляд, ніби опосередковано стосується правового регулювання економічних, однак воно насправді є свідченням стану економічних свобод та інституційної спроможності держави. А це є якраз питанням права.

Насамкінець, глобалізація полягає у формуванні нового економічного порядку, в основі якого лежить поєднання приватноправового та ієрархічного механізму творення правил і процедур. Наразі досвід свідчить, що в основі формування таких правил переважав приватноправовий механізм творення, зокрема у договірному праві, корпоративному праві, вирішення комерційних спорів, у сфері ІТ

¹²¹ Ерман, Георгій (2020, 20 грудня). Величезні можливості. Як Азія може змінити долю України. *BBC News Україна*. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/features-55173910>

тощо. Від активності держав та наднаціональних об'єднань, тобто ієрархічної структури, залежить творення певних інституцій, які визнають такі правила і процедури та забезпечують гарантії рівного розвитку суб'єктам комерційних відносин. Глобалізація і є на те глобалізацією, щоб формулювати певні універсальні правила, які наповнюються певним змістом у національних правопорядках з урахуванням їх інституційної та процедурної компоненти.

2.2. Економічні інституції та трансформації

У цій частині я зосереджу увагу на ціннісному та інституційному вимірі економічного конституціоналізму та особливостях його становлення у перехідних демократіях. Тут не тільки проблема первинності курки і яйця, а питання зумовленості змісту інституцій цінностями, оскільки цінності спрямовують цілі функціонування інституцій. Вони можуть програмувати діяльність учасників економічної системи та визначати роль держави як дистриб'ютора благ в економічній системі. Зокрема, Імануїл Валлерстайн вбачає у можливості будувати стратегію, заснованій на рівності та демократії, Фрідріх Гаєк на економічних свободах як основі економічного порядку, а Дарон Аджемоглу та Джеймс Робінсон більше звертають увагу на інституційні компоненти економічної системи.

2.2.1. Інституційний дизайн: національна та глобальна економіки. Дарон Аджемоглу та Джеймс Робінсон пояснюють відмінність економічних інституцій у Північній та Латинській Америках різними підходами у колонізації Американського континенту англійцями та іспанцями¹²². Різниця полягає в тому, що іспанці для швидкого оволодіння запасами срібла та золота брали у заручники

¹²² Аджемоглу, Дарон, Робінсон, Джеймс (2020). *Чому нації занепадають. Походження влади, багатства та бідності* (с. 11–35). Київ : Наш формат.

правителів місцевих держави ніби налагодження із ними дипломатичних стосунків під час переговорів і методами шантажу добивалися своєї мети. Потужні срібні рудники Потосі були побудовані на системі розподілу робочої сили між іспанцями фактично на рабській основі через інститут *encomandero*, які були сконцентровані у міті – ареалі близько на 500 тис. км. навколо Потосі. І різниця в економічному укладі земель, які були в складі міти, та інших земель відчувається і донині і не на користь перших.

Натомість, у Північній Америці процес пішов інакше – срібла і золота не виявили, форми соціальної співпраці між індіанцями були на вищому ступені на відміну від імперій-деспотій інків та ацтеків. Коли англійці заснували Джеймстаун у 1607 році у цих місцях існував союз із 30 держав Повгатан, де вже існували механізми запобіжники концентрації влади. У зв'язку із обмеженістю ресурсів та інакшим соціальним структурам індіанців використання їх у якості рабської сили було неможливим. Тому землі було передано у право користування кожному колонізаторові 50 акрів землі. Кожна колонія мала губернатора та асамблею, а при наявності інституційної основи – шерифів і мирових судів – існували гарантії верховенства права. Попри визнання на той час рабства як природного стану, все одно це питання стало предметом дебатів щодо представництва південних штатів, що пізніше втілювалося у сумнозвісну формулу про 3/5 голосу у тексті Конституції США 1787 року.

Таким чином традиції верховенства права і підзвітності та підконтрольності влади дозволяють формувати більш відкриті та конкурентні економічні інституції. Як справедливо зауважував Аннерс, при формуванні інститутів державності відіграє доступ до ресурсів, що впливає на переважання договірних або консенсуальних засад у творенні права¹²³. Тут виходить як би ситуація навиворіт, оскільки воно зумовлено підходом колонізаторів

¹²³ Аннерс, Э. (1994). *История европейского права*. Москва : Наука.

до місцевих жителів та формування доступу до природних ресурсів. В іспанців це виразилося із самого початку шляхом заручництва та поневолення місцевого населення у підневільний стан у формі *encomandero*, а в англійців – у перших спробах налагодження торговельних стосунків та формування певних економічних структур та інституцій. Тут також важливу роль відіграє якраз підзвітність і підконтрольність та існуючі вимоги верховенства права¹²⁴, які дозволяють формулювати справедливі правила і процедури, які лежать в основі реалізації економічних свобод.

Тепер оглянемо наші рідні простори, Україну. Серед таких інституцій, які кардинально впливають на економічний публічний порядок, я би виділив декілька ключових речей.

Інститут залежного стану кріпосництва, як би воно не парадоксально звучало, знайшов свою реанімацію у Речі Посполитій, коли Західна і Центральна Європа поступово про нього забула. Ключовим чинником цього стала епідемія чуми 1346–1353 років, яка отримала назву Чорної смерті. Разом з епідемією прийшла також зміна клімату, що стало причиною неврожаїв та голоду. Це мало наслідком підвищення вартості робочої сили і використання підневільної праці стало економічно не вигідним, а тому інституції на кшталт кріпацтва втратили свій сенс. Натомість, Річ Посполита через роки двісті реанімує кріпацтво, оскільки через цей інструмент експлуатації залежного селянства переважно через екстенсивні методи вирощування зернових, забезпечує експорт зернової продукції через порт Данцига. Така ресурсозалежна економіка, яка подібна до сьогоденної моделі російської економіки, призвела до стагнації і політичного порядку цієї союзної держави і наклало свій відбиток на сучасний економічний устрій України.

Розберемося чому?

¹²⁴ Френсіс, Фукуяма (2018). *Витоки політичного порядку. Від прадавніх часів до Французької революції* (с. 269–314). Київ : Наш формат.

Нагадаю, що Радянський Союз, до складу якого входила маріонеткова УРСР майже повністю відтворила ліквідоване кріпацтво у 1861 році у вигляді колгоспного устрою. Слід наголосити також на тому, що жителі села, як то було заведено при кріпосницькому укладі, до 1974 року не могли виїхати за межі села. Саме у 1974 році, тобто через рік після мого народження, у селах лише розпочали населенню видавати паспорти. По суті, система колгоспів була системою поневолення і упослідження людської гідності. Протягом майже тридцяти років незалежності України відповідні соціальні паттерни зберігалися у формі накладання мораторію на купівлю-продаж земель сільськогосподарського призначення. Також сюди слід віднести проблематику забезпечення повсюдності територіальних громад, оскільки значне число земель не було передано в управління місцевих громад задля повного розвитку місцевого самоврядування. Існування проблем у введенні земельного кадастру, ведення обліку операцій із нерухомістю та гарантій непорушності контрактів та справедливості правосуддя згідно із засадами верховенства права, лише поглиблювали ці інституційні вади. Тому на сьогодні маємо специфічну структуру економіки на ринку землі, де має місце, як і в часи Речі Посполитої значна концентрація земельних ресурсів у невеликого числа власників – на зміну магнатам прийшли крупні агрохолдинги.

Звідси інші корені проблеми інституційного дизайну економічної системи в Україні – її олігопольна структура, тяжіння до монополізму та різноманітних практик зловживання домінуючим положенням на ринку, завершуючи рейдерством. Саме по собі, домінуюче положення на ринку не є неправомірним, оскільки воно може виражати розвиток та технологічну перевагу певної корпорації на ринку, як то є з тими же Amazon, Google, Microsoft тощо. Однак при цьому мають існувати певні запобіжники, які спрямовані на нормальне функціонування ринку.

2.2.2. Цінності та інституції. Тут ми приходимо впритул до питання про співвідношення цінностей та інституцій при правовому регулюванні. Я вже одній зі статей давав огляд основних моделей втручання держави в економічні свободи¹²⁵ і тут слід додати, що на ці моделі накладають свій відбиток система цінностей. Етос в економічній діяльності відіграє значну роль, про що писали Джеймс Бюкенен, Макс Вебер, Фрідріх фон Гаек, Томаш Седлачек, Йозеф Шумпетер¹²⁶. Хоча зазначені автори по різному ставляться до питань цінностей, однак ціннісні орієнтири та установки можуть мати вирішальне значення для ухвалення рішень, що має значення для правового регулювання економічних процесів. Однак система цінностей передбачає їхнє балансування у площині економічна свобода – економічний добробут і це доволі витончена система прийняття правових актів та юридичної аргументації. Як писав Макс Вебер, етика заощаджень та підприємливості, які розглядалися як моральні чесноти у протестантів дали змогу забезпечити конкуренції на ринку та високий ступінь доходів у порівнянні із представниками інших конфесій, що видно на компаративному аналізі ефективності економічних систем країн Півночі та Півдня Європи. Відповідно до цих засад формувалася спочатку цехова корпоративна культура, яка потім стала основою корпоративного права, зокрема у Німеччині, про що підкреслює Френсіс Фукуяма¹²⁷.

¹²⁵ Савчин, М. (2018). Конституційна економіка та основні моделі втручання в економічні свободи. *Право України*, 5, 13–29.

¹²⁶ Buchanan, James M. (1977). *Freedom in Constitutional Contract: Perspectives of a Political Economist*. College Station: Texas A&M University Press ; Вебер, Макс (2018). *Протестантська етика і дух капіталізму*. Київ : Наш формат ; Седлачек, Томаш (2017). *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи*. Львів: Вид-во Старого Лева ; фон Хайек, Ф.А. (2006) *Право, законодавство, свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики*. Москва : ИРИСЭН ; Шумпетер, Йозеф А. (2011). *Теорія економічного розвитку. Дослідження прибутків, капіталу, кредиту, відсотка та економічного циклу*. Київ : Видавничий дім «Києво-Могилянська академія».

¹²⁷ Френсіс, Фукуяма (2004). *Доверие* (с. 342–359). Москва : АСТ, Ермак.

Якщо зважати на історичний розвиток української державності, то необхідно зважати на доволі істотні традиції боротьби традицій парламентаризму та авторитаризму. Однак на фоні нерозвиненості політичних структур, такі відносини знаходяться на стадії патрон-клієнтелізму. У силу цих відносин певна політична структура забезпечує просування своїх членів на керівні посади, які розглядаються як джерела доступу до розподілу обмежених ресурсів. Такі практики накладаються на інститут «кормління», який укорінився у публічній адміністрації завдяки російським впливам. Клієнтелізм та кормління є системою просування «своїх» людей по кар'єрній драбині у публічній адміністрації, формулювання відповідного етосу та правил адміністрування. Також клієнтелізм є практикою купівлі-продажу певних брендів громадських організацій та брендів, що доволі активно спостерігається на теперішніх муніципальних виборах. Така система відбору та просування службовців призводить до надмірного регулювання національної економіки, що знижує ділову активність. Як зазначав Ернандо де Сото, надмірне регулювання ринку нерухомості та обліку операцій на ньому призвело до того, що наприкінці минулого тисячоліття у Перу біля 70% нерухомості було в тіні¹²⁸. Цим пояснюються у зростанні трансакційних видатків, що може буквально паралізувати легальну економічну діяльність¹²⁹, заганняючи її у тінь. На виході ми маємо джерело корупції, оскільки вона тоді відіграє роль соціального інституту для обходу діловими колами бюрократичних рогаток. У свою чергу, клієнтела, яка зорієнтована на кормління, лише чекає такої реакції від ділових кіл. Виходить зачароване коло: дирижизм – корупція – економічна несвобода.

¹²⁸ Сото, Ернандо де (2009). *Загадка капіталу* (с. 36–43). Чому капіталізм перемагає лише на Заході і ніде більше. Київ : Ніка-Центр.

¹²⁹ Ronald, Coase (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economic*, 3.

Для цього мають значення інституційна спроможність держави. Інституційну спроможність держави слід розглядати через права людини, які послужили об'єктивним критерієм підходу КСУ у висновку від 30 липня 2015 року. У контексті економічних свобод та економічної системи, інституційна спроможність держави полягає у забезпеченні рівних можливостей у здійсненні економічних свобод, для чого мають бути організовані відповідні інституції та процедури. Зокрема, у субстантивно-матеріальному сенсі критерій економічних свобод визначає перевірку конституційних законопроектів на предмет:

- належного здійснення державою негативних і позитивних обов'язків щодо забезпечення доступу приватних осіб до певних матеріальних і духовних благ, їх законних інтересів щодо самовизначення як індивіда;

- інституційних складових функціонування владних інститутів, заснованих, зокрема, на повазі до людської гідності, недопущення дискримінації та свавілля через поділ влади та засади саморегулювання, ініціативності, доступу до управлінських послуг;

- процедурних складових державності, до яких належать засади довіри, належного розслідування та розгляду всіх істотних обставин справи, заслуховування зацікавлених осіб, змагальності у процесі, права на оскарження рішень, принципу *res judicata*.

У системному зв'язку такі компоненти визначають зміст інститутів, процедур і правил. Їхнє сутнісне наповнення забезпечується обґрунтованими судовими рішеннями, судовий активізм виправданий міркуваннями підвищенням захисту економічних свобод; забезпечення прийняття передбачуваного та якісного законодавства; наближеністю, прозорістю і демократичною підзвітністю публічної адміністрації; збалансовану систему стримувань і противаг; можливість своєчасно, оперативно і ефективно захистити національний суверенітет і територіальну цілісність України, економічний добробут населення та економічну безпеку.

2.2.3. Функції держави та економіка. Джон Лок виділяє три основні функції держави – оподаткування, регулювання та модифікації правил відповідальності¹³⁰. У свою чергу, держава має насамперед компенсувати збитки, заподіяні приватній власності у разі здійснення правового регулювання, оподаткування та зміни правил відповідальності¹³¹. При цьому, як сформулював у своїй юриспруденції Конституційний Суд України запровадження таких заходів має відповідати засадам пропорційності, тобто *«обмеження прав і свобод людини і громадянина є допустимим виключно за умови, що таке обмеження є домірним (пропорційним) та суспільно необхідним»*¹³².

Така матриця відносин зумовлює раціональність вибору, заснованого на забезпеченні балансу інтересів. Однак такий баланс впирається у проблему обмеженості ресурсів. Тому конституційна економічна теорія так і не може дати відповіді на проблему легітимності конституційних обмежень. Частковою спробою подолати такий недолік є антимонопольне законодавство, починаючи від Акта Шермана, який передбачив повноваження прокуратури США щодо переслідування фактів картельної змови трестів на ринку, що призводило до монопольного становища на ринку та обмеження свободи договору. У світлі такого досвіду в Україні слід кардинально змінити підходи у забезпеченні економічних свобод. При цьому важливими є інструменти досягнення суспільної згоди щодо засад правового регулювання економічної системи, співвідношення недержавних акторів та незалежних державних регуляторів в економічній системі, гарантій стабільності контрактів та незалежності й безсторонності правосуддя. Цілком слушно Томаш Седлачек наголошує на тому, що лібералізм не надає очевидної

¹³⁰ Лок, Джон (2004). *Два трактати про врядування*. Київ : Основи.

¹³¹ Epstein, Richard A. (1985). *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain* (p. 93, 95). Harvard University Press.

¹³² Рішення КСУ № 29-рп/2009 та № 3-рп/2015.

відповіді щодо етосу економічної діяльності та ідеї саморегулювання ринку, які насправді є взаємодоповнюваними¹³³. Згідно із доктриною соціетального конституціоналізму я тут дам спробу пояснити, які шляхи існують для подолання згаданих двох інституційних проблем для національної економіки України і які потенційні виклики існують для неї.

При проведенні економічних реформ у перехідних суспільствах слід вирішувати фундаментальні завдання – побудова інститутів ринку та соціального захисту, які є слабо розвинутими в авторитарних та традиційних суспільствах. Такі суспільства характеризуються атомізацією, тобто низьким рівнем суспільної координації та інтеграції. Згідно із теорією ігор формування правил, які б забезпечували консенсус та високий рівень ділової активності, за таких умов є складним і навіть неймовірним процесом, оскільки вони потребують значну координацію зусиль учасників економічних відносин. Це пов'язано з тим, що формування легітимних правил ґрунтується на доступі до інформації, можливості на цій основі досягати згоди щодо взаємовигідних умов реалізації свободи економічної діяльності. Як свідчить емпіричний досвід, досягнення згоди щодо взаємовигідних правил поведінки ґрунтується на максимізуючому підході, який у кінцевому результаті дає змогу сформулювати правила, що визначають конкретні механізми забезпечення балансу інтересів між суб'єктами економічної діяльності. Доволі складно це пояснити з точки зору раціональності поведінки, оскільки цілепокладання конкретного учасника може входити у суперечність із економічною системою, що зачіпатиме публічний економічний порядок. На перший план тут виходять додержання державою стандартів верховенства права, доброго урядування та пропорційності при повазі до економічних свобод.

¹³³ Седлачек, Томаш. *Економіка добра і зла*.

Тому метою економічних реформ є забезпечення соціальної інтеграції у сфері економічної реформи, яка має бути забезпечена належними правилами, процедурами та інститутами економічної системи на засадах відкритості інформації та доступу до ресурсів. Соціальна інтеграція у рамках економічної системи досягається завдяки сталого розвитку, що зумовлено обмеженістю в ресурсах. Необхідною умовою цього процесу є становлення «економічного громадянства», побудованого на засадах раціональності, вільної ініціативи, індивідуальної мобільності з урахуванням можливостей та якостей, соціальної інтеграції з його обов'язками та відповідальністю задля зростання добробуту, формування об'єднань задля участі в економічній діяльності¹³⁴. Соціальна інтеграція досягається завдяки забезпечення добробуту та гарантій реалізації економічних свобод як невід'ємної складової свободи розвитку особистості, що забезпечується конституційними засобами (стаття 23). За таких умов свобода розсуду уряду й адміністрації має бути обмежена розумними рамками виключно на основі закону як результату консенсусу в суспільстві. Ступінь втручання публічної влади у сферу економічної свободи має бути збалансованими і не посягати на сутність її змісту. Тому при проведенні економічних реформ є виправданим формування інститутів економічної системи, які мають неухильно слідувати економічним правилам і процедурам і володіти достатньою свободою саморегулювання, оскільки економічні процеси за своєю природою є динамічними і не можуть підлягати надмірному законодавчому регулюванню¹³⁵.

Останнім часом говорять про звуження ролі держави. Про відмирання ролі держави говорить Імануїл Валлерстайн¹³⁶,

¹³⁴ Kanishka, Jayasuria (2006). Economic Constitutionalism, Liberalism and the New Welfare Governance (pp. 5–6). In: *The Neoliberal Revolution: Forging the Market State*. London: Palgrave MacMillan.

¹³⁵ Савчин, М.В. (2012). Економічний конституціоналізм і Конституційний Суд України. *Юридична наука*, 4, 327–38.

¹³⁶ Валлерстайн, Иммануил (2001). *Анализ мировых систем и ситуация в современном мире* (с. 387 и след.).

про «обмежену державу» вказує архітектор економічних реформ у Польщі Лешек Бальцерович¹³⁷. При цьому слід наголосити на авторитетності висновків Бальцеровича, оскільки закладена ним економічна основа Польщі дала змогу витримати рецесію 2007–2010, коли економіка країни на відміну від інших держав-членів ЄС зберегла позитивну динаміку, хоча і дещо сповільнилася. Ще більш радикальну позицію посідає Роберт Нозік, згідно з яким має існувати «мінімальна держава», яка обмежується «функціями захисту всіх громадян від насильства, крадіжок і шахрайства, а також наглядом за додержанням контрактних зобов'язань»¹³⁸. Насправді можуть використовуватися різні моделі втручання держави, які ми вже розглянули вище. Однак при цьому найбільш характерним має стати перерозподіл повноважень згідно засад субсидіарності та пропорційності. А принцип субсидіарності імпліцитно включає гарантії економічних свобод, зокрема свободи підприємницької діяльності та вибору роду занять, які й так є предметом атак з боку надмірного дирижизму урядів і які мають захищатися судами.

2.3. Перехідна економіка та демократична підзвітність

Тепер людська цивілізація перебуває на стадії переходу до четвертої стадії свого розвитку. Раніше розвиток цивілізації поступальні переходили до (i) осілого життя з його аграрною революцією до так званого (ii) осьового часу, коли виникла етика, релігія і юриспруденція та завершуючи (iii) індустріалізацією, якому відповідали

¹³⁷ Бальцерович, Лешек (2007). *Навстречу ограниченному государству* (с. 13 и след.). Москва : Новое издательство.

¹³⁸ Nozick, Robert (1974). *Anarchy, State, and Utopia* (p. 26). New York : Basic Books.

засади ієрархії її побудови. Сьогодні у зв'язку (iv) із постіндустріальністю та необхідністю перегляду ієрархічних структур на горизонтальні все більшого значення набувають інституції, правила і процедури у рамках концептів глобалізації та сталого розвитку людства¹³⁹. Як на мене, три рівні вирішення викликів для перехідних економік, наведених у першій частині цієї роботи, зокрема і для національної економіки України: (i) економічний конституціоналізм; (ii) регуляторна держава та (iii) демократична підзвітність і підконтрольність економічних інститутів. Тут я лише дозволю інтегрувати вже те, що я вже писав на тематику конституційних засад економічних свобод.

2.3.1. Економічний конституціоналізм та перехідна демократія. Проблемою перехідних конституційних демократій є утвердження незалежного і безстороннього правосуддя, що має значення для забезпечення стабільності контрактів та їх додержання контрагентами¹⁴⁰. Звісно, що у цій системі координат суд має демонструвати зваженість та розсудливість при ухваленні рішень. Це питання економічного конституціоналізму, який окреслює відповідність владних рішень засадам верховенства права та їх судових

¹³⁹ Це стало предметом аналізу у доповіді Римського клубу 2019 року «*Come On! Capitalism, Short-termism, Population and the Destruction of the Planet*», в якому основними викликами людства розглядаються питання гармонії людства із природою, виклики, пов'язані зі штучним інтелектом, досягнення якого можуть використати багатії для впровадження суворої кастової ієрархії на базі використання ШІ у якості нейрокомп'ютерних інтерфейсів для формування раси надлюдей. Окремі моменти цих проблем досліджуються у доктринах багаторівневого конституціоналізму (Pernice, Ingolf (2009). *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action. Columbia Journal of European Law*, 3(15), 349–407), глобалізації (Dunoff, Jeffrey L., Wiener, Antje, Kum, Mattias, Lang, Anthony F. Jr. and Tully, James (2015). *Hard times: Progress narratives, historical contingency and the fate of global constitutionalism. Global Constitutionalism*, 4, 1–17; Poul, Kjaer F. The Concept of the Political in the Concept of Transnational Constitutionalism: A Sociological Perspective. In: Jorges, Christian, Ralli, Tommi (Eds.): *After Globalization – New Patterns of Conflict and their Sociological and Legal Reconstruction*. Oslo: Arena, 2011. p. 285–231) та біоетики в праві (Lavazza A (2018) *Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Prosthesis. Frontiers in Neuroscience*. 12:82; Ienca, M., and Andorno, R. (2017). *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. Life Sci. Soc. Policy*, 13, 5).

¹⁴⁰ Савчин, М. (2018). Конституційна економіка та основні моделі втручання в економічні свободи. *Право України*, 5, 21.

контроль. Це дає можливість захистити економічні свободи та обмежити владне свавілля. Перехідним економікам притаманне вирішення дилеми першості економічних та політичних реформ. У рамках інституційного підходу тут питання скоріше вирішуються комплексно – для ефективного функціонування економічної системи та забезпечення економічних свобод мають діяти хоча би на задовільному рівні інституції ринкової економіки. Проблема перехідної економіки України носить подвійний характер – відмова від посттоталітарної і постколоніальної інституційної складової.

Посттоталітарна компонента, ще йменована командно-адміністративною системою, характеризується дирижизмом, тобто істотним втручанням уряду в економічні процеси. Якщо після колапсу Радянського Союзу та створення незалежної України уряд відмовився напряму від планування та від розподілу продукції на ринку, натомість значних зрушень щодо гарантій приватної власності та зменшення втручання держави у свободу договору не відбулося. Власне це і є ключовим чинником низької інвестиційної привабливості України, що її так відкидає істотно у світових рейтингах економічних свобод (станом на кінець 2020 р. Україна посідає 134 позицію у світовому рейтингу із індексом 54,9 (категорія переважно невеликих країн), який піднявся на 2,6 пункти за рік)¹⁴¹. Добрим тестером тут є також міркування неомарксиста Імануїла Валлерстайна, що, як би то не було дивним, економічну систему КНР доволі складно віднести до системи соціалізму¹⁴². Про це так само свідчать ступінь гарантованості економічних і соціальних прав у цій країні. Загалом, держава рідко коли забезпечує справедливість розподілу ресурсів в економічній системі – це виправдано хіба що для цілей соціального захисту, коли є визначені його адре-

¹⁴¹ 2020 Index of Economic Freedom. *Heritage*. URL: <https://www.heritage.org/index/ranking>

¹⁴² Валлерстайн, Иммануил (2001). *Анализ мировых систем и ситуация в современном мире* (с. 31–32).

сати. Однак планування заперечити повністю не можна – це є складовою алокації публічних фінансів та впровадження стратегій та національних і регіональних програм економічного розвитку.

За таких умов свобода розсуду уряду й адміністрації має бути обмежена розумними рамками виключно на основі закону як результату консенсусу в суспільстві. Ступінь втручання публічної влади у сферу економічної свободи має бути збалансованими і не посягати на сутність її змісту. Тому при проведенні економічних реформ є виправданим формування інститутів економічної системи, які мають неухильно слідувати економічним правилам і процедурам і володіти достатньою свободою саморегулювання, оскільки економічні процеси за своєю природою є динамічними і не можуть підлягати надмірному законодавчому регулюванню¹⁴³. Таким чином, вимоги верховенства права як складник економічного конституціоналізму передбачає формування ринкових інститутів та правил їх функціонування. Це має критичне значення для визначення збалансованих і раціональних цін на ринку, які мають встановлюватися через ринкові інструменти – біржі, публічні торги та незалежні регулятори.

Інша проблема – яку модель трансформації обрати, що є чи не ключовим питанням для перехідних конституційних демократій: надати перевагу політичним реформам чи надати пріоритет економічним реформам або вирішувати це комплексно. Я лише наведу приклад із законодавчим мораторієм щодо земель сільськогосподарського призначення, який визнаний Європейським судом з прав людини таким, що порушує право на мирне володіння майном¹⁴⁴. На ці речі впливають маркери економічних інституцій, які мають тяглість із формуванням кріпосництва (залежного статусу)

¹⁴³ Савчин, М. (2012). Економічний конституціоналізм та Конституційний Суд України. *Юридична наука*, 4, 38.

¹⁴⁴ Зеленчук і Цицюра проти України, заяви № № 846/16 та 1075/16, від 22 серпня 2018.

українських селян у Речі Посполитій та Російській імперії, чого вже у той час не знала Західна Європа, радянських колгоспів.

Постколоніальна спадщина полягає у зниженні залежності української економіки від різних сегментів російської економіки, яка власне тут є економікою колишньої метрополії. Як засвідчив судовий процес по запозиченням 3 млрд дол США урядом Миколи Азарова через офшорну компанії, кінцевим бенефіціаром якої було Міністерство фінансів РФ. Як виклала свої аргументи українська сторона у цій справі, на фоні втрати Україною доступу до кредитів за лінією МВФ, СБ, ЄС, ЄБРР, які є дешевшими, російська сторона прибігла фактично до своєї економічної війни, наклавши ембарго на низку стратегічно важливих товарів, які експортували українські виробники на російський ринок. Тому у цьому відношенні критично важливою є грамотна ділова практика самих учасників економічних відносин та здійснення заходів з боку держави (митна, фіскальна та регуляторна політика).

2.3.2. Регуляторна держава. Загальною тенденцією у розвитку ролі держави в економічних процесах стало посилення регулюючої ролі держави. З іншого боку, це призвело до надмірного дирижизму держави, зокрема в економічних процесах. Про це ще майже півстоліття назад відзначав у Бруно Леоні, говорячи про інфляцію законодавства у Європейських Співтовариствах та їх країн-членів, насамперед за рахунок актів виконавчої влади¹⁴⁵.

Після ухвалення Конституційним Судом України доволі контраверсійного рішення по скарзі Запорізького заводу феросплавів на порядок денний стало питання ролі органів влади, які займають проміжне положення між органами законодавчої та виконавчої влади. Адже принцип поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову визначає загальний функціонал сучасної державності – розмежування влади по горизонталі з метою недопущення її

¹⁴⁵ Леоні, Бруно (2008). *Свобода и закон*. Москва : ИРИСЭН.

концентрації та зловживання нею. Водночас при здійсненні урядування низка питань, які потребують оперативного вирішення стають предметом безуспішних гострих політичних дебатів чи сферою зіткнення інтересів бізнесових кіл чи сфери бізнесу і споживачів. Невирішеність питань щодо їх правового регулювання може породити кризові явища, які пов'язані із такими процесами, як уніфікація правил торгівлі, визначення механізму цін на певних ринках, банківського проценту або розподіл ролей на ринку товарів чи послуг щодо доступу до певних благ. У згадуваному рішенні Конституційного Суду (далі – КСУ), як для нас, доктрина зупинилася на рівні дискусій сторічної давнини, яка тривала у американській чи європейській юридичній літературі. Це стало одним із руйнівним фактором так званої конституційної кризи в Україні, яка триває до цих пір, коли пишуться ці рядки.

В американській конституційній доктрині проблематика незалежних державних агентств постала на зламі XIX–XX століть, коли значне коло питань економічного характеру складно було провести через рішення Конгресу США¹⁴⁶, зокрема щодо будівництва залізниць, які перебували у приватній власності, та впровадження передових технологій і впровадження ефективного ресурсозбереження у лісовому господарстві. У результаті складних процесів консультацій та узгодження політик у Конгресі та впровадження конгресових рішень у життя поступово виникають незалежні агентства, які здійснюють певні регуляторні повноваження, які не можуть бути вирішені політичним шляхом, а потребують прийняття рішень фахівцями з публічного урядування у конкретній сфері¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Френсіс, Фукуяма (2018). *Політичний порядок та політичний занепад. Від промислової революції до глобалізації демократії* (с. 171–204). Київ : Наш формат.

¹⁴⁷ George Warp, *Independent Regulatory Commissions and the Separation of Powers Doctrine*, 16 *NOTRE DAME LAW*. 183 (1941); Haines C.G. *Effects of the Growth of Administrative Law upon Traditional Anglo-American Legal Theories and Practices*, 26 *Ai. PoL. Sci. Rv.* 875 (October, 1932); Brown R.A. *Administrative Commissions and the Judicial Power*, 19 *MwNn. L. Rv.* 261 (February, 1935).

Зростання професійної і безсторонньої бюрократії на противагу політичним механізмам ухвалення рішень у стінах Конгресу зумовлюють підвищення ролі незалежних державних агентств. По суті, вони посідають проміжне місце законодавчою і виконавчою владою, будучи підзвітними і відповідальними перед Конгресом та незалежними перед Адміністрацією Президента з гарантіями незалежності їх очільників. Вони також виконують функції, які носять квазісудовий характер, водночас посадовці незалежних державних агентств несуть відповідальність за належне здійснення своїх повноважень у судовому порядку, тобто юридичні акти незалежних державних агентств підлягають судовому переглядові на відповідність верховенству права та вимог належної процедури.

Концепт регуляторної держави полягає в тому, що з інституційної точки зору саме незалежні державні агентства складають основу правового регулювання в економічній сфері, яка є поширеною у компаративній літературі з конституційного і адміністративного права. Складовими цього концепту є: 1) принципи конституційного і адміністративного права; 2) делегування повноважень; 3) належна правова процедура; 4) діяльність незалежних агентств та 5) судовий контроль над актами незалежних державних агентств¹⁴⁸. Створення таких незалежних регуляторів зумовлено потребами дистанціювання ухвалення рішень в економічній сфері від впливу політиків та ділових кіл¹⁴⁹. Також це зумовлено тим, що закони не повинні надмірно деталізувати правила функціонування ринку, які слід дати на відкуп професійним службовцями, які мають враховувати основні тенденції на ринку і, виходячи із них, конкретизувати і деталізувати положення законів. При цьому існує ситуація навіть не делегування повноважень, а уповноваження

¹⁴⁸ Савчин, М. (ред.) (2020). *Правове регулювання та економічні свободи і права* (с. 39–40). Ужгород: РІК-У.

¹⁴⁹ Rosenberg, Michel and Sajo, Andras (eds.) (2013). *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law* (pp. 673–674). Oxford University Press.

незалежних регуляторів, оскільки вони конкретизують правила на основі Конституції і законів. Правда, діяльність незалежних регуляторів на кшталт національних комісій з енергетики, телебачення і радіомовлення, Національної служби здоров'я, Фонду гарантування вкладів тощо інтенсивно атакується з боку ділових кіл, які посідають монопольне або домінуюче положення на ринку. І це не дивно, адже поведінка того ж Ігоря Коломойського, що через афілійовані структури використовує навіть інститут конституційної скарги, нічим не відрізняється від аналогічної практики використання *recurso de amparo* (звернення до захисту) мексиканського крупного біржового гравця Карлоса Сліма, володільця компанії *Telmex*, яка посідала монопольне становище на ринку телефонії, міжміських переговорів та міжнародних дзвінків¹⁵⁰. Тут відіграє критичну роль лояльність публічних службовців до цінностей конституційної демократії, зокрема захисту вільної та добросовісної конкуренції, запобігання зловживанню монопольному чи домінуючому положенню на ринку.

Проблема усвідомлення та осмислення появи нових за статусом органів у державному механізмі та співставлення їх компетенції із конституційними текстами і традицією, що встановлює три галузі влади, не є новим у світовій практиці. Так, у справі *Humphrey's Executor v US* ще у 1935 році Верховний Суд США прийшов до висновку, що повноваження агентства реалізуються без втручання виконавчої влади, а, отже, повинні бути вільними і від контролю з боку виконавчої влади (Президента та його адміністрації у випадку США). А виконавчі функції агентство реалізує у тому обсязі – на відміну від виконавчої влади в конституційному розумінні – у якому реалізує свої квазізаконодавчі чи квазісудові повноваження, або як орган законодавчої чи судової влади. Також,

¹⁵⁰ Аджемоглу, Дарон, Робінсон, Джеймс (2020). *Чому нації занепадають. Походження влади, багатства та бідності* (с. 38–39).

з тексту рішення зрозуміло, що Конгрес, створюючи квазізаконодавчі органи, вправі вимагати від них виконувати свої обов'язки незалежно від виконавчого контролю, може встановити період протягом якого вони діють, а також заборонити їх ліквідацію.

Подібна справа розглядалася також у 1986 році *Synar v US*, де піднімалося питання очевидності, на відміну від 1930-х років, що можуть бути такі речі, як незалежні регуляторні агенції, що навіть теоретично бажано ізолювати їх від демократичного поділу влад. Сторони стверджували, що виконувати закони повинен Президент, тому в рамках реалізації виконавчих функцій агентства є агентами виконавчої влади. Вони не є ні «квазі», ні «незалежними», а органами виконавчої влади в класичній системі поділу влад. Однак, суд у рішенні підтвердив незалежність агентств.

Так у літературі підкреслюється, незалежні регуляторні комісії сильно вкорінені в американській державній практиці, а думка про те, що традиційна адміністративна структура може бути неконституційною, лякає¹⁵¹.

В той же час, мова йде не тільки про Сполучені Штати Америки. На даний час в Україні діють чотири органи, які є державними колегіальними органами, що мають регуляторні повноваження та не входять до жодної з гілок влади. Це Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку та Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг.

2.3.3. Демократична підзвітність і підконтрольність економічних інститутів. До економічної демократії відносяться такі засади: рівність видів власності та гарантії права приватної влас-

¹⁵¹ Pünder, Hermann (2009, March 24–25). Democratic Legitimation of Delegated Legislation. International Conference «Convergence and Divergence of Law: German and Israeli Perspectives», Tel Aviv.

ності, свобода економічної діяльності, зокрема підприємницької діяльності та вибору професії або виду занять, свобода конкуренції та гарантії прав споживачів, гарантії участі працівників в управлінні справами підприємства.

На мікрорівні економічної системи економічна демократія полягає в управлінні корпоративними правами. На макрорівні ці відносини полягають у визначенні певної моделі корпоративних відносин та втручання держави у здійснення корпоративних прав з метою забезпечення соціального партнерства між роботодавцями і працівниками, підприємцями та споживачами¹⁵².

Вади демократичної підзвітності були очевидними в Україні після колапсу Радянського Союзу, коли розпочалася приватизація. Адже Верховна Рада була обрана на виборах у 1989 році, ще коли існував Союз. Це мало наслідком прийняття неякісного приватизаційного законодавства, яке не передбачало ринкові інструменти встановлення вартості цінних паперів, демократичного контролю за прозорістю дотримання процедур і правил приватизації державного майна. За таких умов колишня партноменклатура, маючи доступ до інсайдерської інформації, організовувала формальні торги, які не відповідали критеріям прозорості та демократичної підзвітності. На сучасному етапі, відсутність Адміністративного процедурного кодексу та наявність всупереч засад верховенства права спеціальних законів про особливості приватизації окремих майнових комплексів на кшталт Укррудпрому чи комплексу імені Ілліча, призводить до численних зловживань у відчуженні публічного майна на користь приватних бенефіціарів. Так само, енергетична криза, яка виникла у 2020 році внаслідок млявості Антимонопольного комітету та Національної комісії енергетики і регулювання комунальних послуг, призвела до зростання цін на

¹⁵² Савчин, М. (2011). Економічна демократія та право на свободу підприємницької діяльності. *Часопис Київського університету права*, 4, 194.

енергетику в Україні вище за ціни в країнах Європейського Союзу. Тому прозорість процедур та додержання вимог належної правової процедури при розслідування недобросовісної ділової практики є основою демократичної підзвітності учасників економічних відносин. Для розуміння природи цих процесів необхідно розглянути деякі економічні теорії, які лежать в основі правового регулювання комерційної діяльності.

i) Концепція трансакційних видатків Річарда Коуза. Дана теорія¹⁵³ ґрунтується на тому, що будь-яка угода потребує певного часу і зусиль, що має матеріальний вимір і впливає на кінцеву ціну продукту, послуги чи товару на ринку. З точки зору правового регулювання теорія трансакційних видатків Коуза означає принаймні такі речі: а) правове регулювання контрактів та гарантії їх додержання, зокрема реєстрацію операцій з нерухомістю; б) правове регулювання, пов'язане із ліцензуванням певних видів економічної діяльності, квотуванням виробництва певних видів продукції, надання дозволів на будівництво чи сертифікацією товарів, послуг. Згідно з цією теорією втручання держави має бути збалансованих, оскільки порушення балансу втручання в економічні свободи є джерелом корупції, а також сповільнення економічного розвитку. Разом з тим, ця теорія також пояснює породження корупції як соціального інституту, який знижує трансакційні видатки, що пов'язано із постколоніальним минулим чи подоланням авторитарних практик правління.

ii) Вартісна теорія Річарда Познера. Згідно із Познером¹⁵⁴ в основі економічного аналізу конституції лежить аналіз допустимих меж втручання держави у сферу економічних свобод шляхом з'ясування цілей і принципів конституції, принципу поділу влади, прав людини, зокрема з точки зору вимог їх процесуальних гарантій

¹⁵³ Коуз, Р. *Фирма, рынок и право.* (Дело 1993).

¹⁵⁴ Познер, Р. (2004). Экономический анализ права. *Экономическая школа* (Т. 2, с. 829–838).

(належна правова процедура) та проблема обґрунтованості рішень органів публічної влади з точки хору їх правової визначеності та додержання вимог процедури.

На подібній позиції також стоять Нільс Петерсен та Емануель Тоуфай¹⁵⁵, які розглядають в такій якості конституційні цілі по обмеженню влади та гарантій прав людини як критерію втручання в економічні свободи з боку держави. Принцип пропорційності розглядається ними як сутнісна характеристика ступеня втручання держави в економічні свободи, наслідком чого є визначення сутнісного змісту економічних свобод, який за жодних умов не може бути порушено. Також розглядається принцип рівного ставлення до кожного як нормативна основа правового регулювання економічних свобод та запобігання дискримінації, зокрема, щодо гарантування свободи конкуренції, обмеження монополізму та забезпечення рівного доступу до ресурсів та рівного і справедливого розподілу ресурсів. Автори покладають додержання зазначених вимог як основу стандартів правового регулювання економічних свобод.

iii) Теорія цінностей Джеймса Б'юкенена. На відміну від попередніх концепцій Б'юкенен розглядає втручання в економічну систему насамперед з точки зору визнання певних цінностей, які служать основним критерієм правомірності рішень публічної адміністрації¹⁵⁶. Йозеф Шумпетер розглядав економіку як цілісну систему, параметри якої є взаємоузгодженими, розвиваються на основі свободи та поєднують у собі економічний розвиток в рамках економічних циклів¹⁵⁷. На циклічній природі економічних процесів

¹⁵⁵ Petersen, Niels and Towfigh, Emanuel V. (2015). *Economic Methods and legal reasoning* (pp. 1–17). University of Muenster.

¹⁵⁶ Buchanan, James M. (1977). *Between Anarchy and Leviathan*. Chicago University Press ; Brennan, Geoffrey and Buchanan, James M. *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*. Academic.).

¹⁵⁷ Шумпетер, Йозеф А. (2011). *Теорія економічного розвитку. Дослідження прибутків, капіталу, кредиту, відсотка та економічного циклу* (с. 21 і наст., с. 203 і наст.). Видавничий дім «Києво-Могилянська академія».

наголошують Фернан Бродель та Микола Кондратьєв¹⁵⁸. Економічна система цілком згідно із висновками Нікласа Лумана є автопоеитичним конгломератом. Вона є відкритою і самодостатньою, що служить запобіганням випадків ентропії у формулюванні правил¹⁵⁹, що у законотворенні означає надмірне втручання держави в економічні свободи у формі численних суперечливих правових актів, маса яких накопичується і ускладнює ділову та економічну активність акторів. Насмкінець, Томаш Седлачек наголошує на тому, що лібералізм не надає очевидної відповіді щодо етосу економічної діяльності та ідеї саморегулювання ринку, які насправді є взаємодоповнюваними¹⁶⁰.

На початку ХХ століття американський вчений Чарлз Берд зазначав, що конституція налаштовує уряд сприяти утриманню благ і передачі благ невеликій меншині людей, дбаючи насамперед їхнім безпосереднім майновим інтересам¹⁶¹. На противагу цьому, Річард Познер підкреслює, що розподіл благ в конституційній економіці не здійснюється за такою лінійною схемою, цей розподіл більш структурований: а) насамперед, від людей можна очікувати, що вони діятимуть у власних інтересах; б) переслідуючи власний інтерес, люди реагують на стимули передбачувано; та в) переслідуючи власні інтереси, люди, беручи участь у добровільному обміні, можуть принести користь не лише собі, а й суспільству, оскільки такий добровільний обмін спрямовує ресурси на їх найбільш цінне використання¹⁶². Джонатан Мейсі зазначає, що інтерес громадян

¹⁵⁸ Бродель, Фернан. (1997). *Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм. XV–XVIII ст.* Час світу (Т. 3). Київ : Основи ; Кондратьєв, Н.Д. (2002). *Большие циклы конъюнктуры и теория предвидения: Избранные труды.* М. : Экономика.

¹⁵⁹ Ніклас, Луман (2004). *Общество как социальная система* (с. 29, 67). М. : Логос.

¹⁶⁰ Седлачек, Томаш (2017). *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи.* Львів : Вид-во Старого Лева.

¹⁶¹ Charls, Beard 1913. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States.* New York : The Macmillan Company.

¹⁶² Richard, Posner (1986). *Economic Analysis of Law* (3d ed., pp. 3–10). Boston : Little, Browne and Co.

до постконституційної політики проявляється у формі фракцій чи спеціальних груп інтересів, метою яких є здійснити перерозподіл благ для себе як населення в цілому¹⁶³. Для цього уряд здійснює регулювання на ринку, зокрема такі делікатні сфери, як монополії та їх обмеження, боротьба із недобросовісною конкуренцією.

В Україні у цій сфері важливу роль покликаний виконувати Антимонопольний комітет. У цьому відношенні АМК виступає своєрідним дистрибутором благ між фракціями на ринку, оскільки може вживати заходів щодо демонополізації ринку шляхом реорганізації компаній, які посідають монопольне положення шляхом їх поділу або розподілу (*unbundling*) функцій газовидобування, транспортування та продажу споживачам газу щодо НАТ «Нафтогаз України». Звісно, що таку справу краще віддати незалежному державному агентству, тобто АМК, оскільки як законодавець, так і уряд, будуть просувати політичні за характером рішення, спрямовані у русло концентрації благ в одних руках для отримання суперенти та використання домінуючого положення на ринку.

Врешті-решт, якщо аналізувати демократичний конституційний порядок як відносини між принципалом і агентом, в якому люди покладаються на політиків як агентів, щоб задовольнити їх колективні вимоги, то виходить таке. Якщо народ є принципалом, від імені якого створена конституція, то дизайн конституційно прийнятих рішень повинен відповідати необхідності контролю за цими політичними агентами¹⁶⁴. Звідси, важливість судового перегляду юридичних актів незалежних агентств на предмет верховенства права та додержання вимог належної правової процедури.

З цього приводу не можу обминути обставини ухвалення рішення Конституційним судом України № 13-р/2020, яким визнано

¹⁶³ Macey, Jonathan R. (1987). Competing Economic Views of the Constitution. *Geo. Wash. L. Rev.*, 56, 57–58.

¹⁶⁴ Ginsburg, Tom (2002). Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts. *Theoretical Inquiries in Law*, 3.1, 51.

низку положень антикорупційних законів неконституційними, оскільки, на думку КСУ, вони вводять контроль виконавчої влади над судовою владою, чим посягають на незалежність судової влади. Так судді Василь Лемак та Сергій Головатий в окремих думках наголосили відповідно, що дане рішення не відповідає критеріям належної юридичної аргументації та питання стосувалося насамперед демократичної підзвітності суддів, а не їх незалежності, оскільки за цим рішенням визнано неконституційним електронне декларування доходів та видатків суддів. Дійсно, з точки позиціонування суддівської незалежності вимога електронного декларування суддів своїх доходів і видатків не може розцінюватися як форма впливу на здійснення конституційного чи загального судочинства. Це є засобом демократичної звітності та підконтрольності суддів громадянському суспільству. Такі самі стандарти стосуються і посадовців у системі публічної адміністрації, які мають бути безсторонніми та незалежними.

Висновки

Щоб визначитися із моделлю втручання держави в економічні моделі, треба відповісти на питання щодо ступеня гарантованості економічних свобод. Система цих гарантій базується на конституційних цінностях, які виражають консенсус щодо цільових установок учасників економічних відносин, їх цілепокладання. Ключовими чинниками натеper виступають трансформація процесів глобалізації та регіональної економічної співпраці держави, від чого змінюються функції держави. Конвергенція держави та приватного сектора виражається у диджиталізації економіки та зростання ролі штучного інтелекту в економічних процесах, що впливає все більше на зміст правил і процедур на ринку. Оскільки за таких умов змінюється структура професій та зайнятості, це зумовлює розширення сфери інтелектуальної діяльності людства.

Ключовим чинником трансформації українського конституціоналізму є відмова від постколоніальних практик урядування як відносин ієрархії. На їх заміну приходять відносини гетерархії, які поєднують субординацію та горизонтальні зв'язки. Правила визнання правил через поєднання приватно-правового і публічного механізму творення права стають на порядок денний. Так само успіх економічних реформ пов'язані із існуванням належних інституцій, що складно уявити без політико-правової складової. До таких інструментів належить судовий конституційний перегляд, безсторонне і незалежне публічне урядування зокрема у діяльності незалежних державних агентств, які є рівновіддаленими від політичних інститутів та бізнесових кіл. Економічні структури мають бути вплетені у збереження довкілля, розгортання структури медичного забезпечення та надання доступних і якісних адміністративних послуг населенню.

Таким чином, ціннісні установки та орієнтири щодо конкурентоспроможності, належної ділової практики на ринку забезпечують через інструменти економічного конституціоналізму, регуляторної держави та демократичної підзвітності. Засобами їх забезпечення служать верховенство права, незалежні державні регулятори та вимоги прозорості й належної правової процедури.

Розділ 3

Правова глобалістика та економічні системи

Вступ

3.1. Національний суверенітет та транснаціональність у правовому регулюванні економічної системи

3.2. Юридичні інструменти забезпечення національних інтересів та міжнародне співробітництво у сфері економіки

3.3. Право на епідемічну безпеку та економічна система: національність та транснаціональність

3.4. Трансгуманізм: основні тенденції розвитку

Висновки

Вступ

У цій частині роботи буде розглянуто еволюцію національного суверенітету через призму транснаціональності у правовому регулюванні економічної системи, а також за допомогою юридичних інструментів забезпечення національних економічних інтересів. На прикладі забезпечення епідемічної безпеки буде розкрито особливості взаємодії національного та транснаціональних елементів, а також основні тенденції розвитку трансгуманізму. У якості ключових критеріїв цього процесу розглядаються людська гідність, цілісність індивіда та роль свободи розвитку індивіда у здійсненні економічних свобод.

3.1. Національний суверенітет та транснаціональність у правовому регулюванні економічної системи

Ключковою проблемою у взаємодії національного і транснаціонального у праві є не настільки забезпечення суверенітету, наскільки демократична підзвітність і підконтрольність влади. Адже тут суверенітет нікуди не зникає – він залишається атрибутом публічної влади. Насправді ми спостерігаємо процес перерозподілу і передачі влади по щабелям влади.

Тут виникає явище кумулятивного ефекту при здійсненні владних повноважень, яке вимагає їхнього збалансування. І чим вище рівень влади, тим більше виникає питань їх демократичної легітимізації.

З іншого боку тут зачіпаються доволі делікатні питання щодо формування правил і процедур, які набувають все більш децентралізованого характеру, що впливає із явища юридичного плюралізму. Сама по собі економічна система пов'язана тісно зі сферою свободи, що і викликає насамперед приватно-правовий механізм формулювання правил і процедур, а також визначення певних форм солідарності, яке лягає в основу концепту міжнародного громадянського суспільства як предтечі локальних та глобальних транснаціональних структур.

3.1.1. Економічні свободи та національний суверенітет: контраверсії та обов'язок захисту. Я виходжу із концепту мереживо-центричної влади¹⁶⁵ при обґрунтуванні демократичної легітимності транснаціональної влади. Під транснаціональною владою, з одного боку, маються на увазі класичні міжнародні інституції, які діють на рівні ООН, так і окремі інституції на кшталт Світового банку, Світової організації торгівлі тощо. З другого боку,

¹⁶⁵ Савчин, М. (2020). *Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму* (2-ге вид., с. 501–503). Одеса : Видавничий дім «Гельветика».

транснаціональну владу складають наднаціональні об'єднання, яке на сьогодні репрезентовано наразі Європейським Союзом, яке наразі є регіональним об'єднанням, правові принципи і норми якого володіють верховенством щодо положень національного законодавства його держав-членів.

Наразі привідним паском формування транснаціональності служить приватноправова сфера, основу якої складає *Lex Mercatoria*, яка має вирішальну роль у динаміці розвитку зобов'язального права та гарантій добросовісного виконання зобов'язань по договорах. На сьогодні *Lex Mercatoria* отримало свій розвиток через приватноправові інструменти у рамках Міжнародного уніфікації міжнародного приватного права (UNIDROIT).

Зокрема, згідно із Преамбулою Принципів УНІДРУА існує можливість їх використання як субституту національного права, що підлягає застосуванню у разі, якщо конкретне положення такого права надзвичайно складно або навіть неможливо встановити. Подібна ситуація може бути наслідком: а) недоступності джерел права певної країни (для латиноамериканців – законодавство Придністров'я або Абхазії, для українців – законодавство Еритреї або Східного Тимору, тобто невеликих, віддалених країн з невизначеним правовим статусом, які не укладають договорів про правову допомогу); б) відсутності в правовій системі положення, здатного врегулювати питання, що виникло¹⁶⁶.

Застосування *Lex Mercatoria* верифікується насамперед через судову практику. Прикладом може слугувати визнання Американською асоціацією адвокатів (ABA, *American Bar Association*) у якості власне як природного права *law merchant* при вирішенні спорів, пов'язаних з Інтернетом¹⁶⁷. Тут просто існують певне різночитання,

¹⁶⁶ Смитюх, А.В. (2002). *Lex Mercatoria* и национальное право. *Юридична практика*, 1(211). URL: <https://pravo.ua/articles/lex-mercatoria-i-nacionalnoe-pravo/>

¹⁶⁷ Sachs, S. (2005). From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant'. *American University International Law Review*, vol. 21, 685–811.

оскільки застосування *Lex Mercatoria* ґрунтується насамперед у третейських судах, які часто критикуються за конфіденційність ухвалюваних рішень, які можуть йти врозрід із сталою практикою (*well established case-law*) державних судів. Однак діяльність комерційного арбітражу стосується переважно ділової сфери, для якої ключовим питанням є збереження довірливих відносин між контрагентами, що може мати чи не вирішальне значення при такій специфічній структурі ринку, де переважають домінуючі суб'єкти господарювання, або контрагент є виробником продукції, яку складно замінити аналогом в якості комплектуючої складової при виробництві певної продукції. Врешті-решт ці питання також впирається у міркування процесуальної автономії. Водночас, ніщо не заважає оскаржити рішення третейського арбітражу у разі грубого порушення вимог належної правової процедури, що саме по собі має наслідком істотне порушення балансу інтересів та прав сторін по договору. За допомогою цього механізму і забезпечується єдність судової практики та стандарти верховенства права.

Такий механізм уніфікації права, який поєднує у собі приватні та публічні юридичні інструменти і виражають сучасні тенденції плюралізму у праві. Посилення такого роду тенденцій дає змогу окремим авторам робити висновок про те, що посилюється явище глобалізації права. Зокрема, таке полягає в тому, що вільна торгівля досягла статусу загальновизнаної норми міжнародного права через перевагу ринкових відносин, ідеологічної переваги соціальних сил, що підтримують ЄС та СОТ. Ринок фінансів, товарів та інтелекту став також важливим для забезпечення світової стабільності, як і розподіл військової могутності, а правила щодо його захисту вилилися в першу загально-визнану норму глобалістського права. За таких умов глобальна економіка неможлива без глобальної солідарності, а в цьому просторі чітко простежується конкуренція між конституціоналізмом Вестфальської угоди та її глобалістським варіантом,

що народжується¹⁶⁸. Сенс глобалізації полягає в уніфікації правил і процедур, які забезпечують реалізацію економічних свобод на задовільному рівні. Тому не випадково процес європейської інтеграції був заточений власне на розвитку міжнародного співробітництва у сфері економічних свобод, навколо яких йшов процес становлення інституцій Європейських співтовариств, які трансформувалися поступово у Європейський Союз.

Трансформація суверенітету спостерігається на різних щабелях публічної влади, власне явище суверенітету все більше набуває транснаціонального характеру, він вже виходить власне за рамки національної держави. Як пишуть Гюнтер Тойбнер і Анджело Голія мол., на рівні національної державності традиційна державна ієрархія вже трансформувалася в гетерархію мережі, в якій держава взаємодіє з іншими політичними суб'єктами (партії, асоціації, соціальні рухи) у взаємодії із інститутами громадянського суспільства (корпорації, виробничі мережі, договірні асоціації), хоча держава принаймні бере на себе роль мережевого центру. На середньому рівні, тобто на регіональному, прикладом чого слугує Європейський Союз, визнають його мережею, «яка, незважаючи на деякі вертикальні моделі взаємозв'язків, принципово організована гетерархічно; центром тут є щонайбільше *primus inter pares*». Зрештою, на верхньому, глобальному рівні, це не просто зростаюча важливість «відкритої держави», тобто варіація національної якості, а виникає певна квазіколективність у результаті взаємодії міжнародних акторів, що створює нову одиницю дії. На основі цього автори говорять про виникнення концепту «транснаціональної мережевої державності»¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Allen, H.M. (2004). Globalization and peremptory in international law: from Westphalian to global constitutionalism? *Intern. politics*, 41, is. 3, 341–354.

¹⁶⁹ Tuebner, Günter and Golia, Angelo Jr (2020, October). Transnational vernetzte Staatlichkeit: Ein institutionalisierter Selbstwiderspruch. *Researchgate*. Preprint. URL: <https://www.researchgate.net/publication/344477810>

Це цілком узгоджується із моїм концептом мереживо-центричної публічної влади, яка володіє всіма атрибутами суверенітету відповідно до засад субсидіарності, згідно з яким певний рівень публічної влади наділений повноваженнями, які визначаються наявними ресурсами та масштабом завдань і функцій, які можуть бути покладені на відповідний рівень влади.

Обов'язок захищати права людини у міжнародному праві характеризують через «особливу природу» зобов'язань у сфері прав людини, які мають спеціальний статус у міжнародному праві та принципово відрізняються від інших міжнародно-правових зобов'язань. Відповідно до цього підходу договори з прав людини (англ. – *UN human rights treaty monitoring bodies*) запровадили «троїсту» типологію (англ. – *tripartite typology*) таких зобов'язань, яка стала «хрестоматійною» і ретранслюється у більшості публікацій, які стосуються прав людини, у зв'язку з універсальною системою правозахисту. Згідно з цією типологією держава має поважати, захищати та забезпечувати здійснення прав людини¹⁷⁰. Таким чином, належне врегулювання, адекватна адміністративна та судова практика служать об'єктивним критерієм готовності публічної влади реально поважати та втілювати права людини в житті, зокрема і економічні свободи.

3.1.2. Формування правил та транснаціональність: особливі випадки. Як бачимо, насправді питання національного суверенітету економічні свободи не зачіпають, оскільки джерелом легітимності будь-якої публічної влади будь-якого її рівня/щабеля є ступінь забезпечення основоположних свобод. Навіть при недоліках законодавства держава не може відмовити у захисті прав людини і такі підлягають забезпеченню за допомогою юрисдикційних засобів, зокрема через аналогію в праві, застосування

¹⁷⁰ Христова, Г. (2014). Конструкція зобов'язань держави у сфері прав людини: порівняльний аналіз міжнародних та європейських підходів. *Вісник Національної академії правових наук України*, 4(79), 26, 27.

звичаїв ділового обороту. Зокрема, Федеральному суду Австралії у рішенні, винесеному 30 червня 1997 року у справі *Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia*¹⁷¹, довелося звернутися до статті 1.7 Принципів УНІДРУА (Добросовісність та чесна ділова практика) для того, щоб визнати існування обов'язку особи вести себе сумлінно до укладення договору, т. к. доктрина та судова практика Австралії, право якої було застосовано судом, іноді протилежні, погляди з цього питання. Це приклад демонструє яким чином національні суди використовують інструменти, які сформульовані у приватноправовий спосіб, прикладом чого служить УНІДРУА. Зокрема, *Lex mercatoria* розглядають як систему приватно створених транснаціональних норм з квазі-правовим ефектом. Особливістю та водночас недоліком таких норм є їх націленість на досягнення чи забезпечення приватного інтересу при практичному ігноруванні зовнішніх факторів та спільних інтересів. На думку М. Мажоріної, *Lex mercatoria*, будучи дуже «приватним», не користується захистом у суді, оскільки не має державно-громадського ядра¹⁷². Якщо ж брати еволюційний аспект, це доволі поверхова точка зору, оскільки *Lex mercatoria* відіграла свою роль у формування багатьох юридичних конструкцій у комерційному праві і таким чином воно набуло також офіційної юридичної сили, що забезпечується і державними засобами, зокрема юрисдикційними процедурами. Так само, слід наголосити на ролі фундаментальних принципах права та загальних закономірностях щодо узагальнення та кодифікації звичаїв ділового обороту, які стають невід'ємною частиною законодавства, яке забезпечується юридичними засобами від імені держави.

¹⁷¹ Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia (1997) 146 ALR 1, Federal Court of Australia, 30 June 1997.

¹⁷² Мажорина, М.В. (2017). *Lex mercatoria – средневековый миф или феномен глобализации? Право. Журнал Высшей школы экономики*, 1, 4–19.

У рамках доктрини мереживо-центричної влади формулювання правил і процедури є різнопорядковим і різностороннім. Зокрема, цей конгломерат характеризується дуже складною взаємодією між державними та приватними елементами, зокрема державних і приватних міжнародних організацій, державних і приватних міжнародних судів і подібних до суду трибуналів, приватних компаній, аналітичних центрів (*think-tanks*), неурядових організацій тощо. Таким чином, такі конгломерати соціального впорядкування не можуть бути належним чином охоплені одновимірним акцентом ні в публічному, ні в приватному вимірі за рахунок один одного¹⁷³. Все впирається у демократичну легітимізацію правил, яка переважно стосується того, як виробляється певна систематика юридичних рішень для обслуговування комерційного обороту та відносин.

Прикладом правового плюралізму виступають правове регулювання у сфері ІТ-права та криптовалют. Нижче у цій монографії більше детально піде мова про ці сфери правового регулювання, а тут я обмежуся наразі загальними зауваженнями та визначенням певних загальних тенденцій. У сфері відносин інформаційних технологій державне правове регулювання істотно відстає від приватноправового інструментарію в силу динамізму розвитку цієї сфери людської життєдіяльності. ІТ-право виникає насамперед із договірної практик для обслуговування бізнесу у сфері цифрових та інформаційних технологій. Оскільки ця сфері доволі динамічна (адже спеціалісти по ІІІ говорять про сингулярність як явище, якому притаманно мало чи не збіг певного технічного досягнення із новим витком розвитку технологій чи винаходу), то вона доволі складно піддається правовому регулюванню за допомогою

¹⁷³ Kjaer, Paul F. (2011). The Concept of the Political in the Concept of Transitional Constitutionalism: A Sociological Perspective (p. 7). In: Christian Jorges, Tommi Ralli (Eds.): *After Globalization – New Patterns of Conflict and their Sociological and Legal Reconstruction*. Oslo : Arena.

традиційних державних юридичних регуляторів. Тут переважає традиційно приватноправовий інструментарій формування правил через конгломерат загальних принципів права, звичаїв ділового обороту та мистецтва їх цілісного тлумачення (до речі, голістичний підхід у тлумаченні набуває ваги тепер і в конституційному праві).

Тому цілком слушно С. Яворська говорить про IT-право як *про право цифрового середовища* та зазначає, що йдеться не про якесь особливе право, а насамперед *про специфіку функціонування, застосування та прояву правових норм щодо суспільних відносин в особливому середовищі, яким і є цифрове середовище*. Саме така специфіка, на думку вченої, й відрізняє IT-право від інформаційного права, хоча чисто граматично ці поняття співпадають. При цьому вчена зауважує, що усталені в науці галузеві підходи, в основі яких предмет і метод правового регулювання, попри свою користь у контексті системного пізнання права в рамках навчального процесу все ж створюють штучні перепони на шляху до розв'язання практичних проблем, зокрема й тих, що стосуються визначення поняття та місця IT-права в сучасній системі права¹⁷⁴. Говорячи про стан правового регулювання IT-права Віталій Дацюк підкреслює, що його можна розглядати у двох аспектах. З точки зору права – як сферу практичної юриспруденції для всіх юристів, які мають стосунок до IT-сфери, зокрема: корпоративних юристів (інхаусів) IT-підприємств; адвокатів, а також юристів інших підприємств, установ, організацій (державних і недержавних), які в ході роботи стикаються з питаннями правового регулювання IT-відносин. З точки зору економіки – як бізнес-індустрію для: зовнішніх юристів (зокрема й адвокатів), які займаються вузькоспеціалізованою приватною практикою у сфері обслуговування IT-бізнесу; нішевих юридичних компаній, що здійснюють правовий супровід IT-підприємств; юридичних компаній, які мають у своїй структурі

¹⁷⁴ Яворська, О.С. (2017). *IT-право* (с. 10–16). Львів : Вид-во «Левада».

відповідні підрозділи, що надають консалтингові послуги у сфері ІТ. Автор наголошує, що наведений перелік складових ІТ-сфери, які формують своєрідний предмет правового регулювання ІТ-права не є вичерпним¹⁷⁵. Така дифузивність та динамізм ІТ-права потребують комбінаторики при забезпеченні правового регулювання вказаної правової сфери. Проблеми із юридичною визначеністю насправді тут виникають насамперед із захистом персональних даних. У цьому відношенні Україна на підставі Угоди про асоціацію має імплементувати стандарти ЄС, зокрема визначені директивою 2016/679 про захист персональних даних (GDPR)¹⁷⁶.

Як не парадоксально, на перший погляд, на якість публічного урядування може вплинути досвід упровадження криптовалют та застосування технології блокчейну, на якій базується їх обіг. В основі технології блокчейну лежить децентралізація бази даних, що змушує при внесенні змін до неї досягати консенсусу між всіма вузлами реєстру цієї інформації. Такий процес відбувається автоматично і він є механізмом, який забезпечує найвищий ступінь схоронності, обліку, передавання і ідентифікації даних¹⁷⁷. Емпірично технологію блокчейну використовують для криптовалют, які на сьогодні є доволі волатильними у зв'язку із несформованою для них ринковою інфраструктурою. Справа полягає в тому, що технологія блокчейну є відмінною від традиційної системи встановлення вартості валют на фондових ринках, де продаж активів здійснюється за персональної згоди конкретної особи, що передбачає не лише раціональний, а й емоційний фактори в ухваленні рішень, що має вплив на визначення вартості відповідних валютних цінностей. У свою чергу, криптовалюти, засновані на технології блокчейну,

¹⁷⁵ Дацюк, В. (2020). ІТ-право та економічні свободи. В: Савчин М.В. (ред.) *Правове регулювання та економічні свободи та права* : монографія (с. 116). Ужгород : Видавництво «РІК-У».

¹⁷⁶ General Data Protection Regulation. URL: <https://gdpr-info.eu/>

¹⁷⁷ Кудь, А., Кучерявенко, М., Смичок, Є. (2019). *Цифрові активи та їх правове регулювання у світлі розвитку технології блокчейн* : монографія (с. 8–11). Харків : Право.

яка максимально робить цей процес анонімним, а також різниця у масштабуванні у порівнянні із іншими фінансовими активами. Наразі правове регулювання криптовалюти не уніфіковане. Загалом, я би охарактеризував криптовалюту як останнє пристанище прибічників лібертаріанства. Лідером у правовому регулюванні криптовалют виступають Японія, Естонія і Канада. Також у ЄС поступово досягнуто консенсусу щодо визначення юридичних рамок правового регулювання цих анонімних фінансових актів. У ЄС розпочали насамперед через обмеження зловживання анонімними трансакціями шляхом ухвалення правового акту із характерним змістом – Директиви ЄС2015/849 щодо попередження відмивання грошей та фінансування тероризму. Наприкінці 2020 року Єврокомісія оприлюднила проект положення про регулювання на ринках криптоактивів, де визначено види криптоактивів та особливості правового режиму оподаткування операцій із ними¹⁷⁸.

Застосування технології блокчейн має значення для зниження трансакційних видатків у систему публічного урядування, зокрема, при функціонуванні різного роду державних реєстрів, а також при здійсненні електронного правосуддя. Застосування цих технологій набуває неабиякого значення під впливом пандемії коронавірусу, що призвело до зміни структури зайнятості у бік дистанційного працевлаштування, яке деякою мірою нагадує фріланс, а також використання ІТ для здійснення низки процедур у публічному урядуванні та трансформації принципу публічності і доступу до правосуддя.

З цієї точки зору технологію блокчейн розглядають як засіб зниження трансакційних видатків у публічному урядуванні, зокрема як засіб забезпечення довірчих відносин та прозорості, рівності, оскільки операції блокчейну сприяють процесам децентралізації влади та її підконтрольності, яке здійснюється фактично за

¹⁷⁸ Некіт, К.Г. (2021). *Право приватної власності в інформаційному суспільстві: теорія і практика* : монографія (с. 150–152). Одеса : Видавничий дім «Гельветика».

допомогою певної операційної системи. До головних переваг блокчейну у разі застосування у сфері публічного урядування відносять:

- скорочення економічних витрат, часу та складності у міжурядовому та державно-приватному обміні інформацією, що підвищує адміністративну функцію урядів;
- скорочення бюрократії, дискреційної влади та корупції внаслідок використання розподілених реєстрів та програмованих розумних контрактів;
- підвищення рівня автоматизації, прозорість, можливість аудита та підзвітності інформації у державних реєстрах в інтересах приватних осіб;
- підвищення довіри індивідів та компаній до державних процесів і впровадження документації, зумовлене використанням алгоритмів, які більше не знаходяться під єдиним контролем уряду¹⁷⁹.

ІТ дозволяє знизити трансакційні видатки у публічному урядуванні, оскільки вони пов'язані із ШІ, це також сприяє більш справедливому та рівному процесу алокації ресурсів. Використання технологій блокчейну і токенів робить процес ухвалення рішень прозорішим, що дозволить підвищити підзвітність і підконтрольність публічної влади. Виникає наразі питання щодо використання цих технологій при голосуванні, оскільки вони пов'язані із захистом персональних даних.

3.1.3. Транснаціональні інституції та економічні свободи.

Явище транснаціональності у праві виникає у результаті технічного процесу та інтенсифікації обміну ідеями, як на рівні доктрини, так і юриспруденції, першість у характеристиці якого належить Філіпу Джесапу¹⁸⁰. Про явище транснаціональності говорили ще у другій половині ХХ століття як «набори прямих взаємодій між

¹⁷⁹ Кудь, А., Кучерявенко, М., Смичок, Є. Вказ. праця, с. 64.

¹⁸⁰ Jessup, Phillip C. (1956). *Transnational Law*. Yale Univ. Press.

підрозділами різних урядів, які не контролюються або не керуються політикою кабінетів або керівників цих урядів»¹⁸¹, хоча така точка зору акцентує увагу на аспект міжурядової співпраці, що притаманно класичному міжнародному праву. На зв'язок із технічним прогресом на становлення транснаціонального конституціоналізму вказують Андреа Аманн та Елен Руїс Фабрі¹⁸²:

«Глобальна технологічна революція додає до процесу [транснаціоналізації] подальшого імпульсу, і, врешті-решт, у міру поширення технологій у глобальному масштабі та ускладнень, соціальні проблеми, які раніше вирішувалися внутрішньо державними органами, дедалі більше переносяться у транснаціональну сферу, де управління набуває все більше і більше значення міжнародного співробітництва».

Якщо Вестфальський мир став основою світового порядку, в основу якого ліг концепт національної державності, то сучасні технології лягли спочатку в основу становлення міжнародних правових актів у сфері інтелектуальної власності. Хоча у порівнянні із іншими юридичними сферами розвиток транснаціональних, вірніше міжнародних, виникнення інституцій із захисту права інтелектуальної власності пройшов доволі тривалий час, починаючи із прийняття Паризької конвенції про охорону промислової власності (1883) та Бернської конвенції про охорону літературних та художніх творів (1886), закінчуючи утворенням Всесвітньої організації інтелектуальної власності (1967). Таким чином було визнано недостатність лише національного механізму захисту інтелектуальної власності у силу універсальності ідей та технічних досягнень, незважаючи на різноманітність націо-

¹⁸¹ Robert, O. Keohane & Joseph S. Nye (1974). Transgovernmental Relations and International Organizations, *World Politics*, 27, 43.

¹⁸² Hamann, Andrea, Fabri, Helene Riuz (2008). Transnational network and constitutionalism. *I-CON*, Vol. 6, 482.

нальних правопорядків. Це також стало визнанням універсального характеру фундаментальних цінностей і принципів права, які лежать в основі органічного конституціоналізму як системи обмеженого правління, спрямованого на забезпечення прав людини.

Важливим у сучасному праві є мистецтво формулювати юридичні ідеї та смисли, яку у сфері конституційного права відомий конституціоналіст Ран Гіршл назвав конституційною ідеографією. На його думку, ідея порівняльного конституційного права поступово проходить трансформацію до порівняльного конституційного вчення¹⁸³. Це дає широке поле для обміну уявленнями, ідеями, принципами у сфері юриспруденції. Загалом якщо розглядати глобально розвиток права до кодифікації, то хід його розвитку якраз мав риси, характерні для міжнародного обміну ідеями та концепціями насамперед серед університетів в академічного середовищі та в дорадчих структурах при монархах, здійснюючи вплив на розвиток королівського законодавства.

На сьогодні інституційно це забезпечується через двосторонній процес інтернаціоналізації конституційного права та конституціоналізації міжнародного права. При цій взаємодії акцент здійснюється на реалізацію та гарантії прав людини, які є головним критерієм визнання, чинності та ефективності інститутів, правил і процедур.

Вертикальна структура конвергенції зумовлена цілями конституції по обмеженню влади та забезпеченню захисту прав людини. Власне кажучи, вертикальний зріз конвергенції визначається стандартами правомірності вимог приватних осіб, на підставі яких у держави виникають певні негативні і позитивні обов'язки щодо захисту порушених інтересів чи доступу до певних благ. За таких умов розвитку права у сторону захисту прав людини протистоїть дилема тероризму, оскільки певні організації застосовують

¹⁸³ Hirschl, Ran (2014). *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law* (P. 151–191). Oxford University Press.

нагнітання страху та агресії в суспільстві задля досягнення певних політичних цілей, в тому числі і на глобальному рівні. Загроза тероризму за сучасних умов потенційно може паралізувати ефективність захисту прав людини, знецінити людську гідність. Тому тероризм є викликом для сучасного глобалізованого світу, побудованого на ідеї діалогу різних правових культур.

Горизонтальна структура зумовлена різнопорядковою і різнорівневою взаємодією акторів, які здатні формулювати правила за умов конфлікту чи кооперації. Як правило, обмеження доступу до ресурсів зумовлює різні конфліктні моделі розв'язання ситуацій та формулювання правил відповідно до теорії гри. Кооперативна модель вирішення ситуацій скоріше притаманна для *Lex Mercatoria*, яка дає змогу побудувати нові прийнятні моделі ухвалення рішень на ринку, який динамічно змінюється. Розгляд дилеми світового ринку у контексті глобалізації передбачає насамперед функціонування самодостатніх і розвинутих інфраструктурно внутрішніх ринків, які б могли достойно інтегруватися у світовий економічний порядок. Слабкість державних інституцій, відсутність верховенства права та надмірні адміністративні процедури роблять національні економіки залежними від зовнішніх ринків. Тому конвергенція національних конституційних порядків передбачає запозичення кращих зарубіжних і міжнародних взірців ухвалення рішень. У цьому полягає роль судів у творенні глобального поля міжнародного конституційного права, що викликає у свою чергу конкуренцію міжнародних та національних юрисдикцій. Вимоги демократичної легітиматії та підконтрольності уряду також зумовлюють зростання ролі кіберправа та його зворотній вплив на міжнародне і конституційне право, про що свідчать кібервійни (між Росією і Естонією у 2007 р., втручання у процес президентських виборів у США через використання соціомереж та електронних медіа)¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Савчин, М. (2020). *Порівняльне конституційне право* : підручник (с. 414–415). Київ : ВАІТЕ.

Практичним засобом здійснення міжнародного співробітництва у рамках класичних міжнародних організацій, які набувають поступово транснаціонального характеру, є діяльність Світової організації торгівлі (раніше ГАТТ – Генеральна угода про торгівлю і тарифи), Світового банку та Міжнародного валютного фонду. Їхня співпраця є взаємодоповнюваною і складає своєрідну міжнародну мережу в економічній сфері, заснованій на певних стандартах ліберальної економіки, яка орієнтована інституційно спроможні національні держави. Адже доволі часто критиковані умови приєднання України до СОТ стосувалися інституційної спроможності держави відстоювати свої національні економічні інтереси, для чого мають бути конкурентоспроможна структура національної економіки та ухвалення владних рішень відповідно до вимог верховенства права і поваги до прав людини. На сьогодні основними напрямками діяльності України в СОТ є: запровадження чіткої, взаємної співпраці між урядом України та СОТ; забезпечення співробітництва з відповідними комітетами СОТ; участь у двосторонніх та багатосторонніх переговорах в рамках СОТ; забезпечення виконання зобов'язань України, взятих в рамках вступу до СОТ; сприяння українським експортерам у покращенні інформованості щодо доступу на ринки країн-членів СОТ.

Водночас багато що тут залежить від ступеня інтегрованості України у міжнародне громадянське суспільство. На сьогодні воно спирається на мережу низки неурядових організацій на кшталт Human Rights Watch, Amnesty International, International Civil Society Centre, ChildFund Alliance, CARE International тощо. Наприклад, цілу низку неурядових міжнародних організацій акредитовано при Комітеті ООН з питань здійснення невід'ємних прав палестинського народу.

Сьогодні основу транснаціональності в організації публічної влади складають правовий плюралізм, який зумовлений приватноправовим механізмом становлення правил і процедур в окремих

правових масивах (IT-право, *Lex mercatoria*, криптовалюти тощо), та розширення мережі міжнародних неурядових організацій, на основі яких формується міжнародне співробітництво та діяльність міжнародних та наднаціональних організацій. Ключовим питанням, яке потребує вирішення тут на найближчу перспективу є посилення механізмів демократичної і підзвітності цих організацій.

3.2. Юридичні інструменти забезпечення національних інтересів та міжнародне співробітництво у сфері економіки

На перший погляд проблематика національних інтересів у сфері економіки лежить у площині співвідношення політики та економіки, однак такі рішення потребують певного юридичного оформлення. Питання національних інтересів є оціночним, яке передбачає балансування між наявними ресурсами і засобами та інструментами їх впровадження на зовнішньополітичній арені, що залежить від економічної потужності держави.

З юридичної точки зору це питання лежить у площині поділу влади, з процедурної – забезпеченням демократичної легітимності ухвалюваних рішень, а зі субстантивної – тлумачення національного суверенітету як здатності ухвалювати ефективні рішення, зважаючи на обмеженість ресурсів.

3.2.1. Забезпечення національних інтересів та принцип поділу влади в економічній сфері. Як правило, розподіл владних прерогатив і їхнє здійснення в економічній сфері залежить від форми правління. Це передбачає певний механізм розподіл повноважень між парламентом, президентом та урядом. У парламентських і напівпрезидентських моделях урядування ключову роль у забезпеченні цього процесу належить демократичній легітимізації заходів у рамках функціонування парламенту. Юридичною основою цього

виступає стаття 18 Конституції України, яка передбачає здійснення зовнішньополітичної діяльності України через вжиття державою заходів щодо забезпечення національних інтересів шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права. Тому ключовим методологічним інструментарієм є здійснення цього зовнішньополітичного курсу з огляду на конституційний розподіл повноважень між згаданими інститутами влади.

Згідно із Конституцією України, яка встановлює засади семіпрезиденталізму, ключовою інституцією, яка ухвалює рішення у сфері зовнішньої політики є Президент. Це пов'язано з тим, що Президент зі своєю канцелярією (тепер це Офіс Президента, а раніше – Адміністрація та Секретаріат) при нерозвинутих і нестійких політичних партіях домінує у процесі формування уряду, по суті диригує процесом інвестиції уряду та істотно впливає на сферу зовнішньоекономічної політики. За інституційним підходом Президентіві не варто втручатися у зовнішньоекономічний політичний курс, а віддати це на відкуп Кабінету Міністрів, у складі якого є достатньо компетентних осіб, які можуть забезпечити ухвалення рішень. Однак на практиці склалося так, що ключові рішення саме визначаються канцелярією Президента.

Приписи статті 102 у поєднанні зі статтею 106 (1) (3) Конституції утворює доволі гримучу суміш. Юридична конструкція (запозичена транзитом через Росію із Франції) про Президента як «гаранта додержання Конституції» наділяє його значними прерогативами при здійсненні керівництва зовнішньоекономічного політичного курсу. Адже прерогативи Кабінету Міністрів у цій сфері стосуються забезпечення державного суверенітету і економічної самостійності України та здійснення зовнішньої політики держави (стаття 116 (1) Конституції). У цьому тандемі влади, яку у системі семіпрезиденталізму йменують як біцефалізм (буквально – двоголовість), домінує

Президент, оскільки він володіє більш високим ступенем легітимності на відміну від Кабінету Міністрів. По суті, уряд забезпечує впровадження політики Президента у сфері зовнішньоекономічних відносин України.

Цілком це підтверджує система вітчизняного парламентаризму, де виробляються основоположні рішення у сфері зовнішньоекономічного політичного курсу держави та яка формально є осередком інвестиції уряду, тобто його демократичної легітимізації. Верховна Рада впливає на сферу зовнішньоекономічної політики потрібно: 1) через законодавство, 2) через інвестицію уряду та 3) парламентський контроль. Законодавство охоплює не лише процес ухвалення законів, а також розробку та прийняття загальнонаціональних програм, а також Програми діяльності уряду. Останній аспект пов'язаний із інвестицією уряду. Хоча згідно зі статтями 83 і 114 Конституції формування Кабінету Міністрів закінчується схваленням його персонального складу, однак важливе значення має схвалення Програми його діяльності. Адже згідно зі статтею 87 Конституції протягом року з моменту ухвалення Програми урядові не може бути оголошено резолюції недовіри. Наявність Програми діяльності дає змогу Кабінетові Міністрів на системній основі впроваджувати рішення у сфері зовнішньоекономічних відносин. Це, у свою чергу, впливає на ступінь демократичної легітимізації ухвалення рішень з економічних питань у сфері зовнішньої політики та здатність відстоювати органам влади національні інтереси.

Якщо провести компаративний аналіз парламентських та змішаних моделей урядування, то розподіл владних повноважень є більш ефективним при парламентській моделі, яка дозволяє узгоджувати рішення з питань зовнішньої політики між різними інститутами влади та центрами політичного впливу, вірніше політичними акторами. Переваги парламентської моделі щодо запроваджуваних заходів в економічній сфері зумовлені їх змішаним

характером, оскільки вони передбачають як правове регулювання, так і здійснення контролю над запроваджуваними заходами з точки зору народного представництва. При парламентській моделі основні владні прерогативи у сфері зовнішньої політики з економічних питань сконцентровані в уряді, який є підзвітний і підконтрольний парламентові і черпає свою демократичну легітимність на підтримці парламентом здійснюваних заходів.

У свою чергу, президентська і змішані моделі урядування передбачають концентрацію владних прерогатив переважно в руках президента. А при змішаних моделях можливі дві варіації здійснення зовнішньої політики у сфері економіки, які зумовлені дуалізмом виконавчої влади. При першій моделі, коли президент спирається на більшість у парламенті, як правило, формується службовий кабінет (уряд), який буде впроваджувати політичний курс саме президента і забезпечувати його впровадження у життя. При другій моделі, коли у парламенті складається більшість з відмінним від президента політичним курсом, отримуємо ситуацію «співіснування», оскільки за президентом залишаються прерогативи визначати стратегію зовнішньополітичного курсу і президент буде обумовлювати ці прерогативи міркуваннями демократичної легітимності за результатами президентських виборів. Ступінь демократичної легітимності уряду у такій ситуації залежить від підтримки більшості у парламенті і для цього уряд має спиратися на сильно інституційовані партії, а також довершену інвеституру, яка передбачає схвалення його програми діяльності. Саме з цих причин на практиці українського конституціоналізму не часто ми спостерігаємо схвалення Програми діяльності Кабінету Міністрів, оскільки згідно зі статтею 87 Конституції України така дає йому своєрідний річний «іммунітет» від порушення процедури вотуму довіри.

Вказана інституційна міна, яка б'є саме на делегітимізацію уряду в кінцевому результаті, вносить розклад у систематику

ухвалення рішень у сфері зовнішньої політики, зокрема із зовнішньоекономічних питань. Це пов'язано з тим, що основна робота по розробці проектів та ведення переговорів щодо прийняття рішень з економічних питань у зовнішньополітичній сфері сконцентровано саме на урядовому рівні. Якщо уряд не володіє достатньою демократичною легітимацією та засобами для впровадження таких рішень у життя, у кінцевому результаті доволі складно відстоювати національні інтереси на міжнародному рівні. Тут також слід мати на увазі, що модель конституційної демократії в Україні тяжіє до електоральної демократії, якій притаманно нерозвиненість інститутів та процедур демократичної підзвітності та підконтрольності, а перехідний характер економіки свідчить про обмеженість ресурсів на зовнішньополітичній арені для відстоювання національних інтересів перед великими міжнародними гравцями на кшталт США, Китаю, ЄС чи навіть РФ.

При цьому також слід не упускати із огляду певні механізми, які обумовлюють вплив на прийняття рішень, яку аналітики характеризують як «систему». Зокрема, в аналітичній доповіді Чатам гауз (Chatham House, Королівський інститут міжнародних відносин, Лондон) стверджується, що в якості чотирьох опор цієї «системи» лежать проникнення крупного капіталу (*tycoon*, бізнес-магнатів, так званих олігархів) у владні структури, оплачувана ними підтримка депутатів парламенту, контроль над медіа-ринком, вплив на правоохоронні органи та суди¹⁸⁵. Як це діє, видно на прикладі *Ibiza-Affäre*, яку вже описують у нових підручниках з конституційного права Австрії¹⁸⁶. Суть *Ibiza-Affäre* полягає в тому, що вона породила урядову кризу і призвела до дострокових парламентських виборів у Австрії. Це сталося внаслідок ведення переговорів віце-канцлером, лідером

¹⁸⁵ Лаф, Джон (2021, липень). *Система кланового капіталізму в Україні. Складність демонтажу «системи»*. Програма досліджень Росії та Євразії (с. 10).

¹⁸⁶ Berka, Walter (2021). *Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium*. 8 Auflage. Verlag Österreich, 18.

Партії свободи, яка входила в урядову коаліцію, із представниками російського ділового капіталу щодо купівлі активів австрійських медіа, внаслідок чого уряд почав би контролювати ринок медіа у Австрії в обмін на обіцянки розміщення державних замовлень по капітальному будівництву шляхів для новоствореної компанії на основі російського капіталу. Загалом це типова метода інкорпорації російських інструментів впливу у здійснення політики, зокрема в економічній сфері, у зарубіжних країнах з метою посилення впливу РФ та зниження інституційної спроможності національних держав.

3.2.2. Забезпечення демократичної легітимності ухвалюваних владних рішень. Демократична легітимация є складником конституційної демократії, заснованої на обмеженні владного свавілля і забезпечення балансу інтересів у багатуокладному суспільстві. З економічної точки зору це виглядає доволі своєрідно – це є свобода договору та відкрита конкурентна економіка. Однак тут є ще доволі несподівана деталь – конституційна юстиція, роль якої є надзвичайно важливою при дифузивній моделі семіпрезиденціалізму та парламентаризму, оскільки дає змогу обмежити афекти парламентської більшості і захистити конституційні цінності. Досвід свідчить, що за будь-яких обставин хоча б задовільний стан конституційної юстиції є стабілізуючим чинником функціонування влади як інституційно спроможної, тобто здатної методично впроваджувати свої рішення, засновані на балансі інтересів між різними групами впливу та між публічними і приватними інтересами.

Йде мова, за виразом Дарона Аджемоглу та Джеймса Робінсона, про екстративні та інклюзивні економічні інститути¹⁸⁷, які у свою чергу породжують закриті і відкриті економічні системи. У свою чергу, це має розрив між консервативними та ліберальними

¹⁸⁷ Аджемоглу, Дарон, Робінсон, Джеймс (2020). *Чому нації занепадають. Походження влади, багатства та бідності* (пер. з англ. Олександр Дем'янчук) (5-те вид., с. 67). Київ : Наш формат.

моделями економіки, а також визначає ступінь їх конкурентоспроможності, що має кардинальне значення на ухвалення урядових рішень з економічних питань зовнішньої політики. У свою чергу, екстративні моделі економіки є *per se* закритими, тобто передбачають різноманітні адміністративні рогатки, переpons для доступу до ринку суб'єктам економічної діяльності, а також істотними проблемами із верховенством права, зокрема із гарантіями незалежного правосуддя. Як вже свідчить вище наведене дослідження щодо структури «системи», то ці параметри характеризують економіку України як таку, що тяжіє саме до закритої системи, якій притаманні олігопольна або монопольна структура у системоутворюючих сферах економіки. Є певні інституційні та процедурні інструменти подолання цих структурних проблем в економічній системі і вони можуть базуватися зокрема на певних ресурсах цієї економіки.

Відкриті економічні моделі базуються на їх демократичній підзвітності та підконтрольності. Які інструменти наразі надає Конституція України і яких їх потенціал у рамках існуючої моделі економіки з урахуванням юриспруденції Конституційного Суду. Нижче розглянуті елементи демократичної підзвітності свідчать про те, що наразі інституції діють у сторону екстративності і блокуванню динаміки розвитку економіки, що в епоху глобалізації має наслідком зниження її конкурентоспроможності на світових ринках. Це, у свою чергу, істотно обмежує прийняття та впровадження суверенних рішень.

Вище вже наводився аналіз переваг і недоліків систем парламентського та семіпрезидентського урядування, що впливає безпосередньо на якість рішень в економічній сфері. У цій системі координат інституційною опорою відстоювання змагальності та конкуренції є гарантії прав парламентської опозиції та ефективність конституційної юстиції. Далі, має істотне значення доволі структура підзвітності у рамках представницької демократії, якій,

з одного боку, притаманне делегування владних повноважень урядові через його інвеституру, а з другого боку – професійним чиновникам і службовцям шляхом уповноваження та призначення їх на посади через конкурси. Другий аспект інституційної складової такий, що корпус професійних чиновників і службовців мають бути незалежними від уряду з метою забезпечення мінімізації впливу політичних інституцій на економічні процеси, які мають регулюватися професіоналами безсторонньо і незалежно, а не політиками чи бізнесовими колами.

Деконцентрація влади, притаманна парламентському урядуванню, стимулює посилення демократичної легітимації уряду та його демократичної підзвітності парламентам. Для цього парламент має достатньо інструментів через законодавство та парламентський контроль. У доктрині конституційного права визнається той факт, що парламентська більшість, на яку спирається уряд, не може служити сліпим інструментом для впровадження політичного курсу уряду. Законодавство з точки зору демократичної легітимації правил передбачає відкриту та публічну дискусію щодо передбачуваних правил. Ключова проблема, яка не є подоланою за майже весь період поновлення незалежності України, – усунення впливу бізнесових кіл від процесу фінансової підтримки депутатів парламенту, може бути вирішена шляхом врегулювання лобістської діяльності через організації, які мають бути зареєстровані та акредитовані при Верховній Раді. Така двокаскадна система демократичної підзвітності у системі ухвалення рішень з економічних питань зумовлена специфічним характером економічних процесів, які ґрунтуються насамперед на економічній свободі, конкуренції та змагальності у доступі до ресурсів. З точки зору належної правової процедури доступ до ресурсів може бути забезпечений через регуляторну діяльність, яка здійснюється незалежно від уряду та бізнесових кіл.

У цій системі координат питання інтересу є ключовим, оскільки у конституційному праві прийнято говорити про забезпечення

балансу інтересів, під яким мається на увазі певне поєднання публічних і приватних інтересів. Про публічний характер інтересів у конституційному праві ще у свій час говорив герцог де Роган¹⁸⁸:

«... у питаннях держави слід керуватися не безладними бажаннями, що часто змушують нас братися за задачі понад наші сили, і не вируючими пристрастями, що розривають нас на частини, коли оволодіють нами; ... а нашими власними інтересами, що скеровуються тільки рацією, яка і має бути керівником наших дій».

Це якраз період становлення абсолютизму монархів, навколо яких формується двір як прообраз модерних урядів, як зазначав німецький соціолог Норберт Еліас¹⁸⁹, з метою обмеження афектів підданих-магнатів та наближення їх до особи монарха з метою попередження можливих бунтів і забезпечення єдиного порядку урядування королівством. Такі процеси передують становленню сучасної безсторонньої та професійної публічної адміністрації, як це почне шведський канцлер Оксешерна, а пізніше продовжить пруська школа камералістики, особливо при королі Фрідріху Великому. Це відбувається на тлі розмежування політичного та фізичного тіла короля¹⁹⁰, що стало знаковим для розуміння публічного інтересу, однак і цього було недостатньо для розуміння природи національного інтересу.

На думку Олександра Водянікова поняття інтерес імплементується у категоріальний апарат завдяки раціоналізації дискурсу та розуміння ролі права як соціального регулятора, джерела нормативності¹⁹¹:

¹⁸⁸ Цитата за: Hirschman, A. (1977). *The Passions and the Interests: Political Arguments for Capitalism before its Triumph* (p. 34). Princeton : Princeton University Press.

¹⁸⁹ Норберт, Еліас (2003). *Процес цивілізації. Соціогенетичні і психогенетичні дослідження* (Пер. Олекса Логвиненко) (с. 63–69). Київ : Видавничий дім «Альтернативи».

¹⁹⁰ Див.: Ернст, Канторович (2013). *Два тела короля*. Москва : Изд-во Ин-та Гайдара.

¹⁹¹ Водяніков, В. (2020). Концепція інтересу у конституційному праві: до питання розуміння «суспільний інтерес» та «особливе суспільне значення» в провадженнях за конституційними скаргами. *Український часопис конституційного права*, 4, 22.

«Виникнення поняття «інтересу» в політичній науці і юриспруденції, власне, пов'язане з (1) раціоналізацією державного управління, перетворення його на «зрозумілий» і ефективний процес та (2) утвердженням «мононормативності» в суспільних регуляторах через запровадження «монополії» права, тобто санкціонованих (чи у нечисленних випадках толерованих) державою норм. <...> Нова когнітивна картина світу, трансформована науковими відкриттями у математиці, небесній механіці, природничих науках, заклала основи для розуміння світу як фізичного, так і соціального, як єдиного цілого, що має, на думку філософів Просвітництва, керуватися однаковими законами. В цьому контексті інтерес почав розглядатися як ключове поняття для пояснення людської поведінки».

Ці речі цілком правильні, які потребують своєї конкретизації. Не випадковим є виникнення «інтересу» у період Раннього модерну та його формування протягом епохи Просвітництва та Промислової революції. У цілях цього дослідження я інтегрую це поняття із явищем національного у контексті конституційної ідентичності.

В епоху, коли висловлювався герцог де Роган ідентичність насамперед полягала в ототожненні спільності через династичну і релігійну приналежність. Релігійні війни та 80-річна війна за незалежність Нижніх Провінцій від іспанських Габсбургів є яскравим проявом. Власне, розв'язання проблеми незалежності Нідерландів склало одну із трьох опор Вестфальського миру, який заклав засади сучасного світового порядку, заснованого на ідеях національної держави (*Nation-State*), а стосовно Нідерландів було прийнято парадоксальне рішення – в якості повнокровного суб'єкта було визнано новостворену республіку – Королівство Нідерландів буде вже пізніше. Із цією ж проблемою зіткнеться на стику 1648/49 Гетьманщина – Військо Запорізьке, яке вирішуватиме проблему визнання її чи через династію (хоча Хмельницький аж ніяк не міг бути визнаний засновником нової династії)

або традиції республіканізму, притаманному власне Війську Запорізькому. Саме з цих причин Гетьманщина шукала протекторату у більш сильних сусідів, починаючи від Порту, закінчуючи Шведським королівством, зупинивши свій парадоксальний і роковий вибір на Московському царстві.

Сам дискурс про інтерес, дійсно, пов'язаний із раціоналізацією його, оскільки якраз в епоху Раннього модерну і Просвітництва світобачення є механістичним – з нього походять такі поняття у праві як «механізм правового регулювання», «механізм держави», «механізм/система юридичного захисту» тощо. По суті, йде мова про розуміння витоків та рушійних сил, який приводять соціальні системи до їх дії і розуміння їх як механізмів виводить на критерії дієвості та ефективності, а також розробки їхніх певних параметрів та критеріїв. Раціоналізація цього дискурсу остаточно оформлюється у Рудольфа фон Єрінґа через його концепцію *Interessenjurisprudenz*, як потім буде розроблена американськими правознавцями. Водночас це період часу, коли публічне урядування змінює концепт поліцейстики на доктрину правової держави (*Rechtsstaat*), яке буде мати вирішальне значення для формування сучасного розуміння ухвалення рішень державами, зокрема у зовнішньополітичній сфері.

Зі становленням національних держав та втілення їх політичних заходів на практиці через юридичні засоби, виникли питання щодо забезпечення саме національних інтересів у відносинах із іншими державами. Весна народів 1848 року лише посилила тренд у становленні національних держав, що юридично знайшло своє відображення, незважаючи на поразку угорців під проводом Лайоша Кошута перед Габсбургами, у трансформації Австрійської імперії у 1867 році в Австро-Угорську імперію. Однак цей компроміс не розв'язав проблеми політичної інтеграції у цій державі, оскільки не політичну арену вийшли також чехи, хорвати, словенці та русини-українці з поляками. Відголоском Весни народів є цілком також діяльність Кирило-Мефодіївського товариства, яке також ставило

на порядок денний визнання окремішності українців та відновлення власної державності, тяглість якої визначали з періоду Русі та Гетьманщини.

Сучасне конституційне право, однією із методологічних засад складає пропорційність, оперує його вузьким компонентом – балансуванням – таке виражає через визначення легітимної мети запроваджуваних державою заходів, а також двоєдиного процесу: визначення (1) допустимих меж обмежень прав людини та (2) легітимних меж діяльності держави, її втручання у сферу приватної автономії. Одним із основних критеріїв цього балансування, щодо якого існує доволі широка література, є визначення адекватності обраних засобів поставленій меті, яка має бути легітимною і забезпечена належними і достатніми для цього засобами. Це є чи не ключовим чинником відстоювання національних економічних інтересів, які мають відповідати основоположним принципам права, зокрема поваги до прав людини. Звідси й виникає проблема ефективності та дієвості владних рішень.

3.2.3. Національний суверенітет та ефективність владних рішень. Зачеплена проблематика фрагментарно розроблена у вітчизняній літературі, адже вона потребує осмислення балансу публічних і приватних інтересів у контексті зовнішньоекономічних відносин. Зокрема, у сфері господарського права існують дослідження щодо оптимізації національного правового забезпечення економічної безпеки на мега-, макро-, мезо-, мікрорівнях та його уніфікації із законодавством Європейського Союзу; удосконалення загальнодержавної та регіональної економічної політики у цій сфері¹⁹². Однак безпековим виміром питання забезпечення національного суверенітету у зовнішньоекономічній діяльності не обмежується. *Stricto sensu* з огляду на верховенство права зазначена

¹⁹² Білоусов, Є.М. (2019). *Господарсько-правові засоби забезпечення економічної безпеки України* (автореф. ... д.ю.н., с. 3–4). Харків : Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

проблематика лежить насамперед у площині юридичної визначеності, оскільки існує німецький відповідник *Rechtssicherheit* (власне, юридична безпека) англomовному поняттю *legal certainty* (юридична визначеність). Хоча також поширений погляд, згідно з яким безпека трактується як захищеність життєво важливих інтересів суспільства і держави, а також національних цінностей і способу життя від широкого спектра зовнішніх і внутрішніх загроз, різних за своєю природою (військових, економічних, екологічних, політичних, інформаційних та ін.)¹⁹³.

Одним із інструментів відстоювання національних економічних інтересів одні автори вважають Національну стратегію економічної безпеки. Зокрема, підкреслюється, що Стратегія розглядає «сталій розвиток національної економіки та її інтеграція в європейський економічний простір» як один з напрямів реалізації пріоритетів національних інтересів України та забезпечення її національної безпеки; при цьому зазначається, що «низький рівень добробуту породжує зневіру і невпевненість у майбутньому, провокує насильство, що гальмує розвиток та консервує відсталість»¹⁹⁴. Водночас ці речі залежать від структури національної економіки та інституційної спроможності держави. Ступінь відкритості та конкурентоздатність національної економіки визначає особливості прийняття рішень із зовнішньоекономічних питань органами влади. Яскравим прикладом є сучасна криза на ринку енергетики, своєрідним полігоном якого став енергоринок в Україні у 2020 році, основні тенденції якого цілком проявляються на світовому ринку енергетики. Зростання використання енергетики внаслідок відновлення економіки після певного застою, пов'язаного із обмежувальними заходами під час пандемії коронавірусу, змінило структуру

¹⁹³ Олейников, Е.А. (ред.) (2005). Экономическая и национальная безопасность (с. 156). Москва : Изд-во «Экзамен».

¹⁹⁴ Яковюк, І.В., Туренко, А.Ю. (2021). Економічна безпека України як передумова забезпечення її суверенітету. *Проблеми законності*, 154, 15.

споживання джерел енергетики на користь традиційних, на противагу існуючої протягом 2010–2020 років тенденції до розширення долі у структурі енергоринку відновлювальних джерел енергетики. Це також пов'язано із технічними параметрами ринку енергетики, на якому коливання напруги у мережі можна наразі вирівнювати за рахунок саме традиційних джерел енергетики. При цьому значну роль у забезпеченні певного запасу енергоресурсів відіграє атомна енергетика, яка потребує вдосконалення щодо забезпечення її безпеки, зокрема із використанням можливостей штучного інтелекту та інформаційних технологій.

У цьому контексті, як вірно зазначається, енергозбереження розглядається як один із найважливіших напрямів економічної безпеки, який став надзвичайно важливим після розпаду Радянського Союзу та поглиблення інтеграції України у світові енергетичні ринки, тим більше що велика енергоемність виробництва в Україні значно понижує конкурентоспроможність національної економіки на світових ринках і робить її вельми затратною. Розмежування виробників та постачальників на ринку електроенергії є початковим етапом у гарантуванні конституційних свобод підприємницької діяльності учасників цього ринку та забезпеченні рівних умов для споживачів, виробників і постачальників електроенергії¹⁹⁵. Водночас на ринку енергетики виникає принаймні дві проблеми, які пов'язані із глобальними ринками, з одного боку, та суміжними ринками – з другого боку. Глобальні ринки енергетики визначаються із розподілом ринку енергоресурсів, якими Україна задовільно забезпечення і головна проблема полягає у раціональному використанні ресурсів. У свою чергу, ринок енергоресурсів впливає на інші ринки – зокрема, якщо говорити про Україну, – на аграрний ринок, оборонно-промисловий комплекс, транспорт чи,

¹⁹⁵ Завидняк, М.І. (2016). *Конституційно-правові засади забезпечення економічної безпеки України* (автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.02 – конституційне право; муніципальне право, с. 9). Ужгород : Ужгородський національний університет.

як не парадоксально, на сферу ІТ. Йде мова про структуру джерел енергетики та формування цін на них, а також практична площина реалізації концепту сталого розвитку, яка передбачає розширення використання джерел відновлювальної енергетики. Однак це впирається у рівень технологій, оскільки система енергоринку залежить від стану їхнього розвитку та собівартості різних їх джерел, що власне може визначати структуру ринку джерел енергетики та їх використання.

Я трюкаюсь ринку енергетики не випадково, оскільки він був ареною російсько-українських економічних воєн 2005/6, 2009 та 2013 років. Він послужив також причиною судового процесу у Високому суді Лондона на три мільярди дол. США запозичень уряду України під орудою Миколи Азарова у 2013 році через офшорну структуру, кінцевим бенефіціаром якої було Міністерство фінансів РФ. І під ці запозичення, загальна сума яких мала скласти 15 млрд дол. США, РФ заклала інституційну бомбу – в умовах фінансової неспроможності урядування тодішнього керівника Януковича на жовтень 2015 року, коли, згідно з чинною на той час Конституцією України, перед новообраним Президентом мав складати повноваження уряд і формуватися новий. За таких умов РФ отримували доволі гарні інструменти фінансового тиску (фактично ведення економічної війни) на Президента України з метою формування лояльного до РФ уряду та введення зовнішньополітичного курсу України у фарватер впливу російського зовнішньополітичного курсу, замикаючи національну економіку України на російський ринок, який і так вже мав домінуючий вплив на той час.

До речі, вказаний *modus operandi* РФ є типовим втіленням концепту Realpolitik, який демонструє ця країна з моменту звільнення від васальної залежності як улуса Золотої Орди. Основою такої стратегії поведінки є конкуренція на світових ринках із використанням різноманітних моделей конфронтації та формування різного роду домінуючих чи монопольних структур взаємодії на

ринку. Самі по собі вони є конфліктогенними і не дають належного корисного ефекту. Як свідчить теорія ігор, такі моделі поведінки є контрпродуктивними, внаслідок яких протагоністи врешті-решт можуть отримати взаємно негативні результати. Навпаки, використання певних моделей взаємодії та кооперації з точки зору теорії ігор є виграшними і можуть мати корисний ефект для конкурентів і надати динаміку розвитку на ринку.

Який же концепт прийнятний для коопераційної моделі прийняття зовнішньоекономічних рішень? Такий базується на природі цінностей права, які виражають суспільний консенсус щодо прийняття рішень у сфері економіки і забезпечують баланс інтересів на ринку. Дискурс про цінності у праві, оскільки такі є неформалізованими та некодифікованими, загалом нагадує собою природне середовище ринку, в основі якого лежить економічна свобода та конкуренція. Ці чинники є джерелом формулювання правил, однак такий консенсус досягається через довіру. Довіра на ринку є одним із ключових чинників застосування процедур медіації чи третейського арбітражу, адже вирішення спорів у рамках офіційної державної процедури із застосуванням примусу переважно руйнує таку, що впливає на структуру ринку. В умовах, коли структура ринку побудована переважно через домінуючих учасників або на ній є яскраво виражені монополісти, то кращою стратегією буде не конфронтація із застосуванням державного примусу, а використання посередника, який би сприяв збереженню довіри між контрагентами з метою подальшого співробітництва на взаємовигідній основі.

Така модель поведінки передбачає кооперацію чи/та співпрацю та дві речі при формулюванні правил: балансування між принципами права (як правило, між економічною свободою та економічним добробутом, національною безпекою тощо) та побудови певної ієрархії у систематичі цінностей, що зумовлено потребами належної юридичної аргументації. Прикладом цього може

слугувати чеський досвід, про який пише науковець Павел Коукал, говорячи про особливості реалізації авторського права, зокрема у ліцензійних договорах, наголошуючи на двох аспектах конституційно конформного тлумачення законів. Першою причиною є обов'язок конституційно узгодженого тлумачення, що впливає зі сталої практики Конституційного Суду, а також з чіткого розпорядження законодавця щодо розвитку конституційних положень у цивільному законодавстві (§ 2, п. 1 Цивільного кодексу Чеської Республіки). Другою причиною є той факт, що при вирішенні конфлікту інтересів, що відображається у структурному та обмеженому часом суспільній спадщині, захищеної авторським правом твори або їх частини можуть використовуватися позадоговорному порядку із винятками щодо захисту авторських прав з мотивів суспільного інтересу, виникає колізія між основними правами і свободами та гарантованими конституцією принципами¹⁹⁶. Власне кажучи, така методика тлумачення конституції як сукупності основоположних цінностей і принципів права передбачає оперування розуміння ієрархії цінностей та забезпечення справедливого балансу між ними, оскільки з економічної точки зору тут вирішується гостре питання щодо справедливого розподілу доступу до ресурсів.

Власне зазначений механізм взаємодії визначає матрицю узгодження інтересів та логіку ухвалення рішень, зокрема із зовнішньополітичних питань. Емпіричний досвід свідчить, що консервативні та авторитарні моделі урядування схильні до конфронтаційних типів взаємодії, а ліберальні та ліберальні демократії – до кооперативних.

Як зазначається у компаративній літературі з питань глобальної економіки, ключовими проблемами на сьогодні є подо-

¹⁹⁶ Koukal, Pavel (2019). *Autorské právo, public domain a lidská práva*, 1. vydání, 271. Brno : Masarykova univerzita.

лання бідності та алокація ресурсів¹⁹⁷. Ця проблематика розглядається також у контексті справедливості алокації ресурсів між заможною Північчю та бідним Півднем, яка також суміщається із грамотністю споживання¹⁹⁸. Насправді, багато тут залежить від інституційної спроможності держави, яка може формувати і відтворювати діяльність ефективних інституцій, які зможуть здійснювати справедливу алокацію ресурсів і на цій основі забезпечувати фінансування та планування видатків на певні легітимні цілі з метою забезпечення економічного добробуту. Зокрема, корупційний чинник, який істотно підриває конкурентоспроможність національних економіки країн Півдня та країн із перехідними економіками, можливо подолати через збалансоване регулювання економічних процесів, що доволі часто пов'язано із проблемою дерегуляції та збалансованим тлумачення свободи договору, довірою на ринку та інструментами її забезпечення, а також доступ до справедливого правосуддя. Оскільки тут зачіпаються економічні права, то державна система має бути спроможною для підтримки конкуренції на ринку та забезпечення рівного доступу до ресурсів, що істотно впливає на інвестиційний клімат в країні та можливість залучення для розвитку національної економіки додаткових ресурсів для розвитку ззовні. Такі чинники істотно впливають на позиції переговорів представників національної держави на білатеральному рівні чи на рівні світових організацій в економічній сфері на зразок СОТ. З іншого боку, ці речі також свідчать про сучасну кризу представницької демократії, як з точки зору представництва національних інтересів, так і їх підзвітності та підконтрольності.

¹⁹⁷ Sarah, C. Goff (2018). Fair trade: global problems and individual responsibilities. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 21:4, 521-543, DOI: 10.1080/13698230.2016.1252993

¹⁹⁸ Low, W., & Davenport, E. (2006). Mainstreaming fair trade: Adoption, assimilation, appropriation. *Journal of Strategic Marketing*, 14, 315-316.

Вади інституційної спроможності держави цілком впливають на ступінь відкритості-закритості економічної системи – тобто має місце зворотній процес щодо потенційного підриву можливості відстоювання національних економічних інтересів на глобальних ринках та у рамках світового співтовариства. Брак верховенства права та конкурентоспроможності національної економіки є «благим» ґрунтом для шантажу представників національних держав та схиляння їх до підписання контрактів, сумнівних з точки зору забезпечення національних інтересів, як це раніше проявлялося у російсько-українських енергетичних війнах. Наявність монополії у НАК Нафтогаз України та брак демократичної підзвітності та підконтрольності у цій галузі зумовлювало можливість до укладання контрактів фактично на кабальних умовах у врозріз із національними економічними інтересами. Відсутність інклюзивності, тобто включення у цей процес зацікавлених осіб всупереч засад належної правової процедури (*due process*, зокрема права ініціювання розгляду, бути заслуханим та обґрунтованості рішень), підриває засади демократичної легітимності ухвалення рішень, служачи розширенням поля засобів вчинення тиску у ході переговорів та узгодження положень домовленостей у сфері національних економічних інтересів у відносинах з іншими країнами чи міжнародними організаціями.

Млявість парламенту у здійсненні процедур парламентського контролю у сфері питань зовнішньоекономічної діяльності сама по собі нівелює вимогу демократичної підзвітності та підконтрольності. Відсутність процедури інтерпеляції обмежує можливість публічного обговорення наслідків ухвалення рішень та здійснення заходів відповідальними міністрами та главою уряду у зовнішньоекономічній сфері. Також тому не сприяє консервативний підхід Конституційного Суду, який вважає, що незалежних державних регуляторів слід засунути у прокрустове ложе

органів у сенсі пунктів 9¹ і 9² статті 116 (1) Конституції України, хоча вони *per se* можуть діяти як ефективні інститути влади лише за умови рівновіддаленості від політичних інституцій та ділових кіл країни.

У силу приписів Преамбули Конституції Україна визнає свою європейську ідентичність та політичний курс на європейську інтеграцію, що також охоплює позитивні зобов'язання інститутів влади відповідно до приписів статей 85(1)(15), 102(3) та 116(1¹). Вказане цілком узгоджується із однією із трьох основоположних конституційних цінностей у сенсі статті 159 Конституції України, оскільки розширює можливості відстоювання національних інтересів та ухвалення суверенних рішень Україною, а не має наслідком ліквідацію суверенітету України. Як на мене, зазначена проблематика лежить у площині інтерпретації конституційних положень та мистецтві дипломатії й інституційної спроможності держави відстоювати національні інтереси у зовнішньоекономічній сфері.

Дискурс про інтерес пов'язаний із раціоналізацією його, саме з якого походять такі поняття у праві як «механізм правового регулювання», «механізм держави», «механізм/система юридичного захисту» тощо. В Україні забезпечення національних економічних інтересів зумовлено станом демократичної підзвітності, який свідчить про схильність екстрактивності інституцій і блокуванню динаміки розвитку економіки, що в епоху глобалізації має наслідком зниження її конкурентоспроможності на світових ринках, що у свою чергу, істотно обмежує прийняття та впровадження суверенних рішень. На відміну від чинної конституційної моделі семіпрезиденталізму деконцентрація влади, притаманна парламентському урядуванню, стимулює посилення демократичної легітимації уряду та його демократичної підзвітності парламентам. Для цього парламент має достатньо інструментів через законодавство та парламентський контроль.

Ступінь відкритості та конкурентоздатність національної економіки визначає особливості прийняття рішень із зовнішньоекономічних питань органами влади. Коопераційна модель прийняття зовнішньоекономічних рішень ґрунтується на природі цінностей права, які виражають суспільний консенсус щодо прийняття рішень у сфері економіки і забезпечують баланс інтересів на ринку. Дискурс про цінності у праві, оскільки такі є неформалізованими та некодифікованими, загалом нагадує собою природне середовище ринку, в основі якого лежить економічна свобода та конкуренція. Ці чинники є джерелом формулювання правил, однак такий консенсус досягається через довіру.

Багато тут залежить від інституційної спроможності держави, яка може формувати і відтворювати діяльність ефективних інституцій, які зможуть здійснювати справедливу алокацію ресурсів і на цій основі забезпечувати фінансування та планування видатків на певні легітимні цілі з метою забезпечення економічного добробуту суспільства. Вади інституційної спроможності держави цілком впливають на ступінь відкритості-закритості економічної системи – тобто має місце зворотній процес щодо потенційного підриву можливості відстоювання національних економічних інтересів на глобальних ринках та у рамках світового співтовариства. Брак верховенства права та конкурентоспроможності національної економіки є «благим» ґрунтом для шантажу представників національних держав та схилення їх до підписання контрактів, сумнівних з точки зору забезпечення національних інтересів. На цих кардинальних напрямках має зосереджуватися увага подальша еволюція владних інститутів України. Це дасть змогу поглибити інтеграцію України у глобальний ринок та покращити механізми відстоювання національних економічних інтересів.

3.3. Право на епідемічну безпеку та економічна система: національне та транснаціональне

Епідемії/пандемії без сумніву впливають на глобальні ринки і за ступенем впливу на розвиток суспільства самі по собі виходять за межі лише зусиль національних держав. Власне, сам карантин як один із антиепідемічних заходів виник у силу інтенсивних торговельних контактів з метою запобігання розповсюдженню хвороб, що випливало із людського досвіду вжиття таких заходів. Право на епідемічну безпеку є складником права на медичне забезпечення, яке у свою чергу є елементом права на життя. У свою чергу, епідемічна безпека є критерієм обмеження прав людини, на підставі чого уряд може вживати певні заходи з метою запобігання або припинення поширення інфекційних хвороб. Водночас стан епідемічної безпеки характеризує стан медичної інфраструктури, яка залежить від ступеня заможності країни, та ефективності алокації ресурсів для цих цілей. Це не прості питання, які слід розглянути через призму приватної автономії та *individual integrity*, а в кінцевому результаті вони зачіпають навіть питання трансгуманності.

Чому це так?

3.3.1. Трансформація прав людини: друга хвиля. Коли іспанські Габсбурги буквально дістали всю Європу гіперінфляцією, нещадно експлуатуючи срібні рудники Потосі та грабуючи золото імперій інків та ацтеків, особливо нестерпно це стало для Нижніх Провінцій. Технологічні розвинуті із високим рівнем добробуту як на той час та високою інтелектуальною традицією перебувати далі у фарватері такої зневажливої політики вже ніхто не погоджувався із жителів Нідерландів. 80-річна війна за незалежність скінчилася із Тридцятилітньою війною і договір, яким визнали незалежність Нідерландів, став невід'ємним елементом Вестфальського миру, поклавши початок модерного світового порядку.

У той же час інтелектуальна традиція свободи виробила дискурс щодо універсальності прав людини. Гуго Гроцій виводить права людини із визнання права на самозахист, зважаючи на контекст подій у Нижніх Провінціях. У свою чергу, Томас Гоббс розглядає свободу у прокрустовому ложі безпеки, на чому будується його логіка соціального контракту. Однак інакше на цю проблему пізніше дивився Джон Лок, який повертається до традиції *Habeas corpus*, спираючись на концепт приватної автономії індивіда як засадничої предтечі свободи. Цю ідею підхопить Імануїл Кант, формулюючи свій категоричний імператив, заснованого на приватній автономії та універсальності свободи як суверенного і відповідального вибору особи. Раціональність обґрунтування ідеї прав людини вінчає «Похвала глупоті» Еразма Ротердамського як антитеза суспільства, заснованого на ієрархії та стратифікації станів.

Ідеї певним чином матеріалізуються. Якщо становлення незалежності Нідерландів було першою ластівкою, то Американська конституція стояла цілком міцно на ногах традиції *Habeas corpus* та духу вільності колонізації Американського континенту. Це вже пізніше буде піднято прапор *affirmative action doctrine* як рефлексії на практики консервативної Америки із її сегрегацією афроамериканців та комплексом вини перед переслідуваними *ingenious peoples* – індіанцями.

Саме на американському досвіді з урахуванням потужного дискурсу епохи Просвітництва під час скликання Людовіком XVI Генеральних штатів третій стан оголосить себе Установчими зборами з метою оголошення нового порядку. Адже в основі зародження парламентаризму було надання згоди монархові на збір податків. Однак цю проблему у рамках станово-представницьких Генеральних штатів із диктатом представників *Ancient regime* вже не можна було розв'язати – розвинуте суспільство та ідеї Просвітництва все більше сприяли поширенню ідей республіканізму та громадянина як повнокровного члена суспільства із належними

йому природними і невідчужуваними правами. Власне у французькій Декларації прав людини і громадянина ідеї рівності, братерства і солідарності стали наріжним каменем сучасного конституціоналізму. Таким чином, в основі концепту прав людини лежить просування ідей людської гідності, свободи та рівності, а привідним паском цих процесів служить технічний прогрес та залежний від нього рівень добробуту людства.

Якщо подивитися на сучасні тенденції розвитку прав людини з цього ракурсу, то виходить доволі цікава картина. Чергова криза ліберальної демократії, каталізатором якої стали обмежувальні заходи, спрямовані на боротьбу із пандемією коронавірусу COVID-19, свідчать про нове переосмислення структури свободи. Наразі існує консенсус, що структуру свободи складають негативна і позитивна свободи, а також відповідальність, що ґрунтується на інтерпретації людської гідності та приватної автономії. Ядром, серцевиною цього дискурсу є приватна автономія, яка передбачає свідомий і відповідальний вибір індивіда, на чому ґрунтується вимога його усвідомленої згоди у разі застосування державою певних заходів, спрямованих на публічний інтерес, зокрема епідемічну безпеку.

Тут зв'язуючою ланкою є довіра, про яку так доречно писав Френсіс Фукуяма, оскільки така зумовлює структуру соціальних паттернів та легітимізацію правил і процедур. Якщо говорити про Україну та COVID-19, то довіру до запроваджуваних антиепідемічних заходів підривають два чинники: 1) абсолютно неадекватні дії радянського режиму у 1986 році під час аварії на Чорнобильській АЕС та 2) хаотичні, непослідовні та надмірно рестриктивні заходи уряду щодо здійснення окремих свобод на початку пандемії (о! заборона гуляти парками – це ціла пісня була ☺).

Однак все залежить не лише від соціальних паттернів і дискурсу про свободу. Тут знову постає технологічний чинник, який став у свій час тригером всіх подій у Нижніх Провінціях. Отже, фактично слід говорити про другу хвилю у розумінні прав людини, яка

є постмодерною за сутністю та трансгуманною. Загалом, поняття трансгуманності не є новим, оскільки воно прийшло нам ще з епохи Відродження, коли термін *transhumane* вжив Данте Аліґ'єрі у своїй «Божественній комедії». По суті, вжиття заходів щодо покращення умов людського життя із повагою до людської гідності з використанням сучасних технологій складають сутність другої хвилі переосмислення прав людини.

Водночас, фундаментальні речі, пов'язані із приватною автономією, людською гідністю та свободою, насамперед трактуються у руслі свободи розвитку індивіда та недискримінації. Власне кажучи, рестриктивні практики, спрямовані ніби на запобігання та подолання COVID-19, доволі часто здаються звичайнісінькою сегрегацією, що суперечить забороні дискримінації та забезпечення рівних можливостей у вільному розвитку індивіда. Насправді, застосування обмежувальних заходів у ході боротьби із певними пандеміями впирається у наявну інфраструктуру медичного забезпечення та заходи щодо охорони здоров'я як складників позитивних обов'язків держави у забезпеченні права на життя. Хоч ідеї трансгуманізму не є якоюсь там новизною, однак вони постали зовсім із іншого ракурсу у зв'язку із низкою рестриктивних заходів, пов'язаних із пандемією COVID-19. Але ще гірше вийшло тут із джерелами виникнення цієї пандемії, а також першої реакції на її поширення.

3.3.2. Медичні дослідження: ракурс демократичної підзвітності та підконтрольності заходів. Попри тривале існування ідеї трансгуманізму, людству слід пам'ятати, що чи не кожні сто років на планеті Земля мають поширення епідемії планетарного масштабу (якщо бути точнішим, пандемії взірця іспанки відбуваються кожні 400 років, а коронавірусу – щокожні 59 років¹⁹⁹).

¹⁹⁹ Podbregar, Nadja (2021, 25 August). Pandemien: Wann droht die nächste? Wiederkehr-Wahrscheinlichkeit von Epidemien verschiedener Intensität ermittelt, *Scinexx*. URL: <https://www.scinexx.de/news/medizin/pandemien-wann-droht-die-naechste/>

Далеко за прикладами ходити не треба – згадаймо хоча би іспанку 1919/21 років. По суті, питання стоїть так, з точки зору досвіду людської цивілізації: яким би не був технічний прогрес та рівень технологій, а епідемії приходять по своєму розпорядку. І до них банально слід бути готовим.

Власне, пандемія коронавірусу виникла із низкою проблем, пов'язаних із підзвітністю та підконтрольністю медичних лабораторій, які проводять вірусологічні дослідження, спрямовані на запобігання інфекцій та вироблення нових вакцин з цією метою. Якщо брати до уваги різного роду конспірологічні версії, то вони зводяться до двох основних реперних точок – медичних маніпуляцій, пов'язаних зі створенням біологічної зброї або/та використанням епідемії в якості певного чинника для гри у довгу на фондових глобальних ринках з метою просування економічних інтересів Китаю. Перша версія спростовна статистикою захворювань та долею смертності (2,5 млн смертей із 265 млн випадків, що складає 2 відсотки станом на 23 листопада 2021 року) серед тих, хто перехворів на коронавірус, що видно із постійно оновлюваних даних на *Worldometers*²⁰⁰.

Проблеми пандемічного характеру пов'язані зі станом медичної інфраструктури, яка (1) має гарантувати доступ до медичної допомоги у разі захворювання на пандемічну хворобу, (2) яке навантаження накладають антиепідемічні заходи на системи медичного забезпечення та доступу до медичної допомоги по іншим клінічним випадкам, (3) система алокації ресурсів на медичне забезпечення, зокрема система медичного страхування, а також (4) стан діагностики у медичній системі, що зумовлено диференціацією рівнів та спеціалізацією медичної допомоги.

Друга версія пов'язана власне із демократичною підзвітністю і підконтрольністю медичних досліджень, а також додержанням

²⁰⁰ Woldometer, URL: <https://www.worldometers.info/coronavirus/>

біоетичних вимог і стандартів. З цієї точки зору слід говорити про прозорість та передбачуваність заходів при здійсненні вірусологічних досліджень з метою попередження інфекцій та виробництва вакцин, що не було дотримано при здійсненні певних процедур у Вуханському інституті вірусології. Вочевидь у лабораторії інституту не було дотримано вимог безпеки щодо поводження із відповідним біоматеріалом, що викликало неконтрольоване поширення коронавірусу. Це також розкрило вади диктаторських режимів, які в силу своєї автаркії при виникненні певних проблем намагаються її замовчувати і вирішувати шляхом певних рестриктивних заходів. У силу масштабування, пов'язаного із населенням Китаю, та глобалізацією, яка зумовлює інтенсивність людських контактів, без публічних заходів щодо забезпечення епідемічної безпеки, насправді складно прослідкувати ареал розповсюдження хвороби, оскільки потенційні жертви не підозрюють про її існування та не додержуються правил безпеки і дотримання вимог гігієни при таких випадках. Наразі немає достовірної інформації щодо обставин поширення коронавірусу із лабораторії Вуханя, чи це був організований витік чи недбалість²⁰¹. Насамкінець, своєрідним нюансом тієї історії із коронавірусом є те, що у лабораторії Вуханя закінчувався проект по дослідженню вірусів, який фінансувався урядом США і виникли побоювання про неможливість продовження його фінансування у зв'язку із недодержання правил безпеки. Всі ці речі зачіпають доволі сильно питання біоетики.

Гідність демократичної легітимації передбачає повагу прав меншин у контексті принципу недискримінації. Така вимога взаємного балансу базується на повазі до гідності людини, її свободи та вимог справедливості, як матеріальної, так і процесу-

²⁰¹ Nakashima, Ellen, Abutaleb, Yasmeen and Achenbach, Joel (2021, 24 August). Biden receives inconclusive intelligence report on covid origins, *Washington Post*. URL: <https://www.washingtonpost.com/politics/2021/08/24/covid-origins-biden-intelligence-review/>

альної. Зокрема, з питань біоетики виникає низка питань щодо забезпечення цілісності особи (*individual integrity*), фундаментальним принципом якого є заборона *'medical experimentation without consent'* (здійснення медичних експериментів без згоди), основою чого є повага до гідності людини та її приватної автономії (можливості вільного, без стороннього тиску, вибору). Такими вимогам мають відповідати вирішення питань щодо трансплантології, дослідження та виведення організмів із наперед заданими властивостями. Також значну роль тут відіграє процесуальна справедливість, яка включає право заінтересованих осіб бути заслуханими та вираження вільної волі особою щодо якого вживаються певні медичні заходи. Це передбачає наявність певних юридичних механізмів узгодження відповідної волі носія права та заінтересованих осіб, щоб за допомогою кваліфікованого юриста, який відповідає належним діловим і моральним якостям, ухвалювати рішення щодо здійснення певних медичних процедур чи методик лікування. З цієї точки зору виникне також питання щодо з'ясування змісту правил та процедур використання цифрових технологій у сприянні реалізації можливостей людини²⁰².

Стосовно використання фактору пандемії для підвищення економічної могутності Китаю, то така тактика (ми б її не назвали стратегією) з точки зору теорії ігор є варіантом *lose-lose*, оскільки вона наперед зорієнтована на конфлікті модель, а не на кооперацію. Емпірично пандемія має наслідком розірвання логістичних ланцюжків у глобальному вимірі, збільшення споживання енергії, що зумовлює збільшення викидів у довкілля. Алокація ресурсів у медичну галузь хоча і сприяє її розвитку, однак це має наслідком зростання диспропорцій у структурі економіки. Оскільки така

²⁰² Савчин, М. (2020). *Порівняльне конституційне право* : підручник (с. 430). Київ – Ужгород : ВАІТЕ.

алокція ресурсів супроводжується директивними заходами, які викликали зокрема гостру полеміку у ЄС між Палацом правосуддя ЄС та Федеральним конституційним судом Німеччини, то виникають питання щодо обґрунтованості та пропорційності запроваджуваних заходів з огляду на економічні свободи. Але як не дивно, найбільше страждає свобода пересування, що сьогодні розглядається як фундаментальна основа людської цивілізації. Акцентування зайнятості на дистанційний режим поступово змінює ритм життя людства, що все більше нагадує пророцтва фантаста Айзека Азімова. Про це піде мова більш детально далі.

3.3.3. Individual integrity, приватна автономія та антиепідемічні заходи. При застосуванні певних антиепідемічних заходів підлягає загрози вільний розвиток особистості. Адже такі заходи вживаються для запобігання навантаження на систему медичного забезпечення, зокрема доступу до медичних послуг, а також задля винайдення вакцин у разі інфекційних хвороб. Ці речі стосуються позитивних обов'язків держави щодо забезпечення права на життя.

Individual integrity та людську гідність у своїй сукупності можна трактувати як можливість особі вільно розвиватися як вільному індивіду, який розуміє свою місію і самоцінність у суспільстві. Тому будь-яке медичне втручання, зокрема здійснення антиепідемічних заходів, як от вакцинація населення, має ґрунтуватися на вільному виборі індивіда, який має бути співмірним з огляду на баланс приватного інтересу та інтересу невизначеного кола осіб, здоров'я яких охороняється за допомогою таких заходів. Тут ми якраз не говоримо про публічний інтерес, оскільки набуття колективного імунітету під час антиепідемічних заходів шляхом вакцинації як науково доказового методу запобігання інфекціям стосується саме невизначеного кола осіб, тобто складає соціетальний інтерес. Про це вказав ЄСПЛ у рішенні *Vavricka v. Czech Republik*, в якому визнав вакцинацію «один з найбільш успішних та еконо-

мічно ефективних заходів охорони здоров'я»²⁰³, в якому наголосив на легітимності впровадження вакцинації не лише нарівні закону, а також на рівні підзаконних правових актів. У рішенні Соломатін проти України²⁰⁴ ЄСПЛ наголосив, що вакцинація є легітимним втручанням у приватну автономію, викликаного суспільним інтересом, покликаним забезпечити епідемічну безпеку у закладах освіти (йшла мова про вакцинацію дітей проти дифтерії, коклюшу і правця).

Принцип поінформованої згоди на проведення медичних досліджень та застосування препаратів лежить в основі спілкування між лікарем та пацієнтом. Ця вимога впливає зі стандарту юридичної визначеності, яка у нашому випадку означає роз'яснення пацієнтові про наслідки застосування певного медичного препарату, протоколу лікування хвороби чи наслідків застосування вакцини з урахуванням стану його здоров'я та медичних показників. Законодавство України у цьому відношенні доволі гнучке і належне його застосування дає змогу забезпечити повагу до людської гідності та забезпечити делікатне ставлення до приватної автономії індивіда як його суверенного і відповідального вибору щодо вакцинації та застосування інших медичних заходів взагалі. Хоча рішення виконавчої влади, прийняті на конкретизацію заходів, передбачених законом²⁰⁵, є небездоганними і часто

²⁰³ Vavříčka and Others v. the Czech Republic, Ap. 476321/13, Judgment on 8 April 2021.

²⁰⁴ Соломахін проти України, заява № 24429/03, рішення від 15 березня 2012 року.

²⁰⁵ Зокрема, стаття 27 (2) Закону України 4004-XII «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» (у ред. від 14.01.2021 р.) передбачає:

«Обов'язковим профілактичним щепленням для запобігання поширенню інших інфекційних захворювань підлягають окремі категорії працівників у зв'язку з особливостями виробництва або виконуваної ними роботи. У разі необґрунтованої відмови від щеплення за поданням відповідних посадових осіб державної санітарно-епідеміологічної служби вони до роботи не допускаються».

Імпліцитно, ці приписи передбачають можливість відмови від щеплення при наявності підстав для цього, чим можуть бути медичні показання, зокрема пов'язані із алергічними реакціями, генетичними збоями чи перебігом вагітності тощо.

необґрунтованими²⁰⁶, які межують інколи із дискримінаційними практиками сегрегації²⁰⁷, адже це ж класична ситуація «*You can not judge a book by its cover*»²⁰⁸.

Принцип пропорційності та критерії обмеження прав людини при застосуванні антиепідемічних заходів доволі – делікатне

²⁰⁶ Стаття 12 (2) Закону України 1645-III «Про захист населення від інфекційних хвороб» (у ред. від 16.01.2021 р.) передбачає таке:

«Працівники окремих професій, виробництв та організацій, діяльність яких може призвести до зараження цих працівників та (або) поширення ними інфекційних хвороб, підлягають обов'язковим профілактичним щепленням також проти інших відповідних інфекційних хвороб. У разі відмови або ухилення від обов'язкових профілактичних щеплень у порядку, встановленому законом, ці працівники відсторонюються від виконання зазначених видів робіт. Перелік професій, виробництв та організацій, працівники яких підлягають обов'язковим профілактичним щепленням проти інших відповідних інфекційних хвороб, встановлюється центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я».

У свою чергу, Міністерство охорони здоров'я ухвалило накази № 2153 від 04.10.2021 р. та № 2393 від 01.11.2021 р., якими передбачило перелік професій, виробництв та організацій, працівники яких підлягають обов'язковим профілактичним щепленням. Зокрема, згідно із цим переліком до таких відносяться «*установ[и] та організації, що належать до сфери управління центральних органів виконавчої влади*», хоча нагальної потреби для багатьох із них немає застосовувати такий захід, як примусова вакцинація. З іншого боку працівники можуть скористатися застереженням речення другого статті 27 (2) Закону 4004-XII, що вихолощує сутність такого положення.

²⁰⁷ До таких практик слід віднести різноманітні рестриктивні заходи, пов'язані із обмеженням свободи пересування, зокрема відвідування певних закладів. Однак правомірними є такі обмеження для закладів освіти, громадського харчування, розважальні заклади, спортивні заклади (хоча би щоб не повторився сумнозвісний фактор стадіону Сан-Сіро варіанту лютого місяця 2020 р., коли матч Аталанта Бергамо – Валенсія Ліги Чемпіонів УЄФА відвідало біля 45 тис глядачів, що стало одним із тригерів спалаху коронавірусу у провінції Ломбардія, Італія).

Однак особливу тривогу викликають рестриктивні практики, пов'язані із погрозами вивільнення або невилати заробітних плат, або відправлення у відпустку без виплати заробітної плати працівників, які є невакциновані, що є дискримінаційними сегрегаційними практиками, які атакують людську гідність, зокрема можливість вільного розвитку індивіда. Це часом вже нагадує соціальні антиутопії у стилі Олдоса Гакслі. Хоча зважаючи на сучасну структуру зайнятості більшість працівників можна перевести на режим дистанційної роботи і за таких умов на засадах пропорційності визначити їхній розмір оплати праці.

²⁰⁸ До речі, це класична стратегія студента-трієчника, який здає іспит, знаючи, якого кольору підручник викладача, якому він здає той іспит. Однак тут означає – не слід обирати перші-ліпші засоби за обкладинкою книги, що вам найперше сподобалась, з прислів'я «*ви не можете робити судження про книгу лише за обкладинкою*» (з англ.).

питання. Насамперед воно має здійснюватися відповідно до вимог належної правової процедури. Згідно із цими стандартами запровадження обмежувальних заходів задля запобігання і подолання наслідків епідемії є дворівневою:

– перший, адміністративний рівень полягає у запровадженні карантинних заходів, які можуть ефективно впроваджуватися локально у місцях спалаху інфекції органами місцевого самоврядування чи обласними державними адміністраціями за ініціативою головного санітарного лікаря відповідного рівня;

– другий, конституційний рівень має забезпечуватися через ухвалення рішення про запровадження надзвичайного стану в окремих місцевостях чи загалом в Україні, якщо масштаб захворювань критично є загрозливим і потребує вжиття всіх невідкладних заходів щодо запобігання та подолання захворювання у масштабах епідемії чи пандемії. За таких обставин слід також здійснювати дерогацію, тобто Верховна Рада, згідно зі статтею 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, має зробити заяву перед Генеральним секретарем Ради Європи про відмову від виконання окремих зобов'язань у сфері прав людини у зв'язку з наявністю життєвої загрози нації²⁰⁹.

Зокрема, у своєму прес-релізі ФКС ФРН наголосив на таких аспектах засад довіри та домірності у разі застосування обмежувальних заходів, спрямованих на боротьбу із COVID-19²¹⁰:

«Палата повинна була прийняти своє рішення на основі зважування наслідків під час скороченого розгляду справи з огляду на вплив оскаржуваних положень на всіх осіб, які постраждали. У цьому разі недоліки, які можуть виникнути внаслідок тимчасового застосування оскаржуваних заходів, якщо вони

²⁰⁹ Савчин, М. (2020). Суспільний інтерес як критерій обмеження прав людини та боротьба з пандемією коронавірусу. *Публічне право*, 2(38), 12 (5–22).

²¹⁰ Unsuccessful applications for preliminary injunctions in relation to the COVID-19 pandemic: Press Release No. 23/2020 of 08 April 2020. URL: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-023.html>

згодом будуть визнані неконституційними, є особливо вагомими. Однак вони чітко не переважають недоліки, які виникли б, якби заходи були призупинені, але згодом визнані конституційними. У ситуації, що склалася, небезпека для життя переважає обмеження особистої свободи».

Також ФКС Німеччини визнав правомірними обмеження, запроваджені Федеральним урядом протягом квітня-липня 2021 року, пов'язані із обмеженням свободи зібрань та запровадженням комендантської години. У своєму рішенні Суд зазначив, що обмеження щодо кількості людей, які можуть зустрічатися, і комендантської години з 22 год вечора до 5 год ранку були пропорційні ситуації. У рішенні зазначено, що заборона особистого відвідування школи не порушує права на навчання, закріплене в німецькій конституції, оскільки школи впроваджують онлайн-уроки, коли було наказано закриття шкіл²¹¹. Незрозуміла мотивація Суду щодо доречності застосування комендантської години як засобу боротьби із пандеміями, оскільки воно більш застосовне в умовах військового часу – тим більше, що вночі мало хто переміщається і такі випадки є доволі незначними. Тут треба підходити зовсім з іншого боку – відслідковувати муніципальними властями випадки виникнення спалахів інспекції та негайного запровадження карантину, як би то мала зробити міська влада Йоганнесбургу, ПАР, де нещодавно зафіксували спалах нової мутації COVID-10 Omicron (хоча як свідчить перебіг поширення цього штаму коронавірусу, такий шанс міська влада Йоганнесбургу вже упустила, а глобальні структури на кшталт ВООЗ в черговий раз до цього виявилися не готовими).

3.3.4. Individual integrity та трансгуманізм: евтаназія, щеплення та інші заходи охорони здоров'я. Насамкінець слід

²¹¹ COVID: German Constitutional Court rules 'emergency brake' measures were legal, *Deutsche Welle*, 30 November 2021, URL: <https://www.dw.com/en/covid-german-constitutional-court-rules-emergency-brake-measures-were-legal/a-59975212>

звернути увагу на уроки, які дає людству пандемія коронавірусу. Адже технічний прогрес наявний, але це жодним чином не впливає на зародження та поширення різного роду інфекційних хвороб. Хвороби здаються вічними, як і джерело їх походження – мутації з організмами та умови життя. Це раціонально мислячі люди намагаються долати зокрема через засоби генної інженерії та іншими технічними досягненнями. На основі цього існують два полюси розуміння подальшого розуміння перспектив людства – трансгуманізм²¹² та енвайронменталізм.

²¹² Трансгуманізм має на меті розширення можливостей розвитку індивіда поза біологічними рамками. Зокрема у 1999 році у Декларації постгуманізму, авторами якої виступили Нік Бостром, Андерс Сандберг, Кетрін Ерік і Девід Пірс (James J. Hughes, *The Politics of Transhumanism* (March 2002), Presented at the 2001 Annual Meeting of the Society for Social Studies of Science Cambridge, MA November 1-4, 2001, URL: <http://www.changesurfer.com/Acad/TranshumPolitics.htm>), було зазначено:

(1) У майбутньому людство радикально змінить технології. Ми передбачаємо доцільність перепроєктування людського стану, включаючи такі параметри, як неминучість старіння, обмеження людського та штучного інтелекту, невибрана психологія, страждання та наше ув'язнення на планеті Земля.

(2) Систематичні дослідження мають бути спрямовані на розуміння цих майбутніх подій та їх довгострокових наслідків.

(3) Трансгуманісти вважають, що, будучи загалом відкритими та освоюючи нову технологію, ми маємо більше шансів перетворити її на свою користь, ніж намагатися заборонити чи обмежити.

(4) Трансгуманісти відстоюють моральне право тих, хто бажає використовувати технології, щоб розширити свої розумові та фізичні здібності та покращити контроль над власним життям. Ми прагнемо особистісного зростання за межами наших поточних біологічних обмежень.

(5) При плануванні майбутнього необхідно враховувати перспективу різкого технічного прогресу. Було б трагічно, якби потенційні вигоди не реалізувалися через невмотивовану технофобію та непотрібні заборони. З іншого боку, було б також трагічно, якби розумне життя вимерло через катастрофу чи війну, пов'язану з передовими технологіями.

(6) Нам потрібно створити форуми, де люди могли б раціонально обговорювати, що потрібно зробити, і соціальний порядок, в якому можна було б виконувати відповідальні рішення.

(7) Трансгуманізм виступає за благополуччя будь-якого розуму (чи то штучного інтелекту, людей, нелюдських істот або можливих позаземних видів) і охоплює базато принципів сучасного світського гуманізму. Трансгуманізм не підтримує жодної партії, політики чи політичної платформи.

Наскільки ці цілі є реальними покаже час, хоча існує вже адміністративна практика визнання індивідами, які наділені комунікативними здатностями та створення певної соціальної організації тварин, за рішенням Міністерства довкілля і лісового господарства Індії (Dolphins gain unprecedented protection in India, *Deutsche Welle*, 25 May 2013, URL: <https://www.dw.com/en/dolphins-gain-unprecedented-protection-in-india/a-16834519>).

Насправді ми переживаємо тепер другу хвилю трансформації прав людини, на яку впливає технічний прогрес і усвідомлення людства щодо обмеження наявних ресурсів. Обмеження доступу до ресурсів передбачає раціоналізацію їх збалансованого використання. Таким чином, доктрина *sustainable development*, на яку часто роблять наголос прихильники енвайронменталізму, не заперечує використання досягнень технічного прогресу та сучасні технології задля збереження людського життя. Все впирається у обмеженість ресурсів, яке частково намагаються вирішити через раціоналізацію їх використання за допомогою штучного інтелекту²¹³. Задля цього систематика людських знань має бути певним чином опрацьована, що стверджується сьогодишньою трансформацією доступу до баз даних, які наразі доступні у всесвітній мережу Інтернет, який у свою чергу породжує Інтернет речей. Раніше Інтернет речей стосувався переважно логістичних питань (що цілком закономірно у зв'язку із ключовим питанням алокації ресурсів, вресгті-решт). У свою чергу, сьогодні воно також впирається у розподіл ресурсів задля обслуговування різного роду пристроїв та устаткування з метою оптимізації їх управління та раціоналізації використання ресурсів²¹⁴. Пандемія коронавірусу призвела до того, що Інтернет речей все більше тісно стає зв'язаний із процесами трансформації людської свідомості. Йде мова про оперування базами даними, коли на перший план виходить верифікація фактичних даних або фактчекінг²¹⁵, що змусило Мічіо Кайку порушити проблему сумісності використання

²¹³ Тегмарк, Макс (2019). *Життя 3.0. Доба штучного інтелекту*. Київ : Наш формат.

²¹⁴ Некіт, К.Г. (2021). *Право приватної власності в інформаційному суспільстві: теорія і практика* (с. 214–216). Одеса : Видавничий дім «Гельветика».

²¹⁵ Наразі сучасна система освіти має бути перелаштована не настільки на засвоєння знань, настільки як на здатності обробляти масивів даних і робити з цього адекватні висновки. Свідченням цієї кризи рівня освіченості та компетентності щодо обробки масиву даних людьми є інспірована російськими спецслужбами антивакцинова істерія в Україні. (Звіт Центру протидії дезінформації при РНБО України «Антивакцинна пропаганда – інформаційна кампанія проти України». URL: <https://www.rnbo.gov.ua/ua/Diialnist/5111.html>).

технічних засобів для покращення здатності людського інтелекту, зокрема його існування поза матерією²¹⁶. Підключення людей до баз даних та їх використання також зумовлено доступом до інформаційних ресурсів і це навряд чи буде виглядати, як одна із фінальних сцен фільму «Матриця», де Нео перезавантажує свій мозок таким чином, щоб набути навичок карате для фінальної битви. Таким чином, постає питання постлюдства та проблема надлюдини.

Якщо сумістити сьогодні здатності штучного інтелекту та природи людської свідомості, то слід наголосити на ключовому питанні – людська свідомість буде розвиватися разом зі штучним інтелектом. Наразі ШІ і близько на наблизився до ключової здатності людської свідомості – оперувати та зважувати цінностями, на основі чого робляться ціннісні судження та формуються людські емоції. Як відзначає Мічіо Кайку, наразі це технічно складно назвіть з огляду на очевидні перепони щодо зчитування різних модальностей взаємодії нейронів людського мозку, які свідчать про ці логічні операції²¹⁷. Тут слід також врахувати особливості структури людської свідомості, яка ґрунтується на складній сукупності взаємодії індивідуального та колективного досвіду²¹⁸, що пояснює природу спонтанності людської реакції на певні зовнішні подразники та частково проявів людської інтуїції. На сьогодні лише обговорюється нейробіологами перспектива використання

²¹⁶ Мічіо, Кайку (2020). Майбутнє розуму. Наукові спроби досягнути, вдосконалити і підсилити інтелект (пер. з англ. Анжели Кам'янець) (2-е вид. с. 289 і наст.). Львів : Літопис.

²¹⁷ Там само. С. 64 і наст.

²¹⁸ Прикладом цього є недовіра до уряду, яка ґрунтується насамперед на колективному досвіді українців. Насамперед, слід виділити фактор Голодомору – 1932/33, інспірованого зусиллями радянського тоталітарного режиму та впровадженого методично маріонетковою владою УРСР. Іншим ключовим чинником, є дії радянської влади під час катастрофи на Чорнобильській АЕС, зокрема проведення масового мітингу у Києві 1 травня 1986 р. У поєднанні із цілою низкою надмірно рестриктивних заходів уряду під час подолання наслідків пандемії коронавірусу, це викликало недовіру до запроваджуваних заходів на тлі кризи вмінь оперувати масивом фактичних даних, які є вільно доступними у медіа, соціальних мережах, а також на інформаційних ресурсах Інтернету.

нейрокомп'ютерного інтерфейсу, завдяки якому люди з травмами мозку або хребта у майбутньому, ймовірно, зможуть рухатися та спілкуватися²¹⁹.

Насправді, у контексті порушеного нами питання все впирається у розвиненість медичної інфраструктури та відповіді на питання: чи справді людство має на меті досягнення безсмертя кожного індивіда чи навіть доволі дивної постановки питання Миколою Федоровим про воскресіння чи не всіх померлих людських індивідів.

Чи стоятиме у майбутньому, наприклад, проблема евтаназії? Тут слід говорити про нове людство та його медичну інфраструктуру. Окрім вже озвученої проблеми обмеженості ресурсів, слід також говорити про механізми подолання розриву у добробуті між багатотою Північчю та бідним Півднем. У цьому відношенні доволі предрікати наступний перебіг подій, хоча би зважаючи на доволі складно дивне у свій час рішення династії Хань припинити фінансування утримання найрозвинутішого на XV століття китайського флоту із зв'язку із потенційною загрозою «північних варвар» Піднебесній, що стало одним із чинників технологічного відставання Китаю від країн Заходу, де виникли зачатки майбутньої Промислової революції. Якщо ми повернемося, до початку сказаного у цій частині роботи, це стало чи не ключовим чинником такої впертої боротьби Нижній провінцій проти іспанських Габсбургів, які зі своїми поборами та відверто безграмотною фінансовою політикою виглядали відвертим анахронізмом із розвинутою ринковою та технічною їх інфраструктурою цього краю, що так прагнув своєї незалежності.

Тому висновки на кшталт «*Право на смерть «впливає» з права на життя*» з посиланням на те, що «суд схвалює пасивну евтана-

²¹⁹ Lee, Jihun, Leung, Vincent, Lee, Ah-Hyoung, Huang, Jiannan, Asbeck, Peter, Mercier, Patrick P., Shellhammer, Stephen, Larson, Lawrence, Laiwalla, Farah, Nurmikko, Arto (2021). Neural recording and stimulation using wireless networks of microimplants. *Nature Electronics*, 4, 604–614. DOI: 10.1038/s41928-021-00631-8

зію»²²⁰ є занадто радикальними, оскільки навіть у юриспруденції ЄСПЛ визнається, що у європейському співтоваристві немає консенсусу щодо цього питання. Насправді, вже сьогодні питання евтаназії частково вирішують засоби паліативної медицини у рамках ортоназії (гідної смерті індивіда при належному догляді лікарів та медичного персоналу)²²¹. Насправді, відповідь на це гостре етичне питання лежить зовсім у іншій площині – сучасних досягнень у галузі нейробіології, генної інженерії, застосування ШІ, репродуктивних технологій тощо. Головною етичною проблемою залишається ціннісний підхід при застосуванні досягнень технічного прогресу, суть якого зводиться до подальшого вільного розвитку людини як індивіда, збереження її/його цілісності як самобутнього і самодостатнього індивіда, наділеного неповторними якостями і можливостями (*individual integrity*), які також служитимуть загальному благу, зокрема розвитку людства як спільноти. Самі по собі такі завдання набувають вже транснаціонального значення. Оскільки на сьогодні рівень медичних технологій щодо попередження пандемій/епідемій базується на щепленні як найбільш науково доведеному ефективному методу їх попередження, слід також зважати на мутації інфекцій, що знижує ефективність щеплення²²². Наразі все впирається у ефективність демократичної підзвітності і підконтрольності медичних закладів (лабораторій, клінік), які покликані здійснювати дослідження у сфері вірусології, а також пов'язаних із ними генними мутаціями тощо. Також важливе значення і роль ШІ матиме для обробки все більшого обсягу емпіричних даних у сфері генної інженерії. Технічний прогрес є супутником розвитку людства і з ним людству якось і далі слід розвиватися

²²⁰ Булеца, С.Б., Менджул, М.В. (ред.) (2021). *Правові питання евтаназії: Україна та світовий досвід* (с. 7, 8). Ужгород : РІК-У.

²²¹ Там само. С. 78.

²²² Oran, Daniel P., Topol, Eric (2021, July 27). The Crucial Vaccine Benefit We're Not Talking about Enough. *Scientific American*. URL: <https://www.scientificamerican.com/article/the-crucial-vaccine-benefit-were-not-talking-about-enough1/>

і розгортати свою медичну інфраструктури, паралельно долаючи проблему бідності та забезпечення рівного доступу до ресурсів, не допускаючи сегрегаційних дискримінаційних практик.

3.4. Трансгуманізм: основні тенденції розвитку

Пошук концептуальних стратегій пояснення природи і подальших перспектив розвитку людини привів низку мислителів і вчених середини-кінця ХХ ст. до обґрунтування різного роду напрямків, серед яких одне з провідних місць займає трансгуманізм. Це концепція, яка на сьогодні здатна пояснити ті вектори руху людства, які, на разі, можемо досить явно спостерігати. Йдеться, зокрема, про посилення впливу передових технологій (у тому числі інформаційних), сцієнтифікацію суспільного життя, активний розвиток віртуальної сфери буття, посилення гедоністичних спрямованостей та ін. Всі зазначені вектори демонструють дуалізм становища сучасної людини: з одного боку, вона постає її «творцем», а з іншого – результати такого «творіння» відображаються на ній самій²²³.

3.4.1. Трансгуманізм: визначення сутності. У цілому трансгуманізм можна визначити як новітній науковий напрямок, який стверджує можливість трансформації становища людини, використовуючи здобутки науково-технічного прогресу. При цьому ця зміна передбачає покращення фізичних, інтелектуальних можливостей людини, а також вдосконалення людської психіки, що матиме наслідком подолання смертельних хвороб, страждань, психіатричних відхилень, старіння, смерті тощо.

²²³ Попович, Т.П., Телеп, Ю.В., Ільченко, С.О. (2021, 27–28 травня). Трансгуманізм: визначення сутності. *Закарпатські правові читання* : матеріали XIII Міжнародної науково-практичної конференції (Том 2, с. 60). Ужгород : РІК-У.

Під трансгуманізмом розуміють культурну та інтелектуальну течію, що використовує досягнення науки і техніки для розвитку фізичних і ментальних здібностей людини. Вважається, що трансгуманізм зачіпає деякі аспекти людських біологічних станів, таких як інвалідність, фізичні страждання, хвороба, старіння. При цьому смерть розглядається як небажаний і даремний підсумок біологічного життя. У даному контексті мислителі-трансгуманісти розраховують на досягнення у галузі біотехнологій та інші досягнення інтелектуальної культури високих технологій. Переваги та недоліки детальних трансформацій людської природи теж належать до числа інтересів трансгуманізму²²⁴.

Трансгуманізм також інтерпретують як сучасний філософський напрямок осмислення майбутнього людства, враховуючи об'єктивні фактори розвитку науки і технологій. У цьому зв'язку дослідники визначають кілька важливих постулатів, на які опирається ця філософська концепція: по-перше, людство обмежене тілом; по-друге, враховуючи ланцюжок «люди – транслюди – постлюди», стверджується про можливість формування нового суспільства на основі передових технологій, самі ж індивіди в його рамках житимуть в мирі та розвиватимуться у нескінченності²²⁵.

Одна із найбільш важливих концептуальних позицій сучасних трансгуманістів пов'язана із покращенням людської природи майбутніх поколінь за допомогою маніпулювання генетичним кодом, а, відповідно, втручання у хід еволюції. З їх точки зору, еволюція до тепер являла собою тільки великий набір спроб і помилок, імпровізацій, що мали місце протягом тисячі років.

²²⁴ Барышников, П.Н. (2014). Типология бессмертия в теоретическом поле французского трансгуманизма. *Философские проблемы информационных технологий и киберпространства*, 1, 102.

²²⁵ Szopa, R. (2021). Is Transhumanism Heading Towards Redefinition of Human Being or Towards Utopia? *Scientia et Fides*, 29, 202.

Проект же трансгуманістів передбачає якомога ефективніше спрямування цього процесу, у тому числі, через контроль над непотрібними мутаціями²²⁶.

Трансгуманізм, як «ідеологічний рух, що виступає за підвищення фізичних та інтелектуальних можливостей людини шляхом технологічних модифікацій»,²²⁷ прагне «створити ідеальних людей з поліпшеними постлюдськими можливостями і якостями в ідеальному світі матеріального достатку, що обіцяє стабільність і повноцінне життя»²²⁸. При цьому трансгуманізм ставить перед собою три завдання: по-перше, відновити людину (терапевтичні засоби); по-друге, збільшити її фізичний, психічний та інтелектуальний потенціал; по-третє, перетворити її природу²²⁹.

У контексті зазначеного доречним є звернення до позиції Дж. Гакслі, який називає трансгуманізм свого роду новою вірою, пов'язаною з можливостями самоперевернення людського роду: «людина, яка залишилась людиною, але перевершила себе, через та заради реалізації нових можливостей її природи»²³⁰. Провідною ж ідеєю такої «віри» є переконання у можливості та необхідності скерування еволюційного процесу в напрямку удосконалення людини в спосіб «подолання» природної складової (хоча й при її збереженні) через намноження і доповнення штучною, тобто результатами науково-технічного і технологічного прогресу. Завдяки цьому людська природа стає предметом інновацій та трансформацій, а технологія – розглядається як продовження еволюції

²²⁶ Teixeira, J. (2020). Transhumanism, immortality and the question of longevity. *Revista de Filosofia Aurora*, 32, 29.

²²⁷ Vaccari, A. (2015). Transhumanism and human enhancement: A post-mortem. *Bioethica Forum*, 8, 23.

²²⁸ Uzomah, M.M., Attoh, U.S. (2020). Transhumanism as a philosophy of material transfiguration: A critical analysis. *Social Sciences, Humanities and Education Journal*, 1, 31.

²²⁹ Falencyk, M. (2018). Transhumanizm czy humanizm? Krytyczne spojrzenie na nową ideologię. *Studia Teologiczno-Historyczne*, 1, 246.

²³⁰ Huxley, J. (1957). *New Bottles for New Wine* (p. 17). London : Chatto&Windus.

людини. В результаті повинен відбутись глибокий симбіоз людини і машини аж до появи постлюдських сутностей²³¹.

Трансгуманісти виходять з постулату, що світ є пізнаваним. Все, що існує, зводиться до ідеальних чи математичних структур, остаточне знання про які є чи буде доступним людській свідомості. Звідси метою наукового прогресу є здатність маніпулювати цими структурами настільки, наскільки людський досвід, щастя чи задоволення є чи буде безкінечно нездійсненним²³².

За своїм змістовним наповненням концепція трансгуманізму передбачає низку напрямів «розвитку» людини і людства, серед яких: гедоністичний – передбачає спрямованість на максимальне фізичне, психологічне й інтелектуальне задоволення потреб людини, а також зменшення й уникнення страждань; іморталізм – спрямованість на відтермінування та «ліквідацію» смерті людини в перспективі; екстропіанізм – використання результатів технологічного прогресу для покращення людини як виду (експлуатація суперінтелектуальних машин, молекулярна нанотехнологія, віртуалізація свідомості, колонізація космосу та ін.)²³³.

Як бачимо, філософія трансгуманізму охоплює собою широкий спектр аспектів, що стосуються природи людини та подальших перспектив людства, її еволюції – фізичні, психологічні, інтелектуальні – які доповнюються й прагнуть бути вдосконаленими за допомогою результатів прогресу в науці та технологіях.

3.4.2. Глобалізація як індикатор розвитку трансгуманізму.

Протягом ХХ–ХХІ століть в умовах бурхливого, стрімкого розвитку науки, техніки і технологій ми стали свідками посилення глобалізаційних тенденцій, що, безсумнівно, вплинуло на формування та

²³¹ Iuga, I. (2016). Transhumanism Between Human Enhancement and Technological Innovation. *Symposion*, 3, 87.

²³² Alfsvag, K. (2015). Transhumanism, Truth and Equality: does the Transhumanist Vision Make Sense? *Theofilos*, 7, 259.

²³³ Солдатська, Т. (2017). Перспективи трансгуманізму як нової філософії людини. *Вісник Львівського ун-ту. Серія: філософсько-політологічні студії*, 15, 111.

розвиток трансгуманістичних світоглядних орієнтацій. Спробуємо провести паралелі між цими феноменами.

Глобалізація охоплює собою, окрім іншого, і технологічний рух, що поширюється на всіх істот, всі покоління й усі види²³⁴. Люди стають ближчими одне до одного попри кордони, відстані тощо. Якщо ще кілька століть тому людство являло собою низку досить відмежованих одних від одних народів, то культур, то сьогодні можна з упевненістю говорити не просто про зміцнення зв'язків між такими «локальними» одиницями, але й про посилення взаємозалежності між ними. У більшій чи меншій мірі поступово це призводить до того, що різні сфери суспільства (політична, економічна, культурна та інші) гомогенізуються, тобто стають однорідними, подібними в своїх тенденціях. Отже, відбувається формування певних інтегральних ліній для розвитку суспільного життя, які все більше пронизують сучасні держави та народи. Відповідно, цей процес впливає на «стирання» відмінностей між культурами та на формування так званого «стандарту *homo globalis*», що цілком відповідає ідеям трансгуманістичного світогляду.

Аналізуючи сучасний процес глобалізації, можна прийти до наступних висновків: 1) глобалізація як дедалі зростаюча взаємоспіввіднесеність усіх компонентів людства і необхідна складова еволюції людства, яке самоорганізується, не може себе вичерпати, це процес імперативний; 2) глобалізація має переважно стихійний характер, проте який піддається скеруванню через світові інститути із певними державними функціями і через множину взаємодоповнюваних засобів управління; 3) глобалізація як посилення інтегрованості при збереженні відмінностей супроводжується виникненням нових нерівностей, так само як і нових можливостей їх регулювання; 4) глобалізація, як процес безальтернативний,

²³⁴ Fujimoto, K. (2013). Globalization and ethics for the future. *Waseda Rilas Journal*, 1, 168.

є варіабельною: або нівелююча глобалізація або глобалізація, заснована на принципах рівновідмінності всіх її учасників²³⁵.

Такі висновки, на мою думку, є значимі для розуміння тенденцій розвитку трансгуманізму: по-перше, останній, як і глобалізація, передбачає уявлення про новий етап еволюції людства, що, завдяки здобуткам науки і технологій, отримує свою невичерпність і широку диференційованість; по-друге, можна вести мову водночас як про стихійний характер трансгуманістичних ідей, так і про їх «керованість» з боку міжнародного співтовариства, окремих держав світу тощо; по-третє, подібно до глобалізації, трансгуманізм передбачає як нові можливості, так і спричиняє формування нових нерівностей (до прикладу, через відсутність фактору рівнодоступності до використання результатів науки і технологій); по-четверте, попри те, що на сьогодні неможливо спрогнозувати розвиток трансгуманізму, останній, як і глобалізація, відбуватиметься або через «стирання» відмінностей між людьми, або завдяки прийняттю принципу рівновідмінності між ними.

Окрім цього, схожість глобалізації та трансгуманізму можна простежити і у таких аспектах:

1. Зростання ролі індивідуалізації у житті людей, що пояснюється, зокрема, тим, що «людське «Я» стає своєрідною центральною дійсністю», ... «навколо якої концентруються зусилля, що орієнтовані на задоволення індивідуальних потреб, ... замість суб'єкта, що орієнтований на зовнішній світ, на передній план висовується зовнішній світ, що орієнтований на індивіда»²³⁶.

2. Зниження ролі традиційних цінностей, що формувались протягом довготривалого періоду. Вказане пов'язане з тим, що за

²³⁵ Чешков, М. (2000). Глобалізація: сутність, сучасна фаза, перспективи. *Незалежний культурологічний часопис*, 19. URL: <http://www.ji.lviv.ua/n19texts/cheshkov.htm>

²³⁶ Ручка, А. (2012). Цінності і смисли як компоненти соціокультурної реальності (с. 105). Костенко, Н. (ред.). *Смислова морфологія соціуму*. К.: Інститут соціології НАН України.

своєю сутністю наука і технології є речами інноваційними. Більше того, на сьогодні – це головні «каталізатори» розвитку цивілізації. Тому логічний висновок: де множується інноваційність, применшується традиційність.

Разом із тим, враховуючи вищезазначені тенденції, сучасна людина стала більше турбуватися про свою культурну ідентичність, оскільки конкретний індивід як представник того чи іншого соціокультурного середовища починає відчувати, що «втрачає» себе, гомогенізується з глобальним людством. Це посилює у ньому зворотню реакцію – зберегти «своє власне», відмінне від інших. Як наслідок, глобальна спільнота в подальшому може бути сформована на основі поваги до різноманіття народів і культур, і бути позначеною як єдність у плюралізмі²³⁷.

Варто також зауважити, що глобалізація спричинює появу нових ідентичностей, що формуються через синтез біології та технології. Завдяки накопиченню технологічної винахідливості подібне поєднання поступово досягає передового рівня. Трансгуманізм – це лише один із векторів утілення процесів глобалізації, який призводить до того, що окремі дослідники називають «гіпергібридизацією» самості та групи і являє собою все більш зростаюче в епоху глобалізації прагнення індивідуалізму та витіснення колективізму²³⁸. Як я вже зауважувала раніше, глобалізація та трансгуманізм виступають проявами індивідуалістичної спрямованості людини. В їх основі – новий тип «виживання» (а звідси – новий етап еволюції) – зорієнтований не на силу чи стійкість у природному відборі, але на можливість й доступність результатів науки і технологій. Відповідно, новий етап еволюції значною мірою сконцентрований на продуктах власне людського мислення

²³⁷ Wang, Y. (2007). Globalization enhances cultural identity. *Intercultural Communication Studies*, 1, 86.

²³⁸ Banji, S. (2018). Globalisation and the transhumanist identities. *Journal of Futures Studies*, 22, 85–92.

та діяльності, в ньому, безперечно, все більшу роль відіграватимуть «штучні» елементи.

3.4.3. Призма цінностей: гуманізм, трансгуманізм, постгуманізм. Як стає зрозумілим виходячи з самої назви, трансгуманізм постає однією із сучасних форм спрямування ідей гуманізму, які були зреалізовані в епоху Відродження. Ренесансний гуманізм запропонував антропоцентричну картину світу на протигагу космоцентричній – епохи Античності та геоцентричній – епохи Середньовіччя.

В основі гуманістичної концепції лежить ідея про людину як вищу цінність, завдяки чому всі матеріальні та нематеріальні ресурси повинні бути скеровані на досягнення її максимального добробуту в усіх сферах буття. Людина починає сприйматися як окрема особлива субстанція, що не зводиться до поєднання різних сутностей (божественної і природної, духовної і тілесної)²³⁹.

Можна з упевненістю стверджувати, що до розвитку трансгуманізму глобалізаційні процеси мали в своїй основі гуманістичну спрямованість, що виразилось серед іншого в демократизації суспільних процесів, визначенні й захисті прав людини на рівні міжнародного співтовариства як основоположних для її розвитку, урізноманітненні проявів свободи людини в різних сферах її індивідуального та суспільного буття, орієнтованості науково-технологічного прогресу на потреби людини тощо. Водночас, як ми уже відзначали вище, гуманізм у руслі глобалізації приніс собою посилення тенденцій індивідуалізму, завдяки якому людина переважно концентрується на своїх потребах й інтересах, а, відповідно, усе більше відходить від «турботи» про колективне ціле і суспільне благо. Таким чином, не стільки йдеться про цінність людини як частини колективу, скільки про цінність індивідуалізованої людини. Відтак, поступово під впливом

²³⁹ Ковба, Д.М., Грибовод, Е.Г. (2019). Теоретические аспекты феномена трансгуманизма: основные направления. *Дискурс-Пи*, 3, 43.

різних факторів (у тому числі і глобалізації) гуманізм був «доповнений» чи отримав новий вектор свого розвитку – трансгуманізм.

Той факт, що трансгуманізм є однією із сучасних трансформацій гуманізму, засвідчують різноманітні програмні документи трансгуманістичного руху. Так, до прикладу, Декларація трансгуманізму, прийнята Всесвітньою трансгуманістичною організацією, відзначає, що трансгуманізм «охоплює багато принципів сучасного гуманізму». Йдеться, зокрема, про особистісне зростання поза існуючими для людини біологічними обмеженнями, за допомогою новітніх технологій²⁴⁰.

Окрім трансгуманізму, все більше дослідників вказують на формування постгуманізму як ще більш новітнього світогляду глобального людства. Між трансгуманізмом та постгуманізмом існує принципова відмінність. Якщо перша концепція виходить із домінування людини над іншими живими істотами, яка може бути врятована завдяки розвитку науки і техніки й експлуатації планети, то друга – відкидає антропоцентризм гуманістичної філософії, одним із негативних результатів якої стала глобальна екологічна криза²⁴¹. У продовження ідей постгуманізму додамо: насамперед йдеться про повернення до досократичного періоду філософії, коли дослідження людини і природи були єдині²⁴².

Постгуманізм ґрунтується на позиції, згідно з якою існує множинність людської і нелюдської природи. Природа в цій системі – це скоріше культура, аніж заздалегідь визначена істота. З такого кута зору, різні культури й цивілізації породжують різних розумних істот²⁴³. Найбільш поширеним є визначення

²⁴⁰ The Transhumanist Declaration. URL: <https://itp.uni-frankfurt.de/~gros/Mind2010/transhumanDeclaration.pdf>

²⁴¹ Çavuş, C.C. (2021). Transhumanism, posthumanism, and the «Cyborg Identity». *Fe Dergi*, 1, 180–181.

²⁴² Valera, L. (2014). Posthumanism: beyond humanism? *Cuadernos de Bioética*, 3, 483–484.

²⁴³ Sapeňko, R., Trocha, B. (2020). Philosophical and Cultural Aspects of Transhumanism and Posthumanism. *Future Human Image*, 14, 71.

постгуманізму як світогляду, що приходить на зміну гуманізму, як майбутнє гуманізму в епоху «пост». З цього визначення зрозуміло, що основна увага його прихильників зосереджується не на виробленні концептуальних та світоглядних принципів постгуманізму, а на запереченні, протесті проти традицій гуманістичної думки. Тому в постгуманізмі вбачають світогляд, що приходить на зміну безмежній віри в прогрес гуманізму, в цивілізаційну місію людини на Землі²⁴⁴.

У цілому характеризуючи ціннісні уявлення гуманістичного, трансгуманістичного і постгуманістичного світоглядів можна окреслити такі особливості. Гуманізм і трансгуманізм виходять з визнання людини найвищою цінністю в світі природи та світі культури. Тобто всі спрямування природного і суспільного розвитку повинні зосереджуватися на задоволенні потреб, інтересів людини, забезпеченні її добробуту. Окрім цього, ці типи світогляду зорієнтовані на позиції про необмеженість можливостей людини для її розвитку. Разом із тим, трансгуманізм вносить щось особливе до гуманізму. По-перше, додається науково-технологічний прогрес людства, завдяки якому для людини будуть створені максимально сприятливі умови для її розвитку, зокрема, завдяки усуненню факторів страждання, хвороб, посилення комфортизації життя, здобуття безсмертя та ін. По-друге, посилюється експансіоністський фактор, тобто сприяння розвитку людини відбувається через активне (і часто нестримне в своїх потребах) використання природних ресурсів планети. На противагу цьому, гуманізм більш стриманий у своїх орієнтаціях. Трансгуманізм є однозначно більш радикальним, оскільки він сприяє не лише традиційним засобам вдосконалення людської природи, таким як освіта та культурне

²⁴⁴ Озадовська, Л.В. (2014). Людина в пошуках самої себе: людина, транс людина, пост людина. Що далі? *Науковий вісник НУБІП України. Серія: Гуманітарні студії*, 203, 2(УКР), 111. URL: <http://journals.nubip.edu.ua/index.php/Gumanitarni/article/download/4984/4911>

вдосконалення, але й безпосередньому застосуванню медицини та технологій для подолання деяких наших обмежень (психологічних, фізіологічних, розумових).

Трансгуманісти переконані, що сучасне людство не повинно бути кінцевою точкою еволюції, сподіваються, що завдяки відповідальному використанню науки, техніки та інших раціональних засобів нам врешті вдасться стати посмертними істотами з набагато більшими можливостями, ніж теперішні люди. Приділяється увага як сучасним технологіям, таким як генна інженерія та інформаційні технології, так і очікуваним майбутнім, таким як молекулярна нанотехнологія та штучний інтелект²⁴⁵.

Трансгуманісти вважають, що вільна особистість має повне право втручатися у природу. На їхню думку, не повинно бути певних моральних чи етичних табу, що забороняють особам на їх власний розсуд змінювати природу. Вони не бачать нічого осудного ні в бажанні людей жити якомога довше, ні в їх природному прагненні робити, вчитися і в цілому жити значно більше, ніж це наразі можливо. Особистість, у розумінні трансгуманістів, має право формуватися і розвиватися набагато довше того обмеженого життєвого віку, який відведений їй еволюційним минулим²⁴⁶.

У свою чергу, в постгуманістичному світогляді підкреслюється необхідність зміни людини до себе, до суспільства, оточуючого середовища і стрімкого розвитку технологій. Більше того, враховуючи індивідуалістичну спрямованість гуманізму та експансіоністський характер трансгуманізму, постгуманізм, переймаючись ситуацією з глобальними екологічними проблемами, не просто вирівнює становище людей порівняно з іншими живими істотами, але й наголошує на тому, що вони (індивіди) не можуть претен-

²⁴⁵ Bostrom, N. (2005). *Transhumanist Values*. URL: <http://www.nickbostrom.com/ethics/values.html>

²⁴⁶ Dieniezhnikov, S.S. (2018). World outlook problems of transhumanism ideas. *Філософія науки: традиції та інновації*, 2(18), 57.

дувати на «статусні привілеї» у природі. Науково-технологічний прогрес залишається тут значимим фактором розвитку, однак має бути орієнтований не на забезпечення та реалізацію можливостей виключно для людини, а на належне функціонування всього живого. Йдеться, отже, про науку й технології, які мають «працювати» для потреб усіх живих істот як цілісного організму і біосфери планети.

Проте варто зауважити, що остаточно різниця між транс- та постгуманізмом не визначена і залишається предметом дискусій (зокрема, є погляди вчених, які ототожнюють трансгуманізм і постгуманізм, інші ж нерідко сприймають трансгуманізм як перехідний феномен до постгуманізму (перехід від людини (через транслюдину) до постлюдини)). Це посилюється значною схожістю їхніх концептуальних ідей. Так, і транс-, і постгуманізм висувають на передній план проблеми постійного удосконалення людського тіла в пошуках кращих форм існування. Постгуманізм теж визначають як світогляд, заснований на уявленні, що еволюція людини не завершена і може бути продовжена в майбутньому. Еволюційний ж розвиток має призвести до становлення постлюдини – гіпотетичної стадії еволюції людського виду (роду), будова та можливості якого стали б відмінними від сучасних, притаманних людині, у результаті активного використання передових технологій щодо перетворення людини²⁴⁷.

Таким чином, на основі аналізу окремих аспектів трансгуманізму у його взаємозв'язку із глобалізацією, співвідношенні із гуманістичним та постгуманістичним світоглядами, стає зрозумілою підвищена наукова зацікавленість до даного феномену в умовах сьогодення. Разом з тим, враховуючи суперечливість та неоднозначність природи трансгуманізму, наразі важко чітко

²⁴⁷ Transhumanist FAQ. URL: <https://museum.netstalking.ru/cyberlib/lib/critica/sing/transhfaqextr.html>

ідентифікувати його статус та сприйняття у теперішньому соціумі. І головне питання у тому, чи цей філософський напрям спрямований на забезпечення гідного майбутнього людства або ж, навпаки, несе реальні загрози для нього? Навряд чи у найближчий час ми зможемо віднайти однозначну відповідь на це. Але, безперечно, трансгуманізм став одним з мейнстримів сучасного наукового дискурсу, свідченням чого є увага дослідників провідних світових вузів, створення організацій (Всесвітня організація трансгуманістів) та проведення різноманітних симпозіумів, конгресів, з'їздів, у тому числі за рахунок підтримки та фінансування ЮНЕСКО. І, на наше переконання, якщо відійти від найбільш дискусійних трансгуманістичних позицій (подолання смерті, репродуктивне клонування чи віртуальне моделювання), то окремі їхні ідеї (здобутки генної інженерії у сфері лікування смертельних хвороб, терапевтичне клонування, помірковане використання штучного інтелекту та можливостей віртуальної реальності) заслуговують на поглиблене вивчення, аналіз та сприйняття у практичній площині²⁴⁸. При цьому вкрай важливо та необхідно окреслити певні «допустимі межі» застосування здобутків науки і техніки, які б, виконуючи свою «місію» для людства, не створювали загрозу втрати загальнолюдських цінностей, у першу чергу, людської гідності та духовності, докорінно трансформуючи людську природу та руйнуючи її ідентичність²⁴⁹.

Висновки

Сенс людського життя є щастя, коли людина розуміє смисл свого життя, його цілепокладання та власну місію у суспільстві.

²⁴⁸ Попович, Т.П., Телеп, Ю.В., Ільченко, С.О. (2021, 27–28 травня). Трансгуманізм: визначення сутності. *Закарпатські правові читання: матеріали XIII Міжнародної науково-практичної конференції* (ч. 2, с. 64–65). Лазур, Я.В., Савчин, М.В., Менджул, М.В. та Хохлова, І.В. (ред.). Ужгородський національний університет. Ужгород: РІК-У.

²⁴⁹ Popovych, T. (2019). Transhumanism and anthropologic-legal dimension: the main tendencies of influence. *Visegrad Journal on Human Rights*, 5, 1, 118.

Однак відчуття того, наскільки індивід вільно розвивається і його досягнення визнається цінними для суспільства, також залежить від його цілісності. Порушені у цій частині роботи питання стосуються питань перерозподілу ресурсів, що саме по собі є питанням транснаціональним і потребує принаймні міжнародної взаємодії. Наскільки будуть розвиватися транснаціональні структури, діяльність яких буде сфокусована на усуненні бідності, попередженні хвороб та епідемій, залежить від оптимізації національних систем охорони здоров'я. Наразі в Україні доволі плачевний стан справ, оскільки держава не виконала у цьому аспекті елементарного позитивного обов'язку – запровадження адекватної, такої, що відповідає демографічній структурі та стану публічних фінансів, системі медичного страхування, яка би поєднувала загальнообов'язкове та добровільне страхування. Децентралізація публічної влади, яка деякою мірою зупинилася, також не сприяє оптимізації алокації ресурсів у сфері медичного забезпечення, оскільки від цього прямо залежить процес трансформації медичних закладів вторинного і третинного рівня. Нам також час задуматися і про четвертинний рівень медичного забезпечення, оскільки йде мова про концентрацію ресурсів для проведення медичних досліджень і впровадження передових технологій на рівні університетських клінік. Гарантії академічної свободи, з чим у нас істотні проблеми, мають стати чинником забезпечення етичних стандартів при застосуванні нових технологій при наданні медичних послуг пацієнтам, використанні нових медичних препаратів чи нових методик лікування з точки зору поваги до людської гідності та цілісності індивіда.

Розділ 4

Адміністративно-правові аспекти функціонування економічних інституцій

Вступ

4.1. Межі адміністративного втручання у діяльність економічних інституцій

4.2. Ефективність правового регулювання податкових відносин та свобода економічної діяльності

Висновки

Вступ

Тут буде розкрито питання функціонування економічних інституцій через адміністративно правові аспекти його функціонування. У цьому контексті адміністративні засоби розглядаються у руслі конкретизованого конституційного права, на основі чого визначено співвідношення конституційних та адміністративних засобів правового регулювання діяльності економічних інституцій. З точки зору конституційного права висвітлюється доктрина «горизонтального» ефекту, яка зокрема проявляється через конституційно конформне тлумачення законів. Ефективність податкового законодавства буде проаналізовано у контексті забезпечення економічних свобод. На завершення розділу пропонується огляд ефективності інституційної компоненти забезпечення медичних послуг в умовах викликів, породжених кризою системи медичного забезпечення та пандемії коронавірусу.

4.1. Межі втручання держави у діяльність економічних інституцій: конституційно-адміністративні аспекти

З точки зору основоположних принципів права межі допустимого втручання в економічні свободи є відповіддю на легітимність законодавства у цій сфері та забезпечення економічних свобод. Ця проблематика буде розглянута через призму якості законодавства, яке має належним чином конкретизувати дію фундаментальних принципів права, які лежать в основі діяльності економічних інституцій.

4.1.1. Конституційно-правові аспекти допустимості втручання держави в економічні свободи. Легітимність конституції визначає в ній наявність механізмів узгодження інтересів між суспільними і політичними силами, групами інтересів, що втілюється у гарантіях свободи вираження поглядів, свободи об'єднань, свободи зібрань, участі громадян в управлінні публічними справами. За таких умов конституція легітимує механізм змінюваності влади, що містить у собі динамічний потенціал, котрий дає змогу належним чином реагувати на суспільні, політичні, економічні зміни, які потребують час від часу свого корегування. За таких умов конституція виконує інтегративну функцію, оскільки містить у собі правила та процедури здійснення політичного процесу у правових рамках, забезпечуючи баланс прав більшості і меншості.

Зокрема, це проявляється в тому, що конституція у системі права має горизонтальний ефект. Тобто конституція закладає фундаментальні принципи права, які визначають зміст норм як публічного, так і приватного права. Норми конституції більш детально регламентують питання організації державної влади і місцевого самоврядування. Разом з тим, численні положення конституції мають істотний вплив на приватне право. Наприклад, важливе значення має Розділ II Конституції України, де визначаються основні

економічні права і свободи. У соціальному аспекті конституція закладає основи соціально орієнтованої ринкової економіки.

Поняття «горизонтальний ефект», «доктрина державних дій» (*Drittwirkung, Horizontal Effect, Third Party Effect*) є новим для вітчизняної літератури, хоча воно є предметом багатьох компаративних досліджень²⁵⁰. Вперше цю концепцію було застосовано Федеральним Конституційним Судом ФРН у справі *Lueth*, відповідно до якої права і свободи людини складають особливу цінність конституційного ладу, тому вони пронизують та визначають зміст норм приватного права, і, насамперед, цивільного права. Тому не зважаючи на те, що між горизонтальним ефектом та прямою дією конституції є певні спільні риси, насамперед йде мова про те, що конституція закладає фундаментальні цінності для приватного права. Таким чином, змінюються акценти щодо природи дослідження природи та механізму чинності конституційних норм.

Положення конституції, що вчиняють «горизонтальний ефект», підпорядковують приватних фізичних і юридичних осіб цими конституційним нормам. У конституції існують основоположні правила, які визначають зміст інститутів речового, договірною та зобов'язального права²⁵¹. Згідно з рішенням ФКС Німеччини у справі *Lueth* положення конституції просякнуті загальнолюдськими цінностями, у відповідності до якої конституція

«встановлює об'єктивний порядок цінностей, що істотно зміцнює ефективність чинності основоположних прав. Цю

²⁵⁰ Абвель, М. (2005). Существует ли в законодательстве Европейского Союза «горизонтальный эффект»? *Сравнительное конституционное обозрение, 4*; Гарлицкий, Л. (2005). Взаимоотношения частных лиц Конвенция о защите прав человека и основных свобод *Сравнительное конституционное обозрение, 4*; Ташнет, М. (2006). Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту». *Сравнительное конституционное обозрение, 2*.

²⁵¹ Ташнет, М. (2006). Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту». *Сравнительное конституционное обозрение, 2*, 28.

систему цінностей, у центрі якої знаходиться індивід, що вільно розвивається, та його гідність, слід розглядати як основоположне, фундаментальне конституційне рішення, яке здійснює вплив на всі галузі права і служить пріоритетом розвитку законодавства, державного управління та правосуддя. Таким чином, очевидно, що ця система цінностей здійснює вплив на цивільне право. Кожна цивільно-правова норма повинна бути сумісною з цією системою і трактуватися у відповідності до її духу»²⁵².

У конституційному регулюванні можна виділити два основні підходи: за першим підходом (*кодифікованим*) визначається спеціальний розділ (глава) конституції, присвячений визначенню конституційним засадам економічної системи (Португалія, Бразилія); за другим (*некодифікованим*) – подібно до Конституції України такі відносини регулюються у положеннях, присвячених правам людини, органам публічної влади. Також спостерігаються *змішані моделі*, оскільки в конституціях існують окремі глави (розділи) присвячені фінансовим, бюджетним відносинам, які поряд із правами людини визначають ступінь впливу публічної влади на економічну систему суспільства (Німеччина). Також слід виділити новітню тенденцію до прийняття спеціальних правових актів, які фактично займають проміжне положення між конституцією та поточним законодавством, зокрема у формі Акту про свободу економічної діяльності, схваленого Сеймом в Польщі у 2004 році. Також на даний час у Грузії здійснюється підготовка Акту про економічну свободу, який має бути остаточно схвалений парламентом.

Таким чином, в економічній системі конституція встановлює рамки правового регулювання. Чинна Конституція України є некодифікованою у регулюванні засад економічної системи, оскільки вона регулює економічні відносини у положеннях, присвячених

²⁵² Kommers, D.P. (1997). The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany (2nd ed., P. 363). Durham : Duke University Press.

засадам конституційного ладу, правам людини, організації органам публічної влади. Такий підхід є проблемним. Зокрема, правове регулювання статусу Національного банку України, Рахункової палати у розділі, присвяченому Верховній Раді України, суперечать принципу поділу влади (статті 6) і вимогам незалежності статусу і безсторонності діяльності цих органів публічної влади в економічній системі суспільства. Також Конституція досить лапідарно визначає зміст принципу поєднання централізації і децентралізації в територіальній організації публічної влади, не конкретизуючи фінансову та бюджетну автономію органів місцевого самоврядування, що не повною мірою відповідає Європейській Хартії про місцеве самоврядування.

Правове регулювання у законі має бути достатнім і не викликати неоднозначностей в ході його застосування. Закон має настільки чітко визначати зміст правового регулювання, щоб не було необхідності прийняття актів, які б визначали порядок його застосування. Останнє слід розглядати як законодавче упущення, що є порушенням Конституції та посягає на сутнісний зміст конституційних прав і свобод.

З іншого боку, закон не може надмірно регулювати правила поведіння на ринку, оскільки у такий спосіб він втрачає свою нормативність як сукупність абстрактних правил. *Надмірне регулювання окремих аспектів укладання, виконання та припинення договорів, надмірна деталізація вимог для відкриття чи припинення підприємницької діяльності та інших аспектів свободи економічної діяльності може стати причиною для підвищення цін на ринку, ускладнення доступу до ресурсів, ускладнення відкриття або закриття підприємницької діяльності, що матиме наслідком стагнацію економічної системи.* Таким чином, **закон має забезпечувати достатню повноту і гнучкість правового регулювання, щоб не посягати на сутність змісту свободи економічної діяльності.** Саме за цим принципом Конституція України (стаття 92) визначає,

що з окремих питань Верховна Рада має визначати конкретні правила, а з інших – «засади», «основи» через так звані «рамкові закони». В останньому випадку парламент має застосовувати диференційований підхід. По відношенню до органів публічної влади – це означає можливість конкретизації і деталізації рамкових законів органами виконавчої влади та місцевого самоврядування, якщо воно стосується власне внутрішніх правил діяльності та реалізації загальнонаціональних чи регіональних програм економічного розвитку. Щодо приватних осіб гнучкість правового регулювання через рамкові закони є гарантією забезпечення свободи економічної діяльності, яка здійснюється на їх вільний розсуд із додержанням засад публічного економічного порядку.

Надмірне правове регулювання спричинює інфляцію в законодавстві, ознаками якого є його нестабільність із частими змінами та доповненнями. Надмірна конкретизація розмиває сутність правової норми як абстрактного правила, розрахованого на тривале застосування на невизначене коло випадків і невизначне коло осіб. Такі фактори підривають засади економічної свободи і можуть служити суттєвим фактором деволоції економічної системи та її занепаду.

За змістом критерії справедливості й ефективності законодавства полягають у забезпеченні рівності доступу до інформації та захист інформації з мотивів економічного добробуту, балансу інтересів учасників економічних відносин, забезпечення свободи договору та їх вирівнювання можливостей. Зокрема, цьому слугують цивільно-правові засоби захисту прав учасників економічних відносин у випадку обману, помилки, непереборної сили тощо.

Публічно-правовими засобами забезпечення ефективності і справедливості законодавства виступають оподаткування, бюджет, вилучення прав власності з мотивів суспільної необхідності при додержанні вимог належної правової процедури. Із перерахованих засобів ефективніше і справедливніше вирівнювання забезпечується через оподаткування, яке ґрунтується на єдиних

і прозорих умовах. Відсутність єдності підходів і прозорості вихолощує сутність оподаткування, що сьогодні, наприклад, спостерігається при збереженні схем ухилення від оподаткування при розміщенні капіталу у тих зарубіжних країнах, які мають офшори і з якими Україна уклала міжнародні договори про усунення подвійного оподаткування (Кіпр, окремі кантони Швейцарії, окремі адміністративні одиниці Великої Британії, Віргінські острови тощо).

Державне управління здійснюється через певні адміністративні дії, які повинні відповідати певним стандартам та вимогам. Критерієм таких стандартів є ефективна реалізація компетенції органами виконавчої влади. Згідно з конституційним принципом поділу влади (стаття 6) будь-яка адміністративна дія повинна бути заснована на законіві і забезпечувати конкретизацію та деталізацію його положень. Разом з тим така деталізація та конкретизація закону не повинна приводити до підміни закону адміністративними діями у формі прийняття постанов чи інших підзаконних нормативних актів.

Оскільки сфера державного управління стосується публічно-правового втручання у приватну автономію фізичної чи юридичної особи, то повинні існувати певні стандарти-вимоги, які визначають сутність адміністративних режимів. Такі вимоги повинні бути засновані на законіві і відповідати його загальним цілям та конкретним його приписам.

Інституціональна компонента свободи економічної діяльності передбачає позитивні обов'язки держави по забезпеченню механізмів формування цін на ринку на основі попиту і пропозиції та недопущення монопольного становища на ринку з метою формування надмірних або занижених цін. Правомірним є втручання держави у сферу приватної автономії з метою забезпечення добробуту у разі здійснення спекулятивних операцій, які супроводжуються із штучним нагнітанням попиту на окремі позиції товарів чи послуг на ринку. Як правило, такий стан є небезпечним для

сталого розвитку економіки і скоріше за все супроводжується наступною рецесією, наслідком чого може стати економічна криза (наприклад, іпотечна криза в США, яка значно вплинула на світову економічну кризу 2008 року, яка триває ще й по сьогодні). Засобами попередження таких випадків є регулювання облікової ставки центральним банком, який би заохочував ділову активність і стримував спекулятивні очікування на ринку, оподаткування, яке має обмежувати такий попит на окремі товарні позиції чи надмірні витрати природних ресурсів, мінімізація та/або скасування пільгового оподаткування, закупівля стратегічно важливої продукції державою та вчинення товарної інтервенції на ринку у разі зловживань на ринку відповідно до наявних резервів та ресурсів.

Стосовно колізій між цивільним і господарським законодавством²⁵³, то поточне законодавство має відповідати засадам стабільності як головного компонента юридичної визначеності, щоб запобігти адміністративній сваволі та надмірному формалізму. Водночас на його застосування впливає дуалізм приватного права, оскільки воно стає колізійним в зв'язку із чинністю ЦК і ГК. Ці колізії долаються шляхом договірної практики та судової практики згідно з правилами юридичної техніки – генеральної клаузули (частина перша статті 9 ЦК) та *lex specialis derogat legi generali* (частина друга статті 9 ЦК). Водночас, низка юристів вбачають вирішення цієї проблематики шляхом рекодифікації приватного права, що передбачає скасування чинності ГК та перегляду положень ЦК, який би більш повно врегулював комерційні відносини²⁵⁴. Натомість сьогодні має важливе значення усталена практика (юриспруденція) Верховного Суду.

²⁵³ Тут автор стоїть на позиції, що існують дві галузі права – приватне і публічне, а тут йде мова про сфери (масиви) законодавства – цивільне та комерційне, яке у нас прийнято називати у силу консервативної традиції господарським.

²⁵⁴ Харитонов, Є.О., Харитонova, О.І., Голубева, Н.Ю. (2020). *Рекодифікація цивільного законодавства України в умовах євроінтеграційних процесів*. Норма права.

Зокрема, Верховний Суд у справі № 753/11000/14-ц²⁵⁵ виділив три рівні тлумачення правочинів, передбачені у статті 213 ЦК. Так, у частинах третій та четвертій статті 213 ЦК визначаються загальні способи, що застосовуватимуться при тлумаченні. Перший рівень тлумачення здійснюється за допомогою однакових для всього змісту правочину значень слів і понять, а також загально-прийнятих у відповідній сфері відносин значення термінів. Другим рівнем тлумачення (у разі, якщо за першого підходу не вдалося витлумачити зміст правочину) є порівняння різних частин правочину як між собою, так із його змістом в цілому, а також з намірами сторін, які вони виражали при вчиненні правочину, а також з чого вони виходили при його виконанні. Третім рівнем тлумачення (при без результативності перших двох) є врахування: мети правочину, змісту попередніх переговорів, ustalеної практики відносин між сторонами (якщо сторони перебували раніше в правовідносинах між собою), звичаїв ділового обороту; подальшої поведінки сторін; тексту типового договору; інших обставин, що мають істотне значення. Прикметною ця справа є тим, що Верховний суд у ній застосував принцип *contra proferentem*, згідно з яким договір повинен тлумачитися проти того, хто його склав.

Таке вирішення проблемних аспектів співвідношення між ЦК і ГК впливає із горизонтального ефекту Конституції, за яким положення цивільного і господарського законодавства наповнюють зміст конституційних цінностей і принципів шляхом розвитку, конкретизації та деталізації відповідних положень Основного Закону. Конституція є «відкритим» текстом в силу генерального застереження про невичерпність змісту та обсягу, у нашому випадку, свободи економічної діяльності (частини друга і третя статті 22) і неприпустимість свавільного обмеження цієї

²⁵⁵ Постанова від 18.04.2018 № 753/11000/14-ц Верховний Суд. Касаційний цивільний суд. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/73500675>

свободи, окрім випадків передбачених Конституцією і законами (стаття 64). Звідси питання співвідношення між ЦК і ГК забезпечується у конституційно конформний спосіб тлумачення²⁵⁶, згідно з яким ці правові акти слід розглядати як акти, прийняті на розвиток Конституції і вони мають застосовуватися відповідно до правил юридичної техніки – *lex specialis* та/або *clausula generalis*. Учасники економічних відносин володіють певною свободою розсуду щодо визначення предмета та порядку реалізації своїх економічних прав та інтересів у межах свободи договору, оскільки така обмежена публічним економічним порядком, неприпустимості вчинення правочинів під обманом, шляхом зловживанням довіри, зловживанням збігу складних обставин, непереборної сили. Тому реалізація свободи договору є засобом вирішення питання щодо співвідношення між ГК і ЦК на засадах верховенства права, зокрема, правової визначеності і правомірності очікувань контрагентів за договором. Контрагенти за договором можуть закласти механізми вирішення спірних ситуацій за допомогою засобів медіації, третейського арбітражу та судового захисту. За таких умов важливий вплив на вирішення цієї дилеми служить усталена судова практика Верховного Суду.

4.1.2. Адміністративно-правові інструменти та межі втручання в економічні свободи. Питання адміністративно-правових засобів регулюючого впливу на суб'єктів господарювання є питанням малодослідженим у науці, а відтак, таким, що породжує дискусії їх галузевої належності (адміністративно-правової чи господарсько-правової), системи та систематизації, напрямків майбутнього удосконалення. Нормативно-правове регулювання також ясності у дане питання не вносить. Так, Господарський кодекс України у ст. 12 перелічив засоби регулюючого впливу

²⁵⁶ Марчук, Р.В., Савчин, М.В. (2020). Конформне тлумачення конституції та забезпечення єдності правової системи. *Бюлетень Міністерства юстиції України*, 11, 44–52.

держави на діяльність суб'єктів господарювання (державне замовлення; ліцензування, патентування і квотування; технічне регулювання; застосування нормативів та лімітів; регулювання цін і тарифів тощо). Разом із тим, норми господарського права не регулюють, наприклад, порядку державної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності, порядку отримання ними ліцензій, патентів та інших дозволів тощо. Ці питання традиційно перебувають у межах предмету регулювання адміністративного права та за змістом є адміністративно-правовими засобами впливу у сфері економіки та господарювання. Такі відносини мають публічно-правовий характер, вони є наслідком організаційно-розпорядчої діяльності публічної адміністрації, порушення однією зі сторін обов'язків передбачає відповідальність не перед іншою стороною, а перед державою²⁵⁷.

Спеціальними регулюючими органами виконавчої влади у сфері господарювання є:

– Міністерство економічного розвитку та торгівлі, що є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику економічного, соціального розвитку і торгівлі, державну політику у сфері розвитку підприємництва. До його повноважень належить розробка проектів та виконання державних програм розвитку малого і середнього підприємництва, забезпечення пропагування і популяризації підприємницької діяльності; сприяння формуванню інфраструктури підтримки малого і середнього підприємництва, сприяння координації діяльності органів виконавчої влади, суб'єктів підприємницької діяльності, їх об'єднань²⁵⁸ тощо;

²⁵⁷ Аверянов, В.Б. (ред.) (2005). *Адміністративне право. Академічний курс* : підручник. Особлива частина (Т. 2, с. 18). Київ: Юридична думка.

²⁵⁸ Положення про Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України: Постанова Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 459. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/459-2014-%D0%BF#n10>

– Державна регуляторна служба України, що є центральним органом виконавчої влади, який реалізує державну регуляторну політику, політику з питань контролю у сфері господарської діяльності, ліцензування та дозвільної системи у сфері господарської діяльності та дерегуляції господарської діяльності. До її повноважень належить проведення експертизи проектів регуляторних актів та прийняття рішень про погодження таких проектів або про відмову в їх погодженні; надання роз'яснень положень законодавства з питань державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності; розробка основних напрямів розвитку ліцензування, здійснення нагляду за дотриманням органами ліцензування законодавства та надання роз'яснення щодо його застосування; погодження ліцензійних умов провадження певного виду господарської діяльності та порядку здійснення контролю за їх дотриманням; ведення Єдиного ліцензійного реєстру та Реєстру документів дозвільного характеру; розроблення проектів нормативно-правових актів з питань видачі документів дозвільного характеру та погодження їх та інші повноваження²⁵⁹.

Серед органів публічної адміністрації, які здійснюють регулювання підприємництва в окремих аспектах, можна навести також Міністерство юстиції України (що здійснює державне регулювання у сфері державної реєстрації, адмініструє Єдиний державного реєстру); органи Державної фіскальної служби, Державної митної служби, Антимонопольний комітет, органи ліцензування та інші.

Засобами адміністративно-правового регулювання є:

- здійснення державної реєстрації суб'єктів господарювання;
- дозвільна система у сфері господарської діяльності;
- ліцензування;
- державне регулювання здійснення публічних закупівель;

²⁵⁹ Положення про Державну регуляторну службу України: Постанова Кабінету Міністрів України від 24.12.2014. № 724. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/724-2014-%D0%BF#Text>

- технічне регулювання;
- застосування нормативів та лімітів;
- регулювання цін і тарифів.

Відносини, що виникають у сфері *державної реєстрації* юридичних осіб, їхньої символіки та фізичних осіб – підприємців регулюються законом «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань»²⁶⁰. Державну реєстрацію юридичних осіб, які здійснюють підприємницьку діяльність та фізичних осіб-підприємців в Україні проводять виконавчі органи сільських, селищних та міських рад та нотаріуси.

Правові та організаційні засади функціонування *дозвільної системи* у сфері господарської діяльності визначає закон «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності», він встановлює порядок діяльності дозвільних органів, уповноважених видавати документи дозвільного характеру та адміністраторів²⁶¹. Документами дозвільного характеру вважається дозвіл, висновок, рішення, погодження, свідоцтво, інший документ (за винятком ліцензії), який дозвільний орган зобов'язаний видати суб'єкту господарювання у разі надання йому права на здійснення господарської діяльності. Конкретний перелік документів, що належать до дозвільних, визначений законом «Про Перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності». До них, зокрема, належать ветеринарні сертифікати, висновки з оцінки впливу на довкілля, висновки державної санітарноепідеміологічної експертизи, дозвіл на викиди забруднюючих речовин, фітосанітарні сертифікати та багато інших. Прийняття від суб'єкта господарювання заяви про одержання (переоформлення, анулювання) документа дозвільного

²⁶⁰ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань: Закон України від 15.05.2003. № 755-IV.

²⁶¹ Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності: Закон України від 06.09.2005. № 2806-IV: URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2806-15#Text>

характеру здійснюється адміністратором у центрі надання адміністративних послуг (єдине вікно).

Питання ліцензування господарської діяльності врегульовує закон «Про ліцензування видів господарської діяльності», який визначає перелік видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, встановлює уніфікований порядок їх ліцензування, нагляд і контроль у сфері ліцензування, відповідальність за порушення законодавства у сфері ліцензування видів господарської діяльності²⁶². Ліцензуванню підлягають такі основні види господарської діяльності: банківська діяльність, діяльність з надання фінансових послуг, у галузі телебачення і радіомовлення, у сфері електроенергетики, освітня діяльність, виробництво і торгівля алкогольними напоями та тютюновими виробами і пальним, будівництво окремих об'єктів, виробництво та торгівля лікарськими засобами, виробництво та ремонт вогнепальної зброї невійськового призначення, надання послуг і виконання робіт протипожежного призначення, виробництво особливо небезпечних хімічних речовин, медична практика, ветеринарна практика, випуск та проведення лотерей, туроператорська діяльність, посередництво у працевлаштуванні за кордоном, перевезення пасажирів та небезпечних вантажів, зовнішньоекономічна діяльність, транспортування нафти, нафтопродуктів, охоронна діяльність, перероблення та захоронення побутових відходів. Порядок та умови видачі окремих ліцензій містяться або в окремих законах (наприклад, ліцензування мовлення врегульовано законом «Про телебачення і радіомовлення»), або ліцензійних умовах, затверджених Кабінетом міністрів України (наприклад, ліцензійні умови провадження охоронної діяльності затверджено постановою уряду від 18.11.2015 р. № 960). За провадження господарської діяльності, що

²⁶² Про ліцензування видів господарської діяльності: Закон України від 02.03.2015. № 222-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-19#Text>

підлягає ліцензуванню, без ліцензії посадові особи суб'єктів господарювання несуть адміністративну відповідальність. Конкретний перелік органів, які уповноважені видавати ліцензії визначений постановою Кабінету міністрів України від 5.08.15 р. № 609.

Правові та організаційні засади, основні принципи і порядок здійснення *державного контролю* у сфері господарської діяльності, повноваження органів державного контролю, їх посадових осіб і права, обов'язки та відповідальність суб'єктів господарювання під час здійснення державного контролю врегульовано законом «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності»²⁶³.

Законом визначено два види заходів здійснення державного контролю: планові і позапланові.

Планові заходи здійснюються відповідно до річних планів не частіше одного планового заходу щодо одного суб'єкта господарювання одним тим самим органом державного нагляду. Періодичність проведення планових заходів державного контролю залежить від ступеня ризику від провадження господарської діяльності, що оцінюється у відповідності до Методики розроблення критеріїв (оцінка ступеня небезпеки, масштабу, виду та сфери діяльності, наявність порушень у попередній діяльності суб'єктів господарювання). Планові заходи державного контролю здійснюються за діяльністю суб'єктів господарювання, яка віднесена до високого ступеня ризику – не частіше одного разу на два роки; до середнього ступеня ризику – не частіше одного разу на три роки; до незначного ступеня ризику – не частіше одного разу на п'ять років.

Виключними підставами для здійснення позапланових заходів є: подання суб'єктом господарювання письмової заяви про здійснення контролю за його бажанням, виявлення недостовірності

²⁶³ Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності: Закон України від 05.04.2007. № 877-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/877-16#Text>

даних, заявлених суб'єктом господарювання у документі звітності, звернення фізичної особи (фізичних осіб) про порушення, що спричинило шкоду правам, законним інтересам, життю чи здоров'ю, навколишньому природному середовищу чи безпеці держави, неподання суб'єктом господарювання документів обов'язкової звітності за два звітні періоди підряд без поважних причин, доручення Прем'єр-міністра України про перевірку суб'єктів господарювання у зв'язку з виявленими системними порушеннями, що мають значний негативний вплив на права, законні інтереси, життя та здоров'я людини, захист навколишнього природного середовища та забезпечення безпеки держави, настання аварії, смерті потерпілого внаслідок нещасного випадку або професійного захворювання, що було пов'язано з діяльністю суб'єкта господарювання.

Для забезпечення ефективного та прозорого здійснення публічних закупівель, створення конкурентного середовища у цій сфері, а також запобігання проявам корупції закон «Про публічні закупівлі» визначає правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави, територіальних громад та об'єднаних територіальних громад. Цим законом унормований порядок державного регулювання, державного та громадського контролю у сфері закупівель, порядок здійснення публічних закупівель та моніторингу реалізації відповідних процедур.

Правила здійснення публічних закупівель поширюються на такі закупівлі, які відповідають двом ознакам: суб'єктному складу та сумі закупівлі. Зокрема, до категорії замовників, які здійснюють закупівлі товарів, робіт і послуг у відповідності до спеціальних процедур, є органи державної влади та органи місцевого самоврядування, органи соціального страхування; підприємства, установи, організації які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність нездійснюється на промисловій чи комерційній основі; юридичні особи та суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання (наприклад, забезпечення

транспортування, розподілу, зберігання та постачання природного газу, видобутку природного газу, забезпечення виробництва, транспортування та постачання теплової енергії споживачам тощо).

Сума закупівлі як критерій є різною для різних замовників, зокрема, для органів державної влади та органів місцевого самоврядування, органів соціального страхування; підприємств, установ, організацій вартість предмета закупівлі товару дорівнює або перевищує 200 тисяч гривень, а робіт – 1,5 мільйона гривень; для замовників-юридичних осіб та суб'єктів господарювання, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання вартість предмета закупівлі товару дорівнює або перевищує 1 мільйон гривень, а робіт – 5 мільйонів гривень²⁶⁴.

Технічне регулювання у сфері господарської діяльності супроводжується розробленням та прийняттям технічних регламентів і передбачених ними процедур оцінки відповідності, їх застосуванням стосовно продукції, яка вводиться в обіг, надається на ринку або вводиться в експлуатацію, а також здійсненням добровільної оцінки відповідності²⁶⁵.

Державне регулювання цін може здійснюватися у різні способи:

- або установлення обов'язкових для застосування суб'єктами господарювання фіксованих цін; граничних цін; граничних рівнів торговельної надбавки (націнки) та постачальницько-збутової надбавки (постачальницької винагороди); граничних нормативів рентабельності; розміру постачальницької винагороди; розміру доплат, знижок (знижувальних коефіцієнтів);
- або запровадження процедури декларування зміни ціни та реєстрації ціни²⁶⁶.

²⁶⁴ Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.201. № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text>

²⁶⁵ Про технічні регламенти та оцінку відповідності. Закон України від 15.01.2015. № 124-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/124-19#Text>

²⁶⁶ Про ціни і ціноутворення: Закон України від 21.06.2012. № 5007-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5007-17#Text>

На такі продукти як хліб, борошно, цукор, крупи, м'ясомолочні продукти, яйця, олію ще у 2017 році державне регулювання цін було ліквідовано. Проте збереглися окремі товари, регулювання ціни на які збереглося: державне визначення граничної ціни на газ для населення, фіксованої ціни на електричну енергію для побутових споживачів, встановлення граничних торговельних надбавок (націнок) на продукцію громадського харчування, що реалізується в загальноосвітніх, професійно-технічних та вищих навчальних закладах тощо. Також у зв'язку із епідемією SaRS-19 тимчасово запроваджено державне регулювання цін на товари, що мають істотну соціальну значущість та товари протиепідемічного призначення шляхом декларування зміни роздрібних цін у разі їх збільшення²⁶⁷.

Таким чином, регулятори мають достатні адміністративно-правові засоби для впливу на суб'єктів господарювання. Проте їх використання у будь-якому випадку не повинне блокувати інвестиції, спотворювати конкуренцію та руйнувати виробництво. Всі ці засоби повинні використовуватися для забезпечення економічної безпеки держави та добробуту її громадян.

4.2. Ефективність правового регулювання податкових відносин та свобода економічної діяльності

Для розвитку економіки й соціальної сфери в державі велике значення має належне регулювання податкових відносин, адже це забезпечує з одного боку наявність необхідних фінансових ресурсів для реалізації завдань і функцій держави, а з іншого – сприяє економічному прогресу.

²⁶⁷ Про заходи щодо стабілізації цін на товари, що мають істотну соціальну значущість, товари протиепідемічного призначення: Постанова КМУ від 22.04.2020. № 341.

Одним із основних завдань податкової політики держави є дотримання балансу публічних та приватних інтересів при сплаті податків. Гарантією забезпечення приватного інтересу є можливість платників податків визначати для себе оптимальну модель оподаткування шляхом використання правомірних засобів та інструментів, що є однією із гарантій забезпечення свободи економічної діяльності. Прагнення платників податків обрати для себе найбільш зручну форму сплати податків, зменшити законним шляхом рівень податкових витрат є цілком природним і зрозумілим.

На сьогодні загально визнаним є той факт, що правила оподаткування, зокрема рівень податкового навантаження, процедура адміністрування податків, є одним із факторів, що враховуються при здійсненні господарської діяльності. Безумовно, цей фактор не може бути основним при визначенні стратегії ведення бізнесу в цивілізованому суспільстві, однак він є немаловажним, адже в Україні значний податковий тиск та недосконала податкова система не сприяють розвитку підприємництва, що не дозволяє нехтувати податковим аспектом. Свобода економічної діяльності знаходить свій прояв, зокрема, у можливості вибору місця здійснення та видів господарської діяльності, організаційно правової форми, системи оподаткування тощо. При цьому, можливість такого вибору часто залежить від податкових наслідків. Тому ефективне правове регулювання податкових відносин має важливе значення для забезпечення економічних свобод.

4.2.1. Врахування податкового законодавства при виборі місця здійснення господарської діяльності. На вибір місця здійснення господарської діяльності насамперед повинні впливати не податкові, а ділові фактори, зокрема логістика, віддаленість сировинних ресурсів, контрагентів, ринків збуту, ринок праці тощо²⁶⁸. Та й на

²⁶⁸ Греца, Я.В. (2019). Визначення місця здійснення господарської діяльності під час податкового планування. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*, 59, 2, 39.

перший погляд може скластися враження, що місце здійснення діяльності в межах однієї країни не має визначального впливу на оподаткування, адже рівень загальнодержавних податків і зборів однаковий на території держави. Може існувати диференціація щодо ставок місцевих податків і зборів, адже їх встановлення є компетенцією місцевих рад, однак місцеві податки і збори, як правило, не відіграють вирішальної ролі через менший рівень навантаження в порівнянні з загальнодержавними податками, а також із врахуванням того, що Податковим кодексом України (далі – ПК України) встановлено граничні ставки місцевих податків і зборів. Як виняток, можна відмітити плату за землю, бо її базою оподаткування є нормативно-грошова оцінка землі, яка в різних регіонах може суттєво відрізнятись, тому суми земельного податку чи орендної плати за землю можуть бути також істотно різними. Навіть у межах одного адміністративного району розмір нормативно-грошової оцінки земельної ділянки однакового цільового призначення може відрізнятись за рахунок застосування різних коефіцієнтів. Тому цей фактор не варто залишати поза увагою при здійсненні податкового планування.

Найбільш суттєвим є фактор вибору місця здійснення господарської діяльності при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності. За своїм змістом та особливостями правового регулювання використання іноземних юрисдикцій значно розширює можливості податкової оптимізації, дає змогу використовувати широкий інструментарій засобів, пільг та преференцій, який наявний у законодавстві різних країн та в міжнародних договорах, а також враховувати відмінності в податкових системах і вдало їх використовувати для цілей податкового планування. На транскордонному рівні враховується не тільки рівень податкового навантаження у тій чи іншій країні, а й простота та зручність адміністрування податків, рівень лібералізації валютного регулювання, безпека бізнесу, можливість відкриття банківських рахунків та вільного

руху капіталів, рівень фінансового моніторингу, наявність угод про уникнення подвійного оподаткування та запобігання податковим ухиленням, участь держави в міжнародних заходах щодо протидії розмиванню податкових баз тощо.

4.2.2. Вплив податкового законодавства на вибір організаційно-правової форми суб'єкта господарювання. При виборі організаційно-правової форми суб'єкта господарювання може скластися думка про те, що цей фактор не має великого значення для сплати податків і зборів, адже незалежно від того, чи платник податку – юридична особа створений у формі господарського товариства, підприємства, кооперативу тощо на оподаткування ця обставина не має суттєвого впливу. До цього ж прихильники такої точки зору можуть навести аргумент про те, що одним із принципів податкового законодавства є принцип рівності платників податків, тому будь-яка відмінність в оподаткуванні залежно від організаційно-правової форми йому б суперечила.

Разом з тим, така позиція не враховує всіх аспектів податкового законодавства, яке в окремих випадках певні права та обов'язки платника податків ставлять у залежність від його організаційно-правової форми. Організаційно-правова форма здійснення господарської діяльності також може мати певний вплив на податкове адміністрування, та на податкову взаємодію платників податків, зокрема у випадку, якщо вони є пов'язаними²⁶⁹.

Організаційно-правова форма юридичної особи впливає на податкові обов'язки по сплаті податку на прибуток. Так, відповідно до пункту 133.4 статті 133 ПК України, не є платниками податку на прибуток неприбуткові підприємства, установи та організації. Статус неприбуткової організації безпосередньо залежить від організаційно-правової форми юридичної особи, адже до таких органі-

²⁶⁹ Греца, Я.В. (2020). Значення вибору структури і організаційно-правової форми господарської діяльності для оптимізації оподаткування. *Приватне та публічне право*, 1, 61.

зацій віднесено бюджетні установи, громадські організації, релігійні організації, політичні партії, творчі спілки, асоціації та інші об'єднання юридичних осіб, житлово-будівельні кооперативи та деякі інші юридичні особи, діяльність яких відповідає вимогам, передбаченим законом.

Слід наголосити, що в Україні є доволі поширеною схема використання житлово-будівельних кооперативів для будівництва житла. Така схема розглядається як одна з найбільш оптимальних з точки зору оподаткування, адже пайові внески членів кооперативу не є доходом і не оподатковуються податком на прибуток, самі об'єкти нерухомого майна реєструються за членом кооперативу як за первинним власником, тобто в цьому випадку не відбувається операції з поставки житла, яка може розглядатися як об'єкт оподаткування ПДВ.

Суттєвий вплив організаційно-правова форма платника податку може мати на право застосування податкових пільг. Зокрема, звільняється від оподаткування прибуток підприємств та організацій, які засновані громадськими об'єднаннями осіб з інвалідністю в разі дотримання визначених законом умов. Передбачені пільги зі сплати ПДВ для благодійних та релігійних організацій, навчальних та медичних закладів, органів державної влади та місцевого самоврядування тощо. Також для окремих форм юридичних осіб передбачені пільги і щодо земельного податку (громадські об'єднання інвалідів, навчальні, санаторно-курортні заклади, спортивні організації).

З іншого боку, та чи інша організаційно-правова форма або структура власників часток у статутному капіталі може створювати певні обмеження для платника податків. Зокрема, слід мати на увазі, що не можуть бути платниками єдиного податку суб'єкти господарювання, у статутному капіталі яких сукупність часток, що належать юридичним особам, які не є платниками єдиного податку, дорівнює або перевищує 25 відсотків, а також

представництва, філії, відділення та інші відокремлені підрозділи юридичної особи, яка не є платником єдиного податку.

На оподаткування має суттєвий вплив і корпоративна структура бізнесу. Найбільший прояв це має у трансфертному ціноутворенні, зокрема при визначенні контрольованих операцій з пов'язаними особами – нерезидентами, а також нерезидентами, які створені в організаційно-правових формах, які не сплачують податок на прибуток (корпоративний податок) і включені до відповідного переліку, визначеного Кабінетом Міністрів України²⁷⁰.

Так само корпоративна структура бізнесу, взаємодія пов'язаних між собою суб'єктів господарювання на практиці активно використовується при здійсненні податкового планування, регулювання податкового навантаження між учасниками групи, його перерозподілу внаслідок здійснення господарських операцій всередині групи.

Аналізуючи вплив вибору організаційно-правової форми здійснення господарської діяльності на процес сплати податків можна прийти до висновку, що найбільш суттєво відмінність проявляється в порядку оподаткування юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, адже юридичні особи на загальній системі оподаткування є, зокрема, платниками податку на прибуток підприємств, у той час як підприємці на загальній системі оподаткування сплачують податок на доходи фізичних осіб.

Якщо порівнювати податкове навантаження юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців на загальній системі оподаткування, ми можемо прийти до висновку, що за чинним законодавством для індивідуальних підприємців воно є вищим. На це впливає, зокрема,

²⁷⁰ Про затвердження переліку організаційно-правових форм нерезидентів, які не сплачують податок на прибуток (корпоративний податок), у тому числі податок з доходів, отриманих за межами держави реєстрації таких нерезидентів, та/або не є податковими резидентами держави, в якій вони зареєстровані як юридичні особи. Постанова Кабінету Міністрів України № 480 від 04.07.2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/480-2017-%D0%BF#Text>

відмінність при визначенні об'єкта оподаткування, яка полягає в тому, що для підприємців суттєво обмежений перелік витрат порівняно з юридичними особами. Як відомо, для юридичних осіб об'єктом оподаткування податком на прибуток є фінансовий результат до оподаткування, визначений за даними бухгалтерського обліку, при якому враховуються витрати операційної діяльності (собівартість товарів, адміністративні витрати, витрати на збут, інші операційні витрати), а також інші витрати (фінансові витрати, витрати минулих періодів, операції з основними засобами, операції з борговими вимогами і зобов'язаннями тощо). Водночас, перелік витрат, які може при визначенні оподаткованого доходу врахувати фізична особа-підприємець, наведений у пункті 177.4 статті 177 ПК України, який є за своїм змістом значно вужчим. Відповідно, витрати, які не ввійшли до цього переліку, не можуть враховуватися при визначенні об'єкта оподаткування, навіть якщо вони пов'язані з господарською діяльністю. Зокрема, податкові органи неодноразово займали позицію, що підприємець не може врахувати витрати на власне відрядження (тільки на відрядження найманих працівників), на сплату податку на майно (у тому числі земельний податок чи орендна плата за землю), на погашення відсотків за кредитом, навіть якщо кредит отримався для здійснення господарської діяльності, курсові різниці, витрати на оплату бухгалтерських послуг та інші витрати. До цього ж необхідно додати, що фізична особа-підприємець, на відміну від юридичної особи, не може врахувати збитки минулих періодів, що суттєво звужує його можливості, адже якщо попередній рік для підприємця виявиться збитковим, то ці збитки не можуть бути враховані ним у поточному періоді.

Ще гіршою є ситуація із визначенням витрат для осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність, наприклад, таких як адвокати, нотаріуси та ряд інших, оскільки норма статті 178 ПК України взагалі не визначає склад витрат, які можуть враховуватися такими

особами при визначенні об'єкта оподаткування. Норма закону містить загальне положення, яке передбачає, що оподатковуваним доходом вважається сукупний чистий дохід, тобто різниця між доходом і документально підтвердженими витратами, необхідними для провадження певного виду незалежної професійної діяльності. Однак, які саме витрати вважаються необхідними для здійснення такої діяльності і хто саме має визначати таку необхідність – не врегульовано. З одного боку, може скластися враження, що таке широке формулювання розв'язує руки платникам податків, не обмежуючи їх право, однак на практиці податкові органи дуже часто керуються власним розсудом при оцінці пов'язаності витрат самозайнятої особи з її професійною діяльністю, часто свавільно звужуючи їх перелік. Наприклад, податкові органи тривалий час при проведенні перевірок нотаріусів керувалися наказом ДПС України від 24.12.2012 року № 1185 та наказом Міністерства доходів і зборів України від 30.12.2013 року № 884 «Про затвердження Узагальнюючої податкової консультації щодо витрат приватного нотаріуса», однак у цих консультаціях був наведений орієнтовний і доволі звужений перелік, який не враховував усіх можливих реальних витрат нотаріусів, які пов'язані з їх діяльністю. Так, врахування витрат на сплату комунальних послуг було передбачено лише в разі використання нотаріусом власного приміщення, тому при перевірках податкові органи ставили під сумнів такі витрати, якщо нотаріус користувався приміщенням на правах оренди чи позички. Зрозуміло, що будь-якого законодавчого підґрунтя такі претензії контролюючих органів не мали.

Слід наголосити також, що фізичні особи-підприємці, а також особи, які здійснюють незалежну професійну діяльність, мають додаткове податкове навантаження у вигляді військового збору (1,5 відсотки від об'єкта оподаткування), а також у вигляді єдиного соціального внеску на власні доходи (у той час як юридичні особи сплачують ЄСВ тільки з фонду оплати праці найманих праців-

ників). При цьому в Україні існувала несправедлива норма, яка зобов'язувала фізичних осіб-підприємців, а також самозайнятих осіб сплачувати єдиний соціальний внесок навіть за відсутності доходів від здійснення своєї діяльності. Тривалий час залишалася не вирішеною проблема покладення на громадян подвійного обов'язку зі сплати ЄСВ у випадку, коли вони є одночасно зареєстрованими як фізичні особи-підприємці, а поряд з цим здійснюють незалежну професійну діяльність (така проблема була актуальна, наприклад, для адвокатів, арбітражних керуючих тощо). Це зумовлювало численні судові спори з податковими органами, які часто вирішуються на користь платників податків.

4.2.3. Вибір системи оподаткування при здійсненні господарської діяльності. Як відомо, в Україні платники можуть обрати загальну систему оподаткування або спрощену систему, яка передбачає сплату єдиного податку. Крім того, платники на загальній системі оподаткування, а також платники єдиного податку третьої групи можуть зареєструватися платниками ПДВ (на загальній системі оподаткування при досягненні визначеного законом обсягу оподаткованих операцій реєстрація платником ПДВ є обов'язковою). Визначення системи оподаткування обов'язково слід здійснювати на початку провадження діяльності, при реєстрації юридичної особи чи фізичної особи-підприємця, однак вибрана система оподаткування в процесі здійснення господарської діяльності може змінюватися (законодавство допускає таку можливість) залежно від зміни умов ведення бізнесу, його масштабів, законодавства тощо.

При виборі системи оподаткування слід враховувати, яка з обраних систем буде оптимальною з точки зору податкового навантаження. Слід врахувати, що юридичні особи на загальній системі оподаткування сплачують податок на прибуток за ставкою 18 відсотків, а платники єдиного податку на третій групі сплачують 5 відсотків (3 відсотки в разі сплати ПДВ) від загального доходу.

Тобто відмінність полягає не тільки у ставці, але і в об'єкті оподаткування, тому за різних умов вигіднішим може бути сплата чи податку на прибуток (якщо платник має значний обсяг витрат, які зменшують фінансовий результат до оподаткування), чи єдиного податку (якщо платник у достатньому обсязі таких витрат не має).

Здійснюючи вибір системи оподаткування, необхідно враховувати наявні в законі обмеження щодо обсягу граничного річного доходу, який допускається на спрощеній системі. Парламент збільшив обсяг граничного доходу для платників єдиного податку до одного мільйона для першої групи, п'яти мільйонів для другої групи і семи мільйонів для третьої групи.

Однак на практиці часто мають місце випадки, коли великий бізнес зловживає правом, штучно дроблячи свою діяльність, здійснюючи її через значну кількість фізичних осіб-підприємців на спрощеній системі оподаткування.

Одним із видів обмежень, що застосовуються для першої та другої групи платників єдиного податку, є обмеження щодо кількості осіб, що можуть перебувати з ними в трудових відносинах. Так, для платників єдиного податку другої групи максимально дозволено мати десять найманих працівників, а платники податку першої групи взагалі позбавлені права використовувати найману працю. На наше переконання, таке обмеження є недоцільним і невиправданим, оскільки використання найманої праці платниками єдиного податку не має жодного негативного впливу на інтереси держави у сфері оподаткування, натомість стримує розвиток малого бізнесу, не сприяє створенню нових робочих місць, призводить до податкових втрат внаслідок ненадходження податків з доходів найманих працівників та внаслідок приховування трудових відносин.

Одним із важливих аспектів, що впливає на вибір системи оподаткування, є зручність та простота ведення обліку та складання звітності, адміністрування податків і зборів. Простота та

зручність адміністрування податків для багатьох платників має не менш важливе значення, ніж рівень податкового навантаження. Податкова система України дуже часто є об'єктом критики не так за високий фіскальний тиск (рівень податкових ставок в Україні далеко не найвищий), як радше за недосконалість адміністрування податків.

Спрощена система обліку та звітності є однією з найбільш суттєвих переваг єдиного податку, що особливо важливо для малого і середнього бізнесу, які не мають таких організаційних та фінансових можливостей забезпечувати складний облік, як у великого бізнесу. Тому часто платники податків віддають перевагу єдиному податку через простоту його адміністрування, навіть якщо його застосування не є найбільш оптимальним з точки зору рівня податкового навантаження. Тривалий час спрощена система оподаткування приваблювала суб'єктів малого та середнього бізнесу тим, що платники єдиного податку в переважній більшості випадків мали право не застосовувати реєстратор розрахункових операцій при здійсненні розрахунків у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг. Однак з часом ця перевага ставала дедалі більш обмеженою, обов'язок застосовувати РРО розповсюджувався на все ширше коло платників єдиного податку.

Важливим фактором, який повинен враховуватися при визначенні податкової політики суб'єкта господарювання є питання реєстрації платником ПДВ, при цьому доцільність чи необхідність такої реєстрації залежить від цілого ряду факторів. Зрозумілою є ситуація, коли платник податку зобов'язаний зареєструватися платником ПДВ в силу імперативних приписів закону. Однак, у разі, якщо йдеться про добровільну реєстрацію, при прийнятті оптимального рішення слід керуватися тим, що з одного боку ПДВ є, напевно, одним із найскладніших в адмініструванні податків, однак з іншого – він може бути вигідним для платника. Так, реєстрація платником ПДВ буде доречною у разі, якщо платник здійснює

зовнішньоекономічну діяльність. У випадку ж здійснення діяльності з експорту товарів платник ПДВ буде мати право на формування податкового кредиту з сум ПДВ, сплачених у ціні придбаних ним товарів (послуг). Оскільки для експорту товарів встановлена нульова ставка, платник буде мати право на відшкодування сум ПДВ з бюджету. Натомість без реєстрації платником ПДВ суб'єкти, які здійснюють експорт товарів, право на податковий кредит та бюджетне відшкодування втрачають. Так само доцільною є реєстрація платником ПДВ для суб'єктів, які здійснюють ввезення товарів на митну територію України. При ввезенні товарів у обсягах, які відповідно до закону підлягають оподаткуванню, платники сплачують ПДВ при митному оформленні товарів незалежно від факту реєстрації їх платниками ПДВ, однак при наявності такої реєстрації платники мають право суми ПДВ, сплачені при митному оформленні товарів, віднести до складу податкового кредиту.

Обґрунтованою буде реєстрація платником ПДВ у разі, якщо суб'єкт господарювання здійснює капітальні інвестиції, придбання або самостійне виготовлення необоротних активів. На етапі здійснення інвестицій, наприклад у будівництво виробничих об'єктів, придбання обладнання тощо у платника ПДВ формуються значні суми податкового кредиту в ціні придбаних товарів і послуг, які можуть бути відшкодовані з бюджету. Без реєстрації платником ПДВ така можливість буде втрачена.

Реєстрація платником ПДВ може бути доцільною і в тих випадках, коли суб'єкт господарювання має намір розширити ринки збуту за рахунок покупців – ПДВ. Таким покупцям вигідніше придбавати товари або послуги також у платників ПДВ через можливість отримати право на податковий кредит у ціні придбаних товарів чи послуг, тому без реєстрації платником ПДВ коло покупців продукції у суб'єкта господарювання буде більш обмеженим. Значна кількість платників податків оптимізують податкове навантаження, здійснюючи господарську діяльність з використанням різних

суб'єктів – як платників єдиного податку, так і платників ПДВ на загальній системі оподаткування. При цьому продаж товарів або послуг проводиться через таких суб'єктів з урахуванням категорії покупців – чи є такі покупці платниками ПДВ (тоді продаж здійснюється також платником ПДВ), чи ні (у такому разі співпраця ведеться, як правило, з платниками єдиного податку). Використання декількох суб'єктів господарювання з різними системами оподаткування є в Україні доволі поширеним явищем і подекуди має ознаки зловживання правом, адже, наприклад, навіть у одному закладі громадського харчування споживачу при здійсненні одного замовлення можуть видати два чеки від різних суб'єктів на різних системах оподаткування.

4.2.4. Вплив податкового законодавства на вибір видів господарської діяльності. При плануванні економічної діяльності не може бути залишений поза увагою такий фактор, як вибір видів діяльності. Знову ж таки, вирішення цього питання в рамках стратегічного планування повинно базуватися на ділових інтересах суб'єкта господарювання, однак податкові аспекти також мають бути враховані.

На вибір видів діяльності може впливати така сукупність факторів, як наявність або відсутність обов'язку сплати податку, диференціація податкових ставок, наявність податкових пільг, встановлення обмежень на здійснення окремих видів діяльності для певної категорії платників податків тощо.

Щодо багатьох податків, крім базової ставки, закон передбачає застосування інших ставок, що залежить, зокрема, і від видів діяльності. Так, щодо ПДВ установлені зменшені ставки 7 відсотків для постачання лікарських засобів та виробів медичного призначення, ставка нуль відсотків передбачена, зокрема, для здійснення таких операцій, як експорт, постачання товарів магазинами безмитної торгівлі, міжнародні перевезення пасажирів і багажу та вантажів тощо.

Щодо податку на прибуток диференціація ставок податків для резидентів не є суттєвою (окремі податкові ставки встановлені тільки для страховиків), однак для оподаткування доходів нерезидентів ставки різні – 0, 4, 6, 12, 15 і 20 відсотків залежно від виду діяльності та виду доходу. Що стосується акцизного податку та мита, то тут диференціація ставок чи не найбільша і залежить від виду вироблених чи імпортованих товарів за кодом УКТ ЗЕД. При здійсненні господарських операцій з підакцизними товарами слід виходити також із вимог, пов'язаних із особливостями регулювання їх виробництва та обігу, ліцензування тощо. Особливо це важливо для виробництва та реалізації алкогольних напоїв, палива, де правове регулювання цих правовідносин передбачає цілий ряд особливих вимог та обмежень, а також встановлює спеціальну юридичну відповідальність за правопорушення у сфері обігу цих товарів, однак детальна характеристика цих аспектів може бути предметом окремого дослідження.

Специфіка здійснення певних видів діяльності та її наслідки можуть характеризувати суб'єкта як платника того чи іншого податку. Так, якщо діяльність платника податку пов'язана з викидами шкідливих для довкілля речовин у атмосферне повітря чи водні об'єкти, розміщення відходів, утворення радіоактивних відходів, такий суб'єкт є платником екологічного податку. Діяльність суб'єкта господарювання з видобутку корисних копалин, використання лісових ресурсів, спеціальне використання води, радіочастотного ресурсу тощо зумовлює виникнення обов'язку зі сплати рентної плати.

Важливим фактором при здійсненні податкового планування є врахування визначених податковим законодавством обмежень, встановлених залежно від видів діяльності платника податку. Особливо яскраво цей аспект проявляється при застосуванні спрощеної системи оподаткування. Так, законом чітко визначено, що платниками єдиного податку першої групи можуть бути фізичні особи-підприємці, які

здійснюють виключно роздрібний продаж товарів з торговельних місць на ринках та/або провадять господарську діяльність з надання побутових послуг населенню. Будь-яку іншу діяльність на першій групі здійснювати неможливо. Платники єдиного податку другої групи не можуть надавати послуги юридичним особам на загальній системі оподаткування, а також не можуть здійснювати діяльність з надання посередницьких послуг з купівлі, продажу, оренди та оцінювання нерухомого майна, крім того – діяльність з виробництва, постачання, продажу (реалізації) ювелірних та побутових виробів з дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння.

Норма пункту 291.5 статті 291 ПК України містить доволі широкий перелік видів діяльності, здійснювати які заборонено платникам першої – третьої груп, це, зокрема, організація азартних ігор і лотерей, обмін валют, виробництво, експорт, імпорт і продаж підакцизних товарів, видобуток, виробництво, реалізація дорогоцінних металів, видобуток і реалізація корисних копалин (крім корисних копалин місцевого значення), діяльність у сфері фінансового посередництва та цілий ряд інших. Доволі поширеним видом діяльності в Україні є надання в оренду майна, у зв'язку з цим необхідно пам'ятати, що для платників єдиного податку заборонено здавати в оренду земельні ділянки площею понад 0,2 га, житлові приміщення площею понад 100 м. кв. та нежитлові приміщення площею понад 300 м. кв.

Для платників єдиного податку четвертої групи встановлена обов'язкова вимога щодо їх видів діяльності – у сфері сільськогосподарського товаровиробництва, зокрема для юридичних осіб передбачено, що частка сільськогосподарського товаровиробництва за попередній податковий (звітний) рік повинна дорівнювати або перевищувати 75 відсотків.

4.2.5. Використання податкових пільг при здійсненні господарської діяльності. При здійсненні господарської діяльності доцільно ретельно вивчити питання щодо наявності та можливості

використання податкових пільг. Хоч податкові пільги не відносяться до обов'язкових елементів податкового механізму, їх застосування є одним із найбільш дієвих проявів стимулюючої функції податків, роль і значення якої з часом дедалі збільшується.

Встановлення податкових пільг може мати різні цілі, у тому числі й соціальні, що забезпечує реалізацію принципу соціальної справедливості податкової системи. Однак така ціль може бути далеко не єдиною, пільги можуть встановлюватися для стимулювання тих галузей і видів діяльності, які мають важливе значення для держави, зокрема це підтримка малого та середнього бізнесу, сільськогосподарського виробництва, експорту, інвестиційної діяльності тощо. Це кореспондується з нормою пункту 30.2 статті 30 ПК України, якою визначено, що підставами для надання податкових пільг є особливості, що характеризують певну групу платників податків, вид їх діяльності, об'єкт оподаткування або характер та суспільне значення здійснюваних ними витрат..

Необхідно наголосити, що чинна система податкових пільг в Україні не виконує основні завдання, заради яких вони запроваджувалися. Фактично на сьогодні відсутній дієвий інструментарій щодо залучення інвестицій шляхом надання відповідних податкових преференцій. В Україні активно ведеться дискусія щодо перспектив заміни податку на прибуток податком на виведений капітал, який передбачає оподаткування лише тієї частини прибутку, яка виводиться у формі дивідендів чи прирівняних до них виплат. Хоч безпосередньо такий крок не можна вважати запровадженням податкових пільг, однак, по суті, звільнення від оподаткування прибутку, який власник залишає в бізнесі, є суттєвою податковою преференцією для платників податків. Слід зауважити, що ця тема дуже популярна в діловому середовищі. Прихильники запровадження цього податку наголошують, що це буде суттєвим каталізатором розвитку економіки, зробить прозорою фінансову звітність, спростить адміністрування податку та здійснення

контролю. Дійсно, з одного боку, такий крок сприятиме залученню внутрішніх та зовнішніх інвестицій і росту економіки, але з іншого, це призведе до величезних фінансових втрат бюджету, до яких фінансова система нашої держави не готова, особливо в період максимального навантаження на бюджет у зв'язку з виплатами зовнішнього державного боргу.

Українська влада час від часу анонсує можливість запровадження податкових канікул щодо податку на прибуток, зокрема для інвесторів, які візьмуть участь у приватизації, інвестувавши понад 10 млн дол США. Разом з тим, таке вибіркове застосування податкових пільг тільки щодо приватизованих об'єктів видається несправедливим стосовно того сегменту бізнесу, який не придбав державне майно, однак самостійно створював свої підприємства, інвестуючи власні активи. Підтримуючи запровадження податкових стимулів для залучення інвестицій, вони повинні враховувати, на наше переконання, принцип рівності та недопущення будь-яких проявів податкової дискримінації. Зокрема, вітчизняний інвестор жодним чином не повинен бути більше ущемлений у правах, ніж іноземний, не має бути різниці, чи бізнес створено шляхом участі у приватизації, чи шляхом залучення власних активів. Більше того, ми не підтримуємо повне звільнення від оподаткування податком на прибуток. На нашу думку, доцільним і ефективним з точки зору інтересів як бізнесу, так і держави, було б звільнення від оподаткування тієї частини прибутку, яка спрямовується на здійснення капітальних інвестицій, будівництво чи придбання виробничих активів. При такому підході мета щодо стимулювання інвестицій була б досягнута, однак втрати держави від запровадження таких пільг були б суттєво меншими порівняно з запровадженням податку на виведений капітал чи шляхом надання податкових канікул.

Ще одним із ключових завдань запровадження податкових пільг є забезпечення соціальної справедливості. Попри те, що в чинному

законодавстві вибірково такі пільги встановлені, сучасна система соціальних податкових пільг не відповідає викликам сьогодення. В Україні наразі надзвичайно актуальною є проблема масової трудової міграції за кордон, внаслідок чого відчувається брак трудових ресурсів, а виїзд за кордон найбільш продуктивної, активної частини населення стримує розвиток економіки України. Особливо ризикованою для держави є еміграція молоді, адже молоді люди, здобуваючи освіту в країнах Європи та США, мають більше можливостей для подальшого працевлаштування за кордоном і їх повернення в Україну виглядає малоімовірним. Масовий характер такого явища створює для держави серйозні виклики і має спонукати вживати заходи, щоб створити умови для повернення в Україну наших громадян і їх працевлаштування в нашій державі. Якраз у цьому контексті слід розробити й запровадити дієву систему пільг, які б сприяли створенню робочих місць з лояльним оподаткуванням доходів молоді.

При здійсненні господарської діяльності платники податків часто використовують операції, які не є об'єктом оподаткування ПДВ, однак дають можливість здійснити господарську операцію в спосіб, який є найбільш оптимальним з точки зору податкових наслідків. Наприклад, пунктом 196.1 статті 196 ПК України передбачено, що не є об'єктом оподаткування операції з продажу корпоративних прав. Зважаючи на цю норму, якщо платник податків має на меті продати свої активи, зокрема цілісний майновий комплекс, найбільш оптимальною схемою в цьому випадку буде саме продаж корпоративних прав, унаслідок чого ділова мета – зміна власника активу, буде досягнута з оптимальними податковими наслідками, а саме без сплати ПДВ, в іншому випадку, у разі продажу майна (рухомого чи нерухомого), ПДВ сплачуватиметься на загальних підставах.

У ситуації, коли суб'єкт господарювання має на меті продати тільки частину своїх активів, попередня схема продажу корпора-

тивних прав безпосередньо юридичної особи – платника податків не підійде. У цьому випадку на практиці широко застосовується схема реорганізації платника податків шляхом виділу. Відповідно до підпункту 196.1.7. пункту 196.1 статті 196 ПК України не є об'єктом оподаткування операції з реорганізації (злиття, приєднання, поділу, виділення та перетворення) юридичних осіб. Відтак, передавши за розподільчим балансом частину активів, яку платник має намір відчужити, на нову юридичну особу, яка утворилася шляхом виділу, платник податків уникає в легальний спосіб податкових зобов'язань з ПДВ. У подальшому, залежно від ситуації, суб'єкт господарювання має змогу досягти кінцевої мети щодо відчуження активу або шляхом продажу корпоративних прав новоствореної юридичної особи, або шляхом прямого продажу майна такою особою, яка може не реєструватися при створенні платником ПДВ, відтак податкові зобов'язання в такому разі також не виникатимуть. При цьому важливим є те, що при здійсненні вказаної операції не виникає обов'язку щодо визначення податкових зобов'язань відповідно до пункту 198.5 статті 198 ПК України, які за загальним правилом нараховуються на обсяг операцій, які звільнені від оподаткування або не є об'єктом оподаткування.

При здійсненні господарської діяльності одним із найбільш ефективних методів використання податкових пільг є діяльність інститутів спільного інвестування. Однією з найбільш суттєвих переваг інститутів спільного інвестування є те, що відповідно до пункту 141.6 статті 141 ПК України звільняються від оподаткування кошти спільного інвестування, а саме: кошти, внесені засновниками корпоративного фонду, кошти та інші активи, залучені від учасників інституту спільного інвестування, доходи від здійснення операцій з активами інституту спільного інвестування, доходи, нараховані за активами інституту спільного інвестування, та інші доходи від діяльності інституту спільного інвестування (відсотки за позиками, орендні (лізингові) платежі, роялті тощо).

Цілий ряд схем, які дають можливість оптимізувати податкові зобов'язання, можна реалізувати з застосуванням податкових пільг щодо податку на доходи фізичних осіб. Так, у разі, якщо фізична особа має намір продати нерухоме майно, за загальним правилом при здійсненні такої операції виникають зобов'язання зі сплати податку за ставкою 5 відсотків. Згідно з пунктом 172.3 статті 172 ПК України дохід від продажу об'єкта нерухомості визначається, виходячи з ціни, зазначеної в договорі купівлі-продажу, але не нижче оціночної вартості такого об'єкта. Після того, як до вказаної норми були внесені зміни, які передбачали, що оцінка майна повинна бути зареєстрована в єдиній базі таких звітів про оцінку, податкове навантаження на платників, які здійснюють такі операції, виросло, адже стали практично неможливими зловживання з заниженням оцінки нерухомого майна, як це відбувалося до того часу.

У зв'язку з цим доволі поширеною стала схема відчуження майна фізичними особами шляхом створення ними юридичної особи, унесення відповідного майна до статутного капіталу та подальшого відчуження корпоративних прав. При цьому використовується податкова пільга, передбачена підпунктом 165.1.44 пункту 165.1 статті 165 ПК України, згідно з якою не включається до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу платника податку сума майнового та немайнового внеску платника податку до статутного фонду юридичної особи – емітента корпоративних прав, в обмін на такі корпоративні права. При продажу корпоративних прав без інвестиційного прибутку (за номінальною ціною частки в статутному капіталі), жодних податкових зобов'язань за наслідками таких операцій не виникатиме.

Ще одним прикладом використання податкових пільг щодо податку на доходи фізичних осіб є схема із реінвестицією дивідендів. Так, відповідно до підпункту 165.1.18 пункту 165.1 статті 165 ПК України не включаються до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу дивіденди, які нараховуються на

користь платника податку у вигляді акцій (часток, паїв), емітованих юридичною особою – резидентом, що нараховує такі дивіденди, за умови, що таке нарахування жодним чином не змінює пропорцій (часток) участі всіх акціонерів (власників) у статутному фонді емітента та в результаті якого збільшується статутний фонд емітента на сукупну номінальну вартість нарахованих дивідендів. При цьому обов'язковими умовами застосування вказаної пільги є незмінність пропорцій часток між акціонерами (учасниками) та збільшення статутного капіталу на суму нарахованих дивідендів. Після цього, якщо в подальшому товариство прийме рішення про зменшення статутного капіталу, у нього виникнуть зобов'язання щодо повернення вкладу чи його частини учасникам, при цьому повернення таких сум підпадає під регулювання пункту 170.2 статті 170 ПК України, норма якого визначає порядок оподаткування інвестиційного прибутку, однак у переважній більшості випадків за наслідками здійснення таких операцій інвестиційного прибутку не виникає. Таким чином, якщо учасники товариства не будуть поспішати з отриманням дивідендів, то можуть отримати свої кошти в інший спосіб без будь-якого оподаткування.

Наведені приклади з використанням податкових пільг не можна розглядати як такі, що суперечать нормам податкового законодавства, оскільки при їх застосуванні використовуються легальні механізми, які законом не забороняються, тому відповідну поведінку платника податку не можна розглядати як протиправну.

Крім податкових пільг, інструментарій платника податку при здійсненні оптимізації оподаткування включає в себе можливість використання передбачених законом інших податкових преференцій, таких як використання спеціальних податкових режимів, отримання відстрочень і розстрочень сплати податкових зобов'язань та інші. Можливість застосування таких преференцій є одним із проявів реалізації свободи економічної діяльності.

Висновки

Забезпечення збалансованого втручання держави в економічні основи створює належну інституційну основу діяльності учасників економічних відносин, заснованих на свободі договору, свободі підприємницької діяльності та вільної конкуренції. На прикладі медичної галузі видно, що вільна конкуренція на ринку не є достатнім засобом для забезпечення балансу приватних і публічних інтересів та доступу до якісної медичної допомоги. Алокація ресурсів, що здійснюється державою для такого роду сервісів, заснована на делікатному втручання через податкове законодавство. Так само сервіси держави у сфері культури та освіти складно розглядати через призму конкуренції та економічного аналізу справа. Водночас, ці сфери закладають основи функціонування національних, регіональних та глобальної економік.

Розділ 5

Правові засади захисту економічної конкуренції

Вступ

5.1. Конституційний захист економічної конкуренції: систематика та енергетичний ракурс

5.2. Юридичний механізм захисту економічної конкуренції

5.3. Юридичний захист конкуренції на енергетичному ринку

Висновки

Вступ

У цій частині роботи піде мова про конституційні аспекти захисту економічної конкуренції, зокрема буде здійснено аналіз Закону про олігархів з точки зору верховенства права. Буде розкрито юридичний механізм захисту економічної конкуренції та особливості його прояву на енергетичному ринку.

5.1. Конституційний захист економічної конкуренції: систематика та енергетичний ракурс

5.1.1. Конституційні засади захисту економічної конкуренції.

Свобода економічної діяльності в структурі економічної системи як елемент економічного порядку певного типу (з обмеженим чи відкритим доступом) зумовлена гарантіями вільної конкуренції та недопущення зловживанням монопольним чи домінуючим положенням на ринку. Згідно із цими вимогами стаття 42 (3) Конституції України визначає:

«Держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Не допускається зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренції. Види і межі конкуренції визначаються законом».

Таким чином, на конституційному рівні свобода підприємницької діяльності нерозривно пов'язана із конкуренцією, яка держава зобов'язана забезпечувати через відповідні інституціональні та процесуальні гарантії. Визнання конкуренції як інституціональної основи свободи підприємницької діяльності орієнтує розвиток економічної системи як відкритої ринкової системи. Лише постає питання про характер ринку, оскільки можуть існувати різні моделі ринкові економіки. Конституція України у цьому відношенні це питання залишає відкритим.

Отже, на відміну від традиційного розуміння права на свободу підприємницької діяльності, яке зводиться переважно до визначення прав та обов'язків суб'єктів цієї діяльності, конституційно-інституційний підхід до даного питання дозволяє розглядати його значно ширше і глибше. Насамперед, завдяки визначенню оптимального співвідношення між свободою підприємницької діяльності та іншими елементами економічної системи (вільною економічною конкуренцією, недопущенням недобросовісної конкуренції тощо).

Тому сутність права на свободу підприємницької діяльності зовсім не в тому, щоб її розглядати саму по собі як самодостатню правову та економічну цінність (як це нерідко на практиці трапляється, особливо у судовій та адміністративній практиці з його правовим нормативізмом). Оскільки ця сутність, на наш погляд, полягає в взаємозв'язку (взаємозалежності) даної свободи з іншими елементами зазначеної системи, що дозволяє оцінювати дану свободу виключно системно.

Питання про зміст економічної системи частково розкривається у статті 13 (4) та статті 14 (1) Конституції України, оскільки в них поєднуються відповідно соціетальний та ліберально-демократичний

підходи. По суті Конституція України визначає соціальний вимір економічної системи, в якій гарантується свобода підприємницької діяльності на засадах вільної конкуренції і недопущення зловживання монопольним становищем на ринку. Оскільки Конституція України прямо визначає соціальний характер економіки, це означає правомірність втручання, заснованого на міркуваннях забезпечення економічного добробуту суспільства (що є однією із підстав обмеження деяких конституційних прав і свобод) та диверсифікованої структури економічної системи, для якої характерні обмежені природні ресурси.

а) Вільна економічна конкуренція та недопущення недобросовісної конкуренції. Свобода підприємницької діяльності можлива лише за умови вільної економічної конкуренції та недопущення недобросовісної конкуренції, які не лише впливають на зміст та обсяг цієї свободи, але й формують її філософію. Для таких перехідних економік як в Україні питання забезпечення вільної економічної конкуренції та недопущення недобросовісної конкуренції має особливе значення. Конституція і закони України певним чином закріпили правові засади такого забезпечення²⁷¹.

Згідно із статтею 42 Конституції України держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Не допускаються зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція. Конституційні положення щодо захисту конкуренції у підприємницькій діяльності розвиває поточне законодавство²⁷².

²⁷¹ Див.: Бакалінська, О.О. (2005). *Організаційно-правові засади захисту економічної конкуренції в Україні*: монографія. Київ: Київський нац. торг.-екон. ун-т.; Безух О.В., (2008). *Проблеми правового регулювання економічної конкуренції в Україні*. Київ; Тернопіль: Підручники і посібники.

²⁷² Так, згідно зі статтею 1 Закону № 2210-III (Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 року № 2210-III // Офіційний вісник України, 2001, № 7 (02.03.2001), ст. 260) під економічною конкуренцією (конкурентною) мається на увазі змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку).

Особливе значення має юридична позиція КСУ щодо забезпечення рівних умов у конкуренції вітчизняних і зарубіжних суб'єктів господарювання. Такий захист зумовлений засадами рівності, хоча Конституційний Суд про це прямо не говорить, але це впливає із змісту його правової позиції²⁷³:

«Положення частини першої статті 5 цього Закону²⁷⁴ поширюють дію такого режиму на підприємства з іноземними інвестиціями, незалежно від часу внесення іноземних інвестицій, їх реєстрації, у тому числі до введення в дію та протягом дії Закону України «Про іноземні інвестиції», Декрету Кабінету Міністрів України «Про режим іноземного інвестування» та Закону України «Про режим іноземного інвестування». Тобто для всіх підприємств, створених за участю інвестицій, як вітчизняних, так і іноземних, створюються рівні умови щодо питань валютного і митного регулювання та справляння податків, зборів (обов'язкових платежів)»

Законодавець певним чином також регламентує питання недопущення у процесі підприємницької діяльності недобросовісної конкуренції. Так, згідно зі статтею 32 ГК²⁷⁵ під недобросовісною конкуренцією визнаються будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності. Недобросовісною конкуренцією є неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання, створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції та досягнення неправомірних переваг у конкуренції, неправомірне збирання, розголошення та використання комерційної таємниці,

²⁷³ Рішення КСУ № 1-рп/2002 від 29 січня 2002 р.

²⁷⁴ Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження: Закон України.

²⁷⁵ Господарський кодекс від 16 січня 2001 року № 436-IV // Офіційний вісник України, 2003, № 11 (28.03.2003), ст. 462.

а також інші дії, що кваліфікуються відповідно до частини першої цієї статті. Недобросовісна конкуренція тягне за собою юридичну відповідальність осіб, якщо їх дії мають негативний вплив на конкуренцію на території України, незалежно від того, де вчинено такі дії.

б) *Недопущення неправомірного обмеження конкуренції*. Неправомірне обмеження конкуренції може полягати у наданні певних преференцій і переваг окремим суб'єктам підприємницької діяльності як на рівні законодавства, так і адміністративної та судової практики. Конституційні і законодавчі положення про недопущення недобросовісної конкуренції на практиці підкріплюються правовими позиціями Конституційного Суду України, який їх уточнює та наповнює конкретним змістом. Наприклад, у Конституційний Суд вважає, що «встановлення Законом регулювання мінімальної ціни на певну продукцію (в даному випадку цукор) на рівні, що забезпечує прибутковість виробництва, при укладанні угод купівлі-продажу на внутрішньому ринку України не суперечить положенням частини третьої статті 42 Конституції України»²⁷⁶. Напевне Суд при цьому керувався принципом соціальної держави, водночас вразливість цієї позиції полягає у відсутності посилення на конкретну підставу для обмеження засад конкуренції на сегменті ринку з виробництва цукру, що в подальшому стало одним із факторів зниження його виробництва в Україні²⁷⁷. Тому у разі встановлення правомірності обмеження конкуренції Конституційному Суду необхідно докладно обґрунтовувати суспільну необхідність втручання у свободу підприємницької діяльності.

²⁷⁶ Рішення КСУ № 10-рп/2004 від 15 квітня 2004 р.

²⁷⁷ Якщо виробництво цукру зростало до 2007 року, то відсутність конкуренції і надмірне втручання держави у цукрову галузь стали одним із факторів дефіциту цієї продукції на ринку і нерентабельності виробництва цукру в наступні роки. Див. про чинники кризових явищ у галузі виробництва цукрового буряку: Шафорост, Я.П. (2009). Стан цукробурякового виробництва в Україні та перспективи його розвитку на засадах толінгу. Цукор в Україні росте в ціні. В уряді заговорили про змову монополістів, URL: <http://newsru.ua/finance/08may2009/sahar.html>

Далі Конституційний Суд України стоїть на позиції, що «запровадження пільг щодо окремих податків чи конкретних їх платників не є проявом податкової дискримінації, недобросовісної конкуренції тощо»²⁷⁸. Окрім того, що таке обґрунтування є занадто загальним і не конкретним, таке положення не відповідає засадам диференціації та позитивної дискримінації як складових принципу рівності. Адже для того, щоб встановлювати винятки із правил оподаткування, такі мають ґрунтуватися принаймні на суспільній необхідності, пропорційності і мають діяти рівною мірою для всіх суб'єктів підприємницької діяльності, яким принаймні за рівних умов гарантувався доступ до таких винятків із правил. Тому така позиція Конституційного Суду є занадто проблемною з точки зору верховенства права та гарантій свободи підприємницької діяльності, соціетального конституціоналізму, оскільки перекладає із несумлінних підприємців тягар відповідальності саме на добросовісних.

Таким чином, конституційне і законодавче регулювання питань вільної економічної конкуренції та недопущення недобросовісної конкуренції формально заклало правові основи вирішення цих питань на практиці. Проте, як свідчить практика Конституційного Суду України, справа не зводиться до формального застосування цих основ. Гарантування вільної конкуренції в умовах економічної системи з обмеженим доступом є результатом складних суспільно-політичних дебатів, про що свідчить також і практика Конституційного Суду України.

в) Недопущення зловживання монопольним становищем на ринку. Згідно з пунктом 8 частини першої статті 92 Конституції України виключно законами України визначаються норми антимонопольного регулювання. Згідно з принципом верховенства права законодавство не може мати довільного змісту і надмірно обмежувати свободу підприємницької діяльності.

²⁷⁸ Рішення КСУ № 5-рп/2010 від 16 лютого 2010 р.

У цьому розумінні метою такого законодавства є обмеження монополізму, оскільки монопольне положення виключає конкуренцію на ринку, що має наслідком отримання бенефіціаріями надмірної ренти, зниження якості товарів, послуг чи робіт. Монополізм також спричинює також значні деформації на ринку і через концентрацію ресурсів в одних/небагатьох руках призводить до обмеження доступу до них з боку інших учасників. У поточному законодавстві передбачено конкретні заходи, спрямовані на недопущення зловживання цим положенням на ринку.

Зокрема, Закон «Про захист економічної конкуренції» деталізує та розширює наведений у статті 29 ГК України перелік правопорушень та визначає у частині другій статті 13, що зловживанням монопольним (домінуючим) становищем на ринку, зокрема, визнається:

- 1) встановлення таких цін чи інших умов придбання або реалізації товару, які неможливо було б встановити за умов існування значної конкуренції на ринку;
- 2) застосування різних цін чи різних інших умов до рівнозначних угод з суб'єктами господарювання, продавцями чи покупцями без об'єктивно виправданих на те причин;
- 3) обумовлення укладання угод прийняттям суб'єктом господарювання додаткових зобов'язань, які за своєю природою або згідно з торговими та іншими чесними звичаями у підприємницькій діяльності не стосуються предмета договору;
- 4) обмеження виробництва, ринків або технічного розвитку, що завдало чи може завдати шкоди іншим суб'єктам господарювання, покупцями, продавцями;
- 5) часткова або повна відмова від придбання або реалізації товару за відсутності альтернативних джерел реалізації або придбання;
- 6) суттєве обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправданих на те причин;
- 7) створення перешкод доступу на ринок (виходу з ринку) чи усунення з ринку продавців, покупців, інших суб'єктів господарювання.

Тим більш є суперечним конституційному порядку зловживання монопольним становищем, в зв'язку з чим встановлена

конституційна вимога визначення у законі видів і меж монополій. Зловживання монополієм становить вже у силу домінуючого положення її носія на ринку додатково обмежує конкуренцію. Тому в таких умовах держава покликана контролювати ціни на товари і послуги і на засадах рівності притягати винних до юридичної відповідальності, забезпечуючи конкурентоспроможність національної економіки на міжнародному ринку²⁷⁹. У світлі таких конституційних гарантій забезпечення конкуренції та обмеження монополізму важливу роль відіграють інституційні запобіжники посягання на конституційний економічний порядок, серед слід виділити діяльність Антимонопольного комітету та низки незалежних регуляторів.

5.1.2. Економічна конкуренція та верховенство права: проблема олігархії. Якщо проаналізувати проект так званого Закону про олігархів²⁸⁰, то він є доволі сумнівним з точки зору верховенства права. Адже доволі складно таке правове регулювання розцінювати як прояв *lex specialis*, оскільки він доволі є вибіркоким щодо правозастосування. Щоб забезпечити однакове застосування, закон має бути чітким і передбачуваним, а також він базуватися на повазі до прав людини і основоположних свобод. Як зазначає лорд Бінгем, «питання юридичного права та юридичної відповідальності зазвичай мають вирішуватися шляхом правозастосування, а не на підставі вільного розсуду»²⁸¹. Саме формулювання законопроекту свідчить про доволі довільне обрання кола його адресатів, що також не відповідає навіть його

²⁷⁹ Однак цю точку зору підтримують не всі автори. Наприклад, див.: Шнипко, О.С. (2003). *Національна конкурентоспроможність: сутність, проблеми, механізми реалізації*. К.: Наукова думка.

²⁸⁰ Проект Закону про запобігання загрозам національній безпеці, пов'язаним із надмірним впливом осіб, які мають значну економічну або політичну вагу в суспільному житті (олігархів), URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72105

²⁸¹ Бінгем, Томас (2015). Верховенство права. Юридична компанія Legalitas, URL: <https://legalitas.com.ua/ua/ukr-t-bin%D2%91em-verhovenstvo-prava/>

легітимній меті²⁸². Насправді економічна безпека забезпечується через конкурентну і відкриту економіку, яка дозволяє відстоювати національні економічні інтереси. Також законопроект прикметний обранням неналежних засобів досягнення його мети. Зокрема, у законопроекті згадується такі критерії олігарха як особи, що

«3) обіймає посаду у керівних органах політичної партії, та/або

4) фінансувала діяльність політичної партії, політичну агітацію або проведення мітингів чи демонстрацій з політичними вимогами»,

хоча у законодавстві про діяльність політичних партій вже існують правила щодо звітності про джерела фінансування партій і такі речі краще застосовувати стосовно партій.

Так само застереження щодо фінансування медіа, про яке йде мова у статті 4 законопроекту, досягається через здійснення належного звітування про джерела фінансування відповідних медіа, оскільки можна знайти багато технік обходу цих правил, серед яких можна виділити прийом передачі акцій колишніх медійних установ новоствореним медіа-холдингам, заснованих на акціонерному капіталі за участі працівників медіа, використаний вже також колишнім володільцем низки медіа Петром Порошенком²⁸³.

²⁸² Легітимна мета законопроекту про олігархів також доволі сформульована екстравагантно:

«подолання конфлікту інтересів, викликаного злиттям політиків, медіа та великого бізнесу, унеможливлення використання політичної влади для збільшення власних капіталів, забезпечення національної безпеки України в економічній, політичній та інформаційній сферах, захист конституційних прав та свобод громадянина, захист демократії, забезпечення державного суверенітету та уникнення випадків маніпулювання свідомістю громадян шляхом умисного спотворення інформації задля отримання доступу до ресурсів, що належать на праві власності Українському народові».

Насправді легітимна мета правового регулювання в економічній сфері за таких обставин полягає у вжитті певних антимонопольних заходів, які полягають у поділі учасників господарської діяльності та зниження рівня концентрації капіталу на ринку в одних руках або в руках небагатьох суб'єктів та недопущення вчинення ними впливу на ухвалення політичних рішень.

²⁸³ Порошенко заявив, що передав акції своїх телеканалів журналістам через закон про олігархів, *Радіо Свобода*, 8 листопада 2021, URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/news-poroshenko-telekanaly/31551703.html>

Насамкінець стаття 5 законопроекту передбачає прерогативи Ради національної безпеки і оборони у прийнятті рішення щодо визначення певних суб'єктів комерційної діяльності олігархами, що є поєднанням у собі адміністративних та судових функцій. Насправді, згідно зі 107 (1) Конституції РНБО «є координаційним органом з питань національної безпеки і оборони при Президентові України» і з цією метою «координує і контролює діяльність органів виконавчої влади у сфері національної безпеки і оборони» (стаття 107 (2)). Так от, питання антимонопольного законодавства та конкуренції аж ніяк не є питанням інститутів публічної адміністрації, які здійснюють регуляторні функції в економічній сфері. З цієї точки зору законопроект також порушує конституційний принцип поділу влади (стаття 6), оскільки наділяє вирішення питань економічного характеру неналежному органу, яким би мав виступати Антимонопольний комітет, а також незалежні регулятори у відповідних сферах економіки.

5.1.3. Захист конкуренції на ринку енергетики.

Якщо говорити про ринок енергетики, то тут виник наступний механізм розподілу повноважень між органами публічної влади щодо встановлення цін і тарифів. Якщо аналізувати цю ситуацію з точки зору достатньої правової підстави, то у ринковій економіці держава би не мала взагалі втручатися у цінову політику. Водночас досвід з подолання наслідків Великої депресії 1929–1932 рр. довів, що держава має помірно втручатися у ринкові механізми і бажано, щоб таке втручання здійснювалося опосередковано, а не безпосередньо шляхом встановлення цін органами конституційного рівня на кшталт Верховної Ради чи Кабінету Міністрів. Як видно з аналізу статті 9¹ Закону № 555-IV²⁸⁴ питання щодо встановлення цін встановлено за такою градацією:

²⁸⁴ Про альтернативні джерела електроенергетики: Закону України № 555-IV (у ред. від 16.10.2020 р.), URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/555-15#n34>

1) Верховна Рада шляхом ухвалення Закону № 555-IV визначила основні напрями державної політики у сфері альтернативних джерел енергії та здійснює законодавче регулювання, зокрема, встановила механізм встановлення цін і тарифів на зелену енергетику;

2) Кабінет Міністрів забезпечує державну політику та реалізовує і координує національні та регіональні програми в енергетичній сфері, зокрема, шляхом розроблення, затвердження та запровадження норм, правил і стандартів виробництва, передачі, транспортування, постачання, зберігання і споживання енергії, виробленої з альтернативних джерел (стаття 5.2(2) Закону);

3) Закон № 1540-VIII про НКРЕП у статтях 14-16 наділяє НКРЕП повноваженнями по встановленню цін і тарифів;

4) процедуру ухвалення цих рішень буде проаналізовано нижче у цьому висновку, з якого слідує, що по зеленій енергетиці здійснюється узгодження цін у трикутнику відносин: Кабінет Міністрів – НКРЕП – Антимонопольний комітет.

У статті 9² (1) Закону № 555-IV питання розмежування повноважень парламенту та уряду вирішується інакше. Там встановлюється правило, згідно з яким:

«Для введених в експлуатацію з 1 липня 2015 року по 31 грудня 2024 року об'єктів електроенергетики, у тому числі черг будівництва електричних станцій (пускових комплексів), які виробляють електричну енергію з альтернативних джерел енергії (а з використанням гідроенергії – лише мікро-, міні- та малими гідроелектростанціями), до «зеленого» тарифу, аукціонної ціни встановлюється надбавка за дотримання рівня використання обладнання українського виробництва».

Далі у частинах другій та сьомій цієї статті визначають відсотки надбавки до зеленого тарифу електроенергії у залежності від використання українського обладнання на відповідній енергетичній

установці та співвідношення різних елементів обладнання у відсотках, щоб обчислити зазначене відношення, яке дає змогу визначити п'яти чи десяти відсоткову надбавку до зеленого тарифу. По суті, таке регулювання містить дві легітимні мети: 1) стимулювати закупівлю устаткування вітчизняного виробника для виробництва електростанцій, які виробляють зелену енергетику; 2) обмежити доступ до вітчизняного ринку іноземних виробників такого устаткування. При **відкритій моделі** національної економіки цей захід може виглядати надмірним, оскільки це впливає опосередковано на систему правового регулювання ринку електроенергії та системи формування цін на ньому, зокрема, з урахуванням частки зеленої енергетики, яка виробляється на ринку електроенергетики. Оскільки для цього треба робити значні, матеріаломісткі і складні економічні розрахунки в мене як в юриста не має достатньо компетенції визначити це питання. Попри це з точки зору правового регулювання легітимна мета тут чітко визначена – обмежити доступ іноземного виробника до вітчизняного ринку обладнання та стимулювання вітчизняного товаровиробника устаткування для електростанцій, які виробляють зелену енергетику. При **закритій моделі**, яка передбачає обмежений доступ іноземних інвесторів на внутрішній ринок та нових учасників ринку, який є вже поділений, таке регулювання в якості легітимної мети має стимулювання розвитку зеленої енергетики. Зазвичай така мета зумовлена екологічними міркуваннями, хоча не завжди запровадження зеленої енергетики у вигляді вітряних електростанцій є схвальним для біорозмаїття.

Закон № 2019-VIII про ринок електричної енергії²⁸⁵ передбачає диференціацію у правовому регулюванні між учасниками ринку енергетики. Для забезпечення збалансованого розвитку ринку енергетики Закон № 2019-VIII встановлює діяльність Об'єднаної

²⁸⁵ Про ринок електричної енергії: Закон України № VIII від 13.04.2017 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2019-19>

енергетичної системи України, яку складають сукупність електростанцій, електричних мереж, інших об'єктів електроенергетики, що об'єднані спільним режимом виробництва, передачі та розподілу електричної енергії при централізованому управлінні цим режимом. *При правовому регулюванні ринку енергетики низка правових актів ухвалюються за узгодженням між НКРЕП та АМК, зокрема, правила ринку, правила ринку «на добу наперед» та внутрішньодобового ринку, кодекси системи передачі та систем розподілу, кодекс комерційного обліку, правила роздрібного ринку, інші нормативно-правові акти, що можуть вплинути на конкуренцію (стаття 2 (2) (5) Закону № 2019-VIII).*

Попри зазначені диспропорції на ринку, які пояснюються частково взятими державою на себе гарантіями стабільності правового регулювання правового положення інвесторів у «зелене енергетику», тут існують інші інституційні вади, які стосуються і належного урядування. Загальний баланс на ринку енергетики склався таким чином, що атомна енергетика може генерувати лише постійні показники у силу техніко-безпекових характеристик, а тому забезпечення балансу на ринку забезпечується за рахунок традиційних джерел енергетики, які є джерелом значних викидів у довкілля. Натомість у структурі енергетичного ринку доля відновлювальних джерел порівняно невелика і їхнє використання є негнучким у разі доволі різких перепадів споживання енергетики протягом доби, що зазвичай спостерігається у літній та зимовий період. Також відновлювальні джерела енергетики не масштабуються у таких обсягах виробництва, які б дозволяли у переважній більшості країни виходити на розмінний рівень прибутковості, – тому часто їхнє виробництво субсидіюється у рамках національного чи міжнародного ринку енергетики. Насамкінець використання електричного транспорту також не означає зниження рівня викидів в довкілля, оскільки використання електричних чи гібридних двигунів безпосередньо пов'язано із структурою джерел енергетики.

5.2. Юридичний механізм захисту економічної конкуренції

5.2.1. Цінність і сутність правого захисту економічної конкуренції. Однією з важливих передумов політичного, економічного і соціального розвитку України є наявність економічної конкуренції. Необхідність існування вільної та ефективної конкуренції доведена в ході історичного розвитку країн та націй, але особливо явно ця необхідність проявилась на початку XXI сторіччя.

В ринковій економіці незалежна поведінка суб'єктів господарювання, що вступають у відносини відкритої конкуренції, та які формують свою економічну політику під впливом об'єктивно існуючих на ринку попиту і пропозиції, складає фундаментальну основу її функціонування.

Вільна ринкова конкуренція є запорукою сталого економічного розвитку, стимулює виробництво широкого асортименту товарів по найменшим цінам та в необхідній кількості. Конкуренція забезпечує оптимальний розподіл обмежених ресурсів і необхідні зміни в структурі ринку, стимулює розвиток технологій задля постійної мінімізації витрат та підвищення якості товарів та послуг. Від справедливої конкуренції виграють не тільки підприємці, але в кінцевому рахунку споживачі – за рахунок зниження цін і розширення асортименту продукції.

Відтак, у сучасних правових системах, побудованих на принципах верховенства права, вільного розвитку особистості, широких свобод та прав громадян, право на підприємницьку діяльність і вільна конкуренція визнаються фундаментальними суспільними цінностями.

Проте, вільна конкуренція підприємців не означає існування «дикого», не обмеженого будь-якими правилами поведінки, ринку (хоча й деякі економічні школи сповідують необхідність існування саме такої, абсолютно вільної від втручання з боку держави,

конкуренції та ринкової економіки загалом). Якщо вільна конкуренція вважається ключовим рушійним чинником розвитку економіки, то її забезпечення – одним із головних політичних та функціональних завдань таких правових систем і центральним економічним інтересом суспільства. Політика в сфері конкуренції, яку часто називають «конкурентною політикою», «антитрастовою політикою» чи «антимонопольною політикою», якраз покликана пильнувати, щоб суперництво між суб'єктами підприємництва було чесним, а умови їх діяльності – рівними.

Доктрина обмеження монополізму вперше з'явилась у США понад сто років тому і стала основою для створення так званого антитрастового законодавства (передовсім, це Закон Шермана, прийнятий у 1890 році), метою якого було запобігти концентрації ринкової влади і суспільного багатства в руках небагатьох осіб. Згідно з доктриною антитрастової політики США, ефективність економіки не є виправданою, якщо вона набувається за рахунок концентрації ресурсів та економічної влади окремими потужними корпораціями. Впродовж 20 сторіччя доктрина антитрасту була екстрапольована в інші країни, і на сьогодні правові системи захисту конкуренції впроваджені в більше ніж 100 країнах, серед яких і Україна.

Особливістю України є те, що у зв'язку з довготривалим пануванням радянської адміністративної моделі управління економікою (відлуння якої помітні й по теперішній час), культура підприємництва і конкуренції в Україні не надто розвинута, і потребує особливих зусиль держави і антимонопольного органу зокрема стосовно захисту і розвитку конкуренції в нашій країні.

Умовно в розвитку системи захисту конкуренції в Україні можна виділити три ключові етапи.

Перший етап розпочався одразу після проголошення незалежності України прийняттям у 1992 році Закону України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної

конкуренції у підприємницькій діяльності», та майже через рік – створенням національного антимонопольного відомства – Анти-монопольного комітету України (АМК) і прийняття відповідного профільного закону про регулятора – Закону України «Про Анти-монопольний комітет України» (**Закон про АМК**). Важливою віхою першого етапу становлення національної системи захисту конкуренції стало впровадження в Конституції України конституційного принципу недопущення зловживання монополюючим становищем, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції. Того ж 1996 року було прийнято Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції», який запровадив нетиповий для більшості західних юрисдикцій спеціальний режим захисту конкуренції в сфері промислової та інтелектуальної власності.

Другий етап охоплює 2000–2013 роки та розпочався з прийняттям у 2000 році Закону України «Про природні монополії», та врешті у 2001 році Закону України «Про захист економічної конкуренції» (**Закон про захист конкуренції**), який, запровадивши ключові міжнародні принципи, доктрини та інститути захисту конкуренції, на сьогодні становить «серце» конкурційного законодавства України. В 2008 році було прийнято законодавство про державні закупівлі, яке запровадило принципи конкуренції під час здійснення державою закупівель товарів, робіт та послуг, та наділило АМКУ певними наглядовими повноваженнями в цій сфері. В подальшому, під час подальшого реформування та розвитку законодавства про публічні закупівлі, АМКУ було наділено спеціальними повноваженнями щодо розгляду скарг під час здійснення процедур закупівель з залученням державних коштів.

Врешті третій етап розпочався в 2014 році і триває донині. В червні 2014 року між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами було підписано Угоду про асоціацію, окремою главою

якої закріплено загальні вимоги до побудови Україною системи контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції та спрямованості адміністративно-правового регулювання в цій сфері на базі принципів вільної та неспотвореної конкуренції в торговельних відносинах. Того ж 2014 року було прийнято законодавство про державну допомогу суб'єктам господарювання, що повністю базується на доктринальних підходах права ЄС, та по аналогії з законодавством про публічні закупівлі, має за мету впровадження принципів конкуренції в сфері витрачання державних ресурсів у формі надання державної підтримки та надання бізнесу рівних можливостей щодо отримання державної підтримки.

На сьогодні триває процес наближення українського конкурентного законодавства до правил конкуренції ЄС, як на рівні вторинного законодавства, яке розробляє АМКУ, так і тривають спроби внести зміни до Закон про захист конкуренції, оскільки ряд положень закону вже є застарілими та не відповідають новим викликам до регулювання конкуренції, особливо на нових технологічних ринках. Також розглядаються ініціативи впровадження новітніх правових інститутів, зокрема щодо скринінгу (перевірки) іноземних інвестицій, покликаних забезпечити захист чутливих секторів національної економіки від капіталу та контролю з боку недружніх держав.

5.2.2. АМК як незалежний державний регулятор. Антимонопольний комітет України є державним органом зі спеціальним статусом, який обумовлений, зокрема, окремим конституційним порядком призначення на посаду та звільнення голови АМК, а права та повноваження органів АМК, які утворюють собою цілісну систему, порядок їхньої діяльності регламентовані спеціальним законом²⁸⁶.

²⁸⁶ Закон України «Про захист економічної конкуренції». Коментар на основі порівняльного аналізу з правилами конкуренції Європейського Союзу. Європейська Комісія, 2006.

Зміст терміну органи АМК у розумінні статті 1 Закону про захист конкуренції дещо відрізняється від змісту визначення у статті 6 Закону про АМК. У першому випадку визначення органів Антимонопольного комітету має функціонально-процесуальний характер, в той час, як у другому випадку визначення органу має організаційно-територіальний характер і збігається також зі статусом юридичної особи. У тлумаченні Закон про захист конкуренції Антимонопольний комітет необхідно розуміти як колегіальний орган у складі голови АМКУ та десяти персонально призначених державних уповноважених, які мають компетенцію приймати рішення з питань, пов'язаних із підтримкою та захистом економічної конкуренції. Виключна компетенція Антимонопольного комітету як вищого колегіального органу визначена статтею 13 Закону про АМК.

Основним завданням АМК згідно з Законом про АМК є участь у формуванні та реалізації конкурентної політики в частині:

- здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції, запобігання, виявлення і припинення порушень конкурентного законодавства;
- контролю за концентрацією, узгодженими діями суб'єктів господарювання та регулюванням цін на товари суб'єктів природних монополій;
- сприяння розвитку добросовісної конкуренції;
- методичного застосування законодавства про захист економічної конкуренції.

Для ефективного виконання покладених на нього завдань, АМК має ряд повноважень, які наводяться в Законі про АМК.

Перелік органів Антимонопольного комітету містить чотири категорії органів АМК, три з яких є колегіальними (власне АМК, його адміністративні колегії Антимонопольного комітету та адміністративні колегії територіальних відділень), а також державних уповноважених Антимонопольного комітету, які є персонально призначеними органами АМК.

Тимчасові, постійно діючі адміністративні колегії, АМК як вищий колегіальний орган утворюють функціонально-ієрархічну систему органів, в якій тимчасові адміністративні колегії вирішують, як правило, справи регіонального характеру, з виїздом до відповідного регіону, постійно діюча адміністративна колегія вирішує основну частину справ, що перебувають на розгляді в АМК, а Антимонопольний комітет як вищий колегіальний орган на своїх засіданнях вирішує найскладніші справи та інші питання власної діяльності. Проте, на практиці для прийняття рішень майже в усіх заявах і справах скликається засідання Антимонопольного комітету. Формування постійних адміністративних колегій АМК дозволяє спеціалізацію його органів за окремими категоріями справ на регулярній основі (економічна концентрація, антиконкурентні узгоджені дії, зловживання домінуючим становищем тощо). Адміністративні колегії можуть формуватися за галузевим, регіональним або за іншими принципами.

Органи АМК, а також його територіальні відділення мають право звертатися до суду для захисту інтересів держави, споживачів та, у деяких випадках, захисту приватних інтересів суб'єктів господарювання у зв'язку із порушенням законодавства про захист економічної конкуренції та у зв'язку із примусовим виконанням рішень щодо накладення штрафів на суб'єктів господарювання, винних у вчиненні порушень законодавства про захист економічної конкуренції. Органи АМК зобов'язані надсилати компетентним правоохоронним органам матеріали про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, що містять інформацію про ознаку злочину.

Важливою формою звітності, та вже усталеною практикою в роботі АМК, є щорічні звіти, які АМК публікує на власному сайті, де наводиться інформація про найважливіші справи органів АМК за попередній рік, пріоритетні для відомства питання та галузі економіки, узагальнення окремих підходів до застосування законодавства, статистика судових спорів за участю органів АМК тощо.

5.2.3. Основні інститути захисту конкуренції. Функція захисту конкуренції ґрунтується на загальному імперативі частини 2 статті 42 Конституції України, якою встановлено обов'язок держави забезпечити захист конкуренції, загальну заборону антиконкурентної підприємницької поведінки у таких формах як зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція²⁸⁷. Захист конкуренції – це комплекс правових засобів, які реалізуються в діяльності компетентних державних органів, спрямованій на виявлення, розслідування та запобігання правопорушень, на захист та відновлення законних інтересів, прав учасників ринку, що можуть виникати внаслідок порушення правил конкуренції, притягнення до відповідальності осіб, винних у порушенні законодавства про захист економічної конкуренції, в тому числі у сфері публічних закупівель, а також забезпеченні режиму попереднього контролю за формуванням структури ринку та витрачання ресурсів держави у формі надання державної допомоги.

Захист економічної конкуренції забезпечується у процесі правозастосовчої діяльності органів АМК, наділених спеціальними повноваженнями у сфері захисту конкуренції, та судів. Необхідним компонентом функції захисту конкуренції є обов'язковість виконання рішень та розпоряджень АМК. Функція захисту конкуренції реалізується не стільки за рахунок регулювання власне процесу змагання між суб'єктами господарювання на ринку, скільки за рахунок встановлення відповідальності за порушення законодавства про захист конкуренції, примусового припинення антиконкурентної поведінки суб'єктів господарювання, визнання в судовому порядку недійсними антиконкурентних угод, рішень

²⁸⁷ Закон України «Про захист економічної конкуренції». Коментар на основі порівняльного аналізу з правилами конкуренції Європейського Союзу. Європейська Комісія, 2006.

органів державної влади і місцевого самоврядування, що обмежують вільне функціонування ринкових сил.

У вузькому значенні захист конкуренції полягає в тому, що особи, які вдалися до неправомірної поведінки і завдали чи мали намір завдати шкоди інтересам інших учасників ринку чи споживачам, можуть бути притягнені до відповідальності та зазнати небажаних для них наслідків. Особливістю діяльності АМК щодо захисту конкуренції є й те, що окрім власне ex-post регулювання, спрямованого на припинення вже вчинених порушень, мінімізації їх наслідків чи відновлення становища, яке існувало до порушення, захист конкуренції проявляється і через ex-ante регулювання, спрямованого на недопущення настання шкоди для конкуренції в майбутньому, що проявляється через різноманітні інструменти захисту конкуренції, наприклад, надання органами АМК обов'язкових до розгляду рекомендацій учасникам ринку, чи висновків про відповідність їх запланованих дій законодавству про конкуренцію.

Головним об'єктом правового захисту конкуренції органами АМК є суспільний інтерес – функціонування ефективної конкуренції на ринках (що передбачає і наявність ефективної структури нерегульованих ринків), економічна свобода підприємців, їхнє право на участь у виробництві чи споживанні ресурсів, право вільного вибору контрагентів за господарськими угодами. Суспільний інтерес також полягає у забезпеченні прав споживачів на вільний та усвідомлений вибір товарів і послуг, та їх продавців. Отже, органи АМК спрямовують діяльність на захист прав учасників ринку у тих випадках, коли об'єктом захисту стає публічний інтерес – передумови та процес конкуренції на ринку, тобто спільний інтерес учасників ринку, а не лише окремих індивідуальний інтерес приватних осіб (наприклад, неефективних конкурентів).

5.2.3.1. Протидія монополюним зловживанням. Статті 12 та 13 Закону про захист конкуренції стосуються концепції зловживання монополюним (домінуючим) становищем і утворюють групу

однорідних взаємопов'язаних норм. Стаття 12 містить визначення понять «монопольне становище» та «домінуюче становище». Застосування другого поняття полегшується встановленням правової презумпції існування домінуючого становища одного чи декількох суб'єктів господарювання. В статті 13 визначено поняття зловживання монопольним (домінуючим) становищем, наведені сім прикладів такого виду правопорушення (перелік яких не є вичерпним), а також встановлено заборону зловживання монопольним становищем та визначена відповідальність правопорушників²⁸⁸.

Наведені норми Закону про захист конкуренції посідають окреме місце та виконують особливу функцію серед інших положень, що регулюють поведінку суб'єктів господарювання. На відміну від норм, що стосуються узгоджених дій та концентрації, їх призначення – регулювати односторонню поведінку окремих, чи, у певних випадках, сукупної частини суб'єктів господарювання, які виявляють паралелізм у ринковій поведінці. Окрім того, під заборону зловживань, визначених статтею 13, підпадають лише ті суб'єкти господарювання, що вже займають монопольне (домінуюче) положення у значення статті 12.

Закон чітко розмежовує суб'єктів господарювання, які домінують на ринку, та всіх інших підприємств. Суворі обмеження та заборони, встановлені частиною 2 статті 13 стосуються лише свободи домінуючих підприємств визначати власну стратегію ціноутворення, виробництва продукції та її реалізації товарів, свободи визначення власних торгових партнерів та конкурентної ситуації загалом. «Нормальні» підприємства можуть визначати ринкову поведінку на власний розсуд, за умови, що при цьому вони не діють узгоджено у складі картелів та дотримуються встановлених законом заборон

²⁸⁸ Закон України «Про захист економічної конкуренції». Коментар на основі порівняльного аналізу з правилами конкуренції Європейського Союзу. Європейська Комісія, 2006.

щодо певних видів обмежувальної та дискримінаційної діяльності суб'єктів господарювання. Обмеження економічної свободи не поширюються на «нормальних» суб'єктів господарювання з тієї простої причини, що ці підприємства не мають достатньої ринкової сили, щоб поставити під загрозу існування або розвиток ефективної конкуренції. Спроби витіснити із ринку конкурентів не принесе їм успіху, а якщо вони спробують експлуатувати інтереси клієнтів чи споживачів, це зашкодить, насамперед, їхній власній позиції, оскільки значна частина клієнтів може перейти до конкурентів, а обсяги реалізації їхньої продукції зменшаться.

Причини такого різного підходу до суб'єктів господарювання є очевидними. Суб'єкти господарювання, що займають домінуюче становище, володіють такою ринковою владою, яка дозволяє їм створювати перешкоди ефективній конкуренції, оскільки вони не залежать від конкурентів, та, зрештою, і від споживачів. Досвід свідчить, що підприємства, поведінка яких не залежить від взаємодії ринкових сил, схильні до експлуатації інтересів контрагентів та споживачів, що, в основному, виявляється у встановленні завищених цін, зменшення обсягів виробництва або дискримінації постачальників та покупців. Вони також часто вдаються до нечесних методів ведення бізнесу з метою витіснити конкурентів з ринку, або не допустити на нього суб'єктів господарювання – потенційних конкурентів, тобто намагаються зміцнити чи утримати власну ринкову владу шляхом обмеження реальної або потенційної конкуренції. Ось чому про захист конкуренції, маючи на меті захист конкурентів, комерційних контрагентів та споживачів, окремо регулює поведінку домінуючих підприємств та примушує їх поводитися так, як вони б поводитися за умов ефективної конкуренції.

Закон про захист конкуренції є спрямованим на те, щоб не заважати процесу вільної конкуренції на ринках. Він не забороняє суб'єктам господарювання набувати або мати монополіне

(домінуюче) становище за рахунок внутрішнього зростання, інновацій, забезпечення вищої якості продукції, ефективної організації виробництва чи маркетингу. Набуття або зміцнення такого становища стає незаконним лише тоді, коли в його основі лежать антиконкурентні узгоджені дії або вчинена без дозволу АМКУ концентрація суб'єктів господарювання.

На відміну від зазначених вище інститутів захисту конкуренції, норми статей 12 та 13 спрямовані лише на те, щоб запобігти зловживанням монопольним (домінуючим) становищем. З метою більшої конкретизації концепції зловживання домінуючим положенням у частині 2 статті 13 перелічені сім типових порушень Закону про захист конкуренції. Проте, встановлений перелік не є вичерпним. У відповідності до частини 1 статті 13 зловживанням може бути будь-яка дія (бездіяльність) монополіста або домінуючого суб'єкта господарювання на ринку, якщо така поведінка може призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, або якщо при цьому порушуються інтереси інших суб'єктів господарювання у спосіб, який був би неможливим за умови існування значної конкуренції на ринку. Лише така норма, визначена у широких, загальних термінах, може забезпечити достатній захист конкуренції – реальної або потенційної, а також захист законних інтересів третіх сторін.

З метою тлумачення та застосування норм Закону про захист конкуренції, що стосується регулювання поведінки суб'єктів господарювання, які займають монопольне (домінуюче) положення на ринку та усунення зловживань з їхнього боку, необхідно звернути увагу на історичне походження та розвиток цих правових положень. Текст статті 12 Закону до певної міри є трансформацією положень, запозичених з німецького закону проти обмежень конкуренції (§ 19 GWB). Водночас стаття 13 Закону віддзеркалює статтю 102 Договору ЄС. З огляду на історичний аспект для практики застосування Закону особливо цікавою видається практика Федерального

картельного відомства Німеччини (Bundeskartellamt), Європейської Комісії, а також судів ЄС, які контролюють рішення зазначених компетентних відомств.

5.2.3.2. Протидія антиконкурентним узгодженим діям. Статті 5-11 Закону про захист конкуренції як складники цілісної системи однорідних правових вимог, повинні розглядатися у їхньому загальному контексті²⁸⁹. Це найкраще ілюструють статті 5 та 6, які разом становлять правову базу регламентації антиконкурентних узгоджених дій. Відповідно, застосування кожного із зазначених положень відірвано від інших, логічно виключається. Разом вони мають зв'язок із положеннями статей 7,8 та 9, які містять винятки із положень про заборону, обмежуючи, таким чином, сферу застосування зазначених статей. Стаття 11 також застосовується до випадків надання індивідуальних дозволів, згідно статті 10. Типові вимоги в контексті статті 11 стосуються навіть усіх зазначених положень. Вони становлять нормативні приписи із подвійною функцією: з одного боку, забезпечують юридично зобов'язуюче визначення правових винятків, передбачених статтями 7-9 Закону, а, з іншого боку, встановлюють загальні винятки із заборони, передбаченої статтями 5 та 6, звільняючи, таким чином, зацікавлені сторони від необхідності подавати заяву на отримання індивідуального дозволу на заплановані ними узгоджені дії. Обидві статті забезпечують інтереси ефективного правозастосування та надійного правового захисту.

В правовому режимі контролю за узгодженими діями, кожне положення відіграє свою конкретну роль. Якщо стаття 5 визначає поняття «узгоджених дій», підкреслюючи, що їхня сутність полягає в координації конкурентної поведінки між кількома суб'єктами господарювання, стаття 6 встановлює заборону такої координації

²⁸⁹ Закон України «Про захист економічної конкуренції». Коментар на основі порівняльного аналізу з правилами конкуренції Європейського Союзу. Європейська Комісія, 2006.

поведінки, якщо вона може призвести чи вже призвела до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, що ілюструється наведеними в статті прикладами. В основі обґрунтування цих положень є визнання того, що вільна конкуренція є найкращим засобом забезпечення ефективного функціонування економіки України, ця презумпція підкреслюється та розвивається положеннями зазначених статей. Обидва положення вимагають адекватного правового захисту суб'єктів господарювання, який покликаний забезпечити статті 5 та 6 у поєднанні з іншими положеннями Закону про захист конкуренції.

З іншого боку, законодавець також визнає, що іноді обмеження конкуренції можуть сприяти досягненню загальних цілей державної економічної політики, наприклад, повнішому або динамічнішому вдосконаленню виробництва, придбанню або реалізації товару, раціоналізації виробництва, оптимізації експорту та імпорту товарів, розвитку малих та середніх підприємств, а також технічно – технологічному та економічному розвитку, ніж нічим не обмежена конкуренція. З цієї причини можуть дозволятися або є допустимими певні узгоджені дії, що хоча і підпадають під заборону згідно із статтею 6, але за умови, що вони здатні призвести до загальних економічних позитивних переваг і без дозволу зацікавленим суб'єктам господарювання чи третім сторонам встановлювати обмеження, непотрібних для реалізації заявлених узгоджених дій, і за умови, що вони не призводять до суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині.

Принципи, викладені у статті 10 (чч. 1,2 та 4), забезпечують економічний баланс, з метою чого антиконкурентні та проконкурентні елементи узгоджених дій повинні зважуватися. Лише за умови превалювання позитивних наслідків для суспільно-економічних відносин, відхід від загальної заборони картелів є виправданим. Зважаючи на те, що загальної вимоги дотримано, статті 7-9 Закону передбачають правові винятки із заборони узго-

джених дій, відповідно щодо спільного придбання товарів малими та середніми підприємцями (ст. 7), постачання та використання товарів (ст. 8) та передачі у власність та в користування (ліцензування) прав інтелектуальної власності (ст. 9). Ці відхилення від правової заборони визначені вузько, і можуть бути застосовані лише з суворим дотриманням певних умов. Невиконання цих конкретних умов призводить до застосування статті 6, коли узгоджені дії між малими та середніми підприємцями перевищують рамки угоди спільного придбання, або призводять до суттєвого обмеження конкуренції, або не підвищують конкурентоспроможність сторін. Суттєве обмеження конкуренції, включаючи монополізацію ринку, обмеження доступу на ринок інших суб'єктів господарювання, а також економічно необґрунтоване підвищення цін або дефіцит товару є підставою для кваліфікації угод про поставку та використання товару як антиконкурентні дії. У таких випадках сторони не можуть розраховувати на застосування винятків, передбачених статтею 10. До угод про відчуження та ліцензування прав інтелектуальної власності застосовується менш суворий порядок оцінки. Такі угоди підпадають під дію статті 6, якщо угода виходить за межі обсягу законного захисту права інтелектуальної власності. Однак, це не означає, що при цьому дозвіл на індивідуальний виняток із заборони не допускається. Враховуючи приклад блокових (групових) виключень в законодавстві ЄС, Антимонопольний комітет має право встановлювати типові вимоги до ліцензійних угод.

Щодо винятків, передбачених статтею 10, АМК має певну свободу дій, зокрема, щодо позитивних наслідків, згідно з умовами, зазначеними у частині 1 цієї статті. Однак, умова, передбачена пунктом 2, згідно з якою суттєве обмеження конкуренції не дозволяється, а також передбачений в частині 4 принцип пропорційності, який виключає надання дозволу, якщо обмеження конкуренції не є необхідними для реалізації угоди, мають скрупульозно дотримуватися.

Такі загальні міркування застосовуються і до типових вимог до дозволених узгоджених дій, зазначених у статті 11.

Відповідно до частин 3 та 4 статті 10 Кабінет Міністрів має право надавати дозвіл на узгоджені дії, які суттєво обмежують конкуренцію, скасовуючи, таким чином, рішення про відмову у дозволі на узгоджені дії Антимонопольного комітету. Закон вимагає лише наявності позитивного ефекту для суспільних інтересів, який має переважати негативні наслідки узгоджених дій, що є необхідним для їхньої реалізації, та відсутності у таких діях загрози для системи ринкової економіки. Рішення Кабінету Міністрів має політичний характер, а, отже, допускається певна свобода аргументації щодо політичного дозволу, проте воно все ж таки має бути спрямоване на збереження економічного ринкового правопорядку, заснованого на конкуренції. Таке рішення ухвалюється лише за виняткових обставин.

Система положень статей 5-11 Закону про захист конкуренції, загалом, відповідає системі, правил, що регулювали застосування статі 101 Договору ЄС. Однак, статті 7, 8 та 9, а також стаття 10 (чч. 3 та 4) Закону були трансформовані на підставі аналогічних положень Закону Німеччини «Про захист від обмеження конкуренції», які були змінені в 2005 році. Отже, обидва ці правові режими можуть застосовуватися як джерело для розуміння відповідних норм Закону про захист конкуренції.

5.2.3.3. Протидія недобросовісній конкуренції. Вперше захист від недобросовісної конкуренції став розглядатися як складова частина охорони промислової власності більше ста років тому. Це визнання вперше було продемонстроване впровадженням ст. 10-bis до Паризької конвенції з охорони промислової власності, яка в теперішньому вигляді звучить так:

«(1) Країни – учасниці конвенції зобов'язані забезпечувати громадянам даних країн дійовий захист від недобросовісної конкуренції.

(2) Будь-який вияв конкуренції, що суперечить чесній практиці у виробничій чи комерційній діяльності, класифікується як прояв недобросовісної конкуренції.

(3) Зокрема, забороняються:

1) усі дії, здатні у будь-який спосіб викликати змішування стосовно діяльності підприємства, товарів, виробничої чи комерційної діяльності;

2) свідомо недостовірні твердження у процесі торгівлі, які за своєю природою дискредитують організацію, товари, виробничу чи комерційну діяльність конкурента;

3) вказівки або твердження, використання яких у процесі торгівлі схильне вводити в оману громадськість щодо суті, процесу виробництва, характеристик, придатності для вжитку і кількості товару».

Власне, положення Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» базуються на концепції ст. 10-bis Паризької конвенції з охорони промислової власності, а сам інститут захисту від недобросовісної конкуренції є доповненням до захисту прав на промислову власність у випадках, коли винахід чи товарний знак не захищені таким правом. Звичайно, захист від недобросовісної конкуренції не обмежується виключно відносинами, що стосуються промислової власності²⁹⁰.

Правила щодо запобігання недобросовісної конкуренції є важливим доповненням та елементом системи запобігання обмеження конкуренції (антимонопольного законодавства) та спрямовані на забезпечення функціонування ринкової економіки. Однак, на відміну від антимонопольного законодавства, яке забезпечує збереження свободи конкуренції, долаючи обмеження для торгівлі та зловживання ринковою владою, законодавство про

²⁹⁰ Андрощук, Г.О., Шкляр, С.В. (2012). *Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції*. Київ : Юстініан.

недобросовісну конкуренцію фокусується на забезпеченні справедливої та чесної конкуренції, змушуючи всіх учасників ринку поводитися згідно з однаковими правилами.

Відтак сучасні законодавчі системи захисту від недобросовісної конкуренції служать одночасно трьом цілям: захистові конкурентів, захистові споживачів, узгодженню способів та методів конкуренції з інтересами громадськості в цілому.

При цьому ключовою концепцією законодавства про захист від недобросовісної конкуренції є акт недобросовісної конкуренції як дії саме у відносинах конкуренції в широкому розумінні, а не загалом будь-які дії суб'єкта підприємництва, які можуть порушувати права споживачів чи інші аспекти ведення підприємницької діяльності.

5.2.3.4. Контроль за концентраціями. Положення ст. 22–25 Закону про захист конкуренції, що стосуються контролю за злиттям, становлять один з чотирьох фундаментальних компонентів системи правових норм Закону, спрямованих на захист ефективної економічної конкуренції та національних ринків України від шкідливих проявів у підприємницькій діяльності суб'єктів господарювання. Іншими трьома складниками цієї системи є: а) правила контролю за антиконкурентними узгодженими діями (ст. 5-11); б) правила контролю за зловживанням монопольним (домінуючим) становищем на ринку (ст. 12–13); та в) правила щодо обмежувальної та дискримінаційної діяльності суб'єктів господарювання, їхніх об'єднань (ст. 18–21). Антимонопольні та судові органи України у застосуванні норм Закону про захист конкуренції мають зважати на системний зв'язок між нормами різних розділів Закону, аби досягти його основної мети – ефективного функціонування економіки України на основі розвитку конкурентних відносин та забезпечити функцію підтримки та захисту економічної конкуренції, обмеження монополізму в господарській діяльності.

На відміну від антиконкурентних дій (картельних змов), дискримінаційних дій суб'єктів господарювання та зловживань з боку домінуючих суб'єктів господарювання, які за самою своєю природою є протиправними, економічна концентрація – злиття²⁹¹, набуття контролю над суб'єктом господарювання, є природним економічним явищем, яке повинне залишатися у сфері вільного функціонування ринкових сил та у сфері господарських рішень самих підприємців.

Консолідація управління та укрупнення бізнесу є цілком природним способом змагання підприємців за ефективність виробництва, і до того ж необхідно пам'ятати вислів, що «велике ще не значить погане!». Існує чимало різноманітних економічно виправданих причин для об'єднання суб'єктів господарювання шляхом злиття. Взагалі злиття спрямоване на зміцнення позицій компаній – учасників на ринку, і за певних умов, може призвести до довгострокових змін в структурі галузі і домінування на ринку окремих суб'єктів господарювання. Наслідком таких трансформацій може бути обмеження конкуренції. Отже, коли «на карту» поставлене питання збереження ефективної конкуренції на ринку, виникає і необхідність контролювати так зване «зовнішнє зростання» суб'єктів господарювання. Якщо на ринку панують одна або кілька компаній, конкуренція не може вважатися ефективною в повній мірі. Якщо дозволити злиття, яке призведе до такої ситуації, виникає ризик перетворення ринку на такий, що може завдавати шкоди інтересам споживачів.

Найважливішою рисою ефективної системи контролю за економічною концентрацією є здатність правого регулювання запобігти

²⁹¹ Для зручності термін «злиття» нерідко використовують для позначення ширшого спектра корпоративних дій, що виходять за межі повного злиття у вузькому розумінні. Зокрема, воно містить усі варіанти, пов'язані з переходом колись незалежних компаній під єдиний контроль. В цьому випадку це відповідає виразу, який застосовується у Законі та у Регламенті ЄС щодо контролю за злиттям.

таким випадкам економічної концентрації суб'єктів господарювання, що призводять до формування небажаної структури ринку, з огляду на ефективну конкуренцію. Ось чому будь-який сучасний правовий режим захисту конкуренції повинен містити як компонент систему правових норм, які забезпечують контроль за економічною концентрацією. Основним завданням системи таких норм є запобігти виникненню домінуючого становища на ринку та/чи значному обмеженню (зниженню рівня) наявної конкуренції. Ця мета відтворена та відповідні функції покладені в Закону про захист конкуренції на групу правових приписів Розділу V Закону. Необхідно зазначити, що норми, які регулюють відносини контролю за економічною концентрацією, як і в багатьох інших національних режимах, є трансформацією міжнародних стандартів контролю за злиттям, і зокрема правил ЄС. Отже напрацьована методологія, механізми правозастосування та тлумачення концепцій, що використовується в ЄС для тлумачення та вдосконалення системи контролю за злиттям, можуть використовуватись як адекватне джерело аналізу правових механізмів, що стосуються режими контролю за економічною концентрацією в Україні, застосування якого забезпечується органами АМКУ та судами.

Розділ V Закону надає можливість вирішення ключових завдань контролю за економічною концентрацією. Перше завдання полягає у тому, щоб визначити, які саме економічне операції (угоди) можна кваліфікувати як вид концентрації і, відповідно, віднести їх до сфери застосування правових норм Розділу V (ст.22). Стаття 23 стосується іншого важливого питання – встановлення кола учасників суб'єктів концентрації, оскільки юрисдикція норм, що стосуються контролю за концентрацією, визначається на основі встановлених Законом показників економічного розміру учасників концентрації та суб'єктів господарювання, пов'язаних із ними відносинами контролю. Стаття 24 встановлює межі застосування цих положень на основі вартісних показників сукупного обсягу реалізації продукції

або сукупної вартості активів суб'єктів господарювання, які залучені до операцій злиття, набуття контролю, а також на основні частки ринку, якою володіють такі належні учасники концентрації. Такий правовий механізм дозволяє кваліфікувати певні угоди як випадки концентрації, які згідно з Законом про захист конкуренції підлягають дозвільному порядку їх проведення та можуть бути об'єктом розслідування органів АМК. Статті 24 визначає лише принципи отримання дозволу Антимонопольного комітету на концентрацію, тоді як процесуальні аспекти подання суб'єктами господарювання заяв та їх розгляд органами АМК встановлюються положеннями Розділу VI Закону. І нарешті, не менш важливим складником системи контролю за концентрацією є стаття 25, котра встановлює принципи та зміст оцінки випадків економічної концентрації з огляду на їхній вплив на ринкову конкуренцію, а врахування деяких інших критеріїв та міркувань, таких, наприклад, як значення операцій концентрації для загального суспільного інтересу.

5.2.4. Судовий контроль та ефективність правового регулювання у сфері антимонопольного права. Закон про захист конкуренції забезпечує судовий контроль за рішеннями та діяльністю органів АМК. Суд має право перевіряти будь-які факти, на яких базується рішення АМК у повному обсязі. Крім того, не тільки рішення про накладення штрафу, але будь-яке примусове виконання рішень АМК у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції реалізується в рамках судового контролю.

Рішення антимонопольного органу можуть бути оскаржені до суду господарської юрисдикції у двомісячний строк з моменту прийняття рішення, цей строк є присікальним. Оскаржувати рішення АМКУ можуть як заявники про отримання дозволу на концентрацію і узгоджені дії (судова практика в цій категорії спорів почала активно розвиватись останні декілька років), так і заявники чи відповідачі у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Судова практика ЄС свідчить, що суди мають право перевіряти всі без винятку факти щодо справ та рішення Європейської комісії у справах, пов'язаних з конкуренцією, і суди ЄС часто вдаються до повторної оцінки економічних та технічних даних, використаних Комісією для прийняття рішення, шляхом залучення до справи спеціалізованих експертів-економістів у сфері антитрасту, які сприяють суду в кращому розумінні складних економічних теорій, застосованих до справи, що врешті дозволяє судам приймати більш виважені та обґрунтовані рішення.

В українській судовій практиці склалась своя специфіка розгляду справ про оскарження рішення АМК, обумовлена як загальними традиціями українського господарського судочинства, так і особливостями господарського процесуального законодавства. Як свідчить щорічна статистика, яка незмінна вже протягом багатьох років, більше 90 % рішень АМК, які оскаржуються в судах, залишаються в силі. Чим обумовлений таких успіх АМК в судових спорах? Зокрема, у справах про порушення законодавства про захист конкуренції, де на порушника накладено штраф антимонопольним органом, суди не мають повноваження зменшувати чи збільшувати розмір накладеного штрафу, тільки скасувати штраф повністю (як наслідок визнання недійсним оскаржуваного рішення АМК), або залишити його в силі. До повторного встановлення фактичних обставин справи суди також підходять обережно, зокрема, що стосується фундаментальних та визначальних для правильності оцінки рішень АМК фактів – визначених АМК меж досліджуваних ринків. Висновки спеціалізованих економічних експертів так само не часто беруться до уваги судами під час оцінки доказів, і багато суддів все ще керуються неформальним принципом і презумпцією «правильності і законності оскаржуваного рішення АМК». Тобто саме від активної позиції позивача у справі, його роботи з підготовки і надання суду доказів, в поєднанні зі знанням тонкощів конкуренційного законодавства і прак-

тики його застосування, частіше за все залежить успішність оскарження рішень АМК.

Саме судова практика чітко виявляє ті концептуальні прогалини і недоліки Закону про захист конкуренції про захист конкуренції, прийнятого 20 років тому, які вимагають якнайшвидшого усунення з метою приведення подальшого правозастосування і судової практики до найкращих практик ЄС. Останні 2–3 роки в Парламенті ведеться робота щодо внесення змін до законодавства про захист конкуренції з залученням зарубіжних експертів і партнерів, профільних бізнес-асоціацій та інших зацікавлених сторін, але значного прогресу в цьому напрямку поки що не спостерігається.

Передовсім нагальним є інституційне посилення самого АМК та забезпечення його незалежності від політичної влади шляхом вдосконалення процедури призначення і звільнення голови відомства та державних уповноважених. Також потребує вдосконалення процедура розслідування і розгляду справ конкуренційним відомством з метою забезпечення більшої змагальності, а відтак і якості рішень органів АМК. І насамкінець, наріжним каменем є забезпечення ширших процесуальних прав і гарантій учасників антимонопольного процесу та антимонопольних спорів, та надання судам ширшої юрисдикції щодо перевірки рішень АМК, яка б була адекватною вимозі належного і всебічного, а не формального захисту прав та інтересів відповідачів в антимонопольних справах.

5.3. Юридичний захист конкуренції на енергетичному ринку

5.3.1. Структура ринку електричної енергії

5.3.1.1. Учасники ринку. Відповідно до пункту 96 частини 1 статті 1 Закону України «Про ринок електричної енергії» (далі – «**Закон**»),

учасниками ринку електричної енергії є: 1) виробники електричної енергії; 2) електропостачальники; 3) трейдери; 4) оператор системи передачі; 5) оператори систем розподілу; 6) оператор ринку; 7) гарантований покупець; 8) Споживачі

5.3.1.2. Сегменти ринку. Закон виділяє декілька сегментів ринку електричної енергії:

1) організований сегмент ринку електричної енергії, до складу якого входять: (1) ринок «на добу наперед»; (2) внутрішньодобовий ринок та (3) балансуючий ринок;

2) ринок двосторонніх договорів (далі – «РДД»);

3) ринок допоміжних послуг.

Розглянемо докладніше наведені сегменти ринку.

Ринок електричної енергії «на добу наперед» (далі – «РДН») – сегмент ринку електричної енергії, на якому здійснюється купівля-продаж електричної енергії на наступну за днем проведення торгів добу.

Внутрішньодобовий ринок електричної енергії (далі – «ВДР») – сегмент ринку електричної енергії, на якому купівля-продаж електричної енергії здійснюється безперервно після завершення торгів на ринку «на добу наперед» та впродовж доби фізичного постачання електричної енергії.

Балансуючий ринок електричної енергії (балансуючий ринок) – ринок, організований оператором системи передачі електричної енергії з метою забезпечення достатніх обсягів електричної потужності та енергії, необхідних для балансування в реальному часі обсягів виробництва та імпорту електричної енергії і споживання та експорту електричної енергії, врегулювання системних обмежень в об'єднаній енергетичній системі України, а також фінансового врегулювання небалансів електричної енергії.

Двосторонній договір – договір купівлі-продажу електричної енергії, укладений між двома учасниками ринку поза організа-

ними сегментами ринку, крім договору постачання електричної енергії споживачу.

Ринок допоміжних послуг – система відносин, що виникають у зв'язку з придбанням оператором системи передачі допоміжних послуг у постачальників допоміжних послуг.

В свою чергу, допоміжні послуги – послуги, визначені Законом та правилами ринку, які оператор системи передачі закуповує у постачальників допоміжних послуг для забезпечення сталої і надійної роботи об'єднаної енергетичної системи України та якості електричної енергії відповідно до встановлених вимог.

5.3.1.3. Сегменти енергетичної системи України. Українську енергетичну систему за територіальною ознакою можна поділити на дві частини:

(1) Об'єднана енергетична система України (ОЕС України), яка об'єднує майже всю територію України.

(2) Так званий «Бурштинський енергоострів» або «острів Бурштинської ТЕС» – умовна територія, на якій розташовані електричні мережі Бурштинської електростанції, разом з прилеглою до неї електромережею та власними споживачами електроенергії в межах Закарпатської, Івано-Франківської та Львівської областей. Бурштинський енергоострів, на відміну від решти електромереж України, під'єднаний до електромереж країн ЄС і дозволяє експортувати українську електроенергію за кордон.

Проте, як заявив Володимир Кудрицький, Голова правління Національної енергетичної компанії «Укренерго» (далі – «Укренерго»), оператора системи передачі України, Бурштинський енергоострів перестане існувати після об'єднання української енергосистеми з європейською ENTSO-E²⁹² (про це нижче).

²⁹² <https://ua-energy.org/uk/posts/kudrytskyi-burshtynskiy-ostriv-perestane-isnuvaty-pislia-pryiednannia-do-entso-e>

Таким чином, вже за кілька років зазначений територіальний поділ вітчизняної енергетичної системи втратить актуальність.

5.3.1.4. Інтеграція з ENTSO-E. ENTSO-E (англ. the European Network of Transmission System Operators for Electricity) – це європейська мережа операторів системи передачі електроенергії, яка об'єднує 42 операторів у 35 країнах Європи²⁹³.

Інтеграція електроенергетичної системи України до європейської електроенергетичної мережі передбачена статтею 338 Угоди про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони.

Об'єднання української енергетичної системи з європейською має надзвичайне значення. Серед іншого, синхронна робота енергосистеми України з енергооб'єднанням ENTSO-E: а) підвищить надійність та стійкість роботи ОЕС України; б) розширить можливості обміну електроенергією між суміжними країнами; в) посилить конкуренцію на внутрішньому ринку та створить можливості для роботи на енергетичному ринку Європи²⁹⁴.

Початок роботи ОЕС України у синхронному режимі з ENTSO-E планується у I кварталі 2023 року.

Серед кроків, які залишилося здійснити для інтеграції електроенергетичної системи України до європейської електроенергетичної мережі, найважливішими є: 1) сертифікація Укренерго – тобто підтвердження рішенням Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (далі – **«Регулятор»**) виконання Укренерго вимог щодо відокремлення та незалежності оператора системи передачі, передбачених Законом²⁹⁵;

²⁹³ <https://www.entsoe.eu/about/inside-entsoe/objectives/>

²⁹⁴ <https://ua.energy/yevrointegratsiya/integratsiya-do-entso-e/>

²⁹⁵ Пункт 80 частини 1 статті 1 Закону України «Про ринок електричної енергії».

2) тестова робота в ізолюваному режимі ОЕС України та енергетичної системи Республіки Молдови²⁹⁶.

Регулятор є постійно діючим центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом, який утворюється Кабінетом Міністрів України²⁹⁷. Регулятор є колегіальним органом²⁹⁸. Регулятор здійснює державне регулювання, моніторинг та контроль за діяльністю суб'єктів господарювання у сферах енергетики та комунальних послуг, зокрема:

(1) у сфері енергетики:

А діяльності з виробництва, передачі, розподілу, постачання електричної енергії;

діяльності з організації купівлі-продажу електричної енергії на ринку «на добу наперед» та внутрішньодобовому ринку, забезпечення купівлі електричної енергії за «зеленим» тарифом, трейдерської діяльності;

діяльності з транспортування, розподілу, зберігання (закачування, відбору), надання послуг установки LNG, постачання природного газу;

діяльності з транспортування нафти, нафтопродуктів та інших речовин трубопровідним транспортом;

(2) у сфері комунальних послуг²⁹⁹.

Регулятор здійснює державне регулювання з метою:

(1) досягнення балансу інтересів споживачів, суб'єктів господарювання, що провадять діяльність у сферах енергетики та комунальних послуг, і держави

(2) забезпечення енергетичної безпеки

²⁹⁶ <https://ua.energy/yevrointegratsiya/integratsiya-do-entso-e/>

²⁹⁷ Абзац 1 частини 1 статті 1 Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг».

²⁹⁸ Абзац 3 частини 1 статті 1 Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг».

²⁹⁹ Частина 1 статті 2 Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг».

(3) забезпечення європейської інтеграції ринків електричної енергії та природного газу України³⁰⁰.

Регулятор здійснює державне регулювання шляхом:

(1) нормативно-правового регулювання у випадках, коли відповідні повноваження надані Регулятору законом;

ліцензування діяльності у сферах енергетики та комунальних послуг;

формування цінової і тарифної політики у сферах енергетики та комунальних послуг та реалізації відповідної політики у випадках, коли такі повноваження надані Регулятору законом;

державного контролю та застосування заходів впливу;

використання інших засобів, передбачених законом³⁰¹.

5.3.2. Окремі аспекти ринку електричної енергії України

5.3.2.1. Структура виробництва електричної енергії. Найбільшими виробниками електричної енергії в Україні є:

(1) Атомні електростанції (АЕС) – у 2020 році вони виробили 51,2% загального обсягу виробництва електричної енергії електростанціями України

(2) Теплові електростанції (ТЕС) та теплоелектроцентралі (ТЕЦ) – 35,2% загального обсягу виробництва

(3) Гідроелектростанції (ГЕС) та гідроакumuлюючі електростанції (ГАЕС) – 5,1% загального обсягу виробництва

(4) Виробники електричної енергії з альтернативних джерел енергії (сонячні електростанції, вітряні електростанції, електростанції, які виробляють електричну енергію з біомаси) – 7,3% загального обсягу виробництва

³⁰⁰ Частина 1 статті 3 Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг».

³⁰¹ Частина 2 статті 3 Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг».

(5) Інші генеруючі потужності – 1,2 % загального обсягу виробництва електричної енергії електростанціями України³⁰².

5.3.2.2. Загальні принципи торгівлі на РДД, РДН та ВДР.

(1) РДД – ринок двосторонніх договорів

Учасники ринку електричної енергії мають право вільно обирати контрагентів за двосторонніми договорами, укладати ці договори у довільній формі та на умовах, що визначаються за домовленістю сторін з урахуванням ряду обмежень³⁰³ та особливостей.

Серед іншого, можна виокремити такі обмеження та особливості:

А Оператор системи передачі та оператори систем розподілу не мають права продавати електричну енергію за двосторонніми договорами³⁰⁴.

В Виробники електричної енергії – державні підприємства, а також господарські товариства, частка держави у статутному капіталі яких становить 50 відсотків та більше, господарські товариства, у статутному капіталі яких 50 відсотків та більше акцій (часток, паїв) належать іншим господарським товариствам, акціонером яких є держава і володіє в них контрольним пакетом акцій, дочірні підприємства, представництва та філії таких підприємств і товариств, комунальні унітарні підприємства, юридичні особи, у статутному капіталі яких 50 відсотків та більше акцій (часток) належить комунальному підприємству або територіальній громаді, а також дочірні підприємства таких підприємств або юридичних осіб здійснюють продаж електричної енергії за двосторонніми договорами на електронних аукціонах³⁰⁵.

³⁰² http://mpe.kmu.gov.ua/minugol/control/uk/publish/article?art_id=245509526&cat_id=245183225

³⁰³ Частина 2 статті 66 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³⁰⁴ Пункт 3 частини 2 статті 66 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³⁰⁵ Пункт 6 частини 2 статті 66 Закону України «Про ринок електричної енергії».

С Гарантований покупець здійснює продаж електричної енергії за двосторонніми договорами на електронних аукціонах³⁰⁶.

Д Чітко встановлений перелік істотних умов двостороннього договору (предмет, ціну електричної енергії, визначену у грошових одиницях тощо)³⁰⁷.

Е Регулятор наділений повноваженнями встановлювати певні обмеження на ринку, а саме:

встановлювати максимальний строк дії двосторонніх договорів, який не може бути меншим за шість місяців³⁰⁸;

встановлювати обмеження щодо місячного обсягу продажу електричної енергії за двосторонніми договорами між виробниками та іншими учасниками ринку електричної енергії, що входять до складу одного вертикально інтегрованого суб'єкта господарювання або є афілійованими між собою. Таке обмеження не може бути більшим 50 відсотків їх місячного обсягу продажу електричної енергії³⁰⁹;

Ф Двосторонні договори повинні бути зареєстровані оператором системи передачі³¹⁰.

Г Забороняється продаж та/або постачання електричної енергії, імпортованої з Російської Федерації, за двосторонніми договорами. Проте, з метою уникнення надзвичайної ситуації в ОЕС України Кабінет Міністрів України має право скасовувати зазначену заборону, визначивши термін поновлення дії такої заборони³¹¹.

Н До 1 квітня 2022 року, виробники електричної енергії (крім тих виробників, яким встановлено «зелений» тариф, та виробників електричної енергії, які за результатами аукціону набули право на

³⁰⁶ Пункт 6-1 частини 2 статті 66 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³⁰⁷ Частина 3 статті 66 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³⁰⁸ Абзац 1 частини 4 статті 66 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³⁰⁹ Абзац 4 частини 4 статті 66 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³¹⁰ Пункт 2.1.4 глави 2.1 розділу II Правил ринку, затверджених постановою Регулятора від 14.03.2018 № 307.

³¹¹ Частина 8 статті 67 Закону України «Про ринок електричної енергії».

підтримку) здійснюють продаж електричної енергії за двосторонніми договорами виключно на електронних аукціонах. У період з 1 вересня 2021 року до 1 квітня 2022 року відпуск електричної енергії відповідно до укладених виробниками електричної енергії двосторонніх договорів (крім тих виробників, яким встановлено «зелений» тариф та виробників електричної енергії, які за результатами аукціону набули право на підтримку) може здійснюватися виключно у разі, якщо такі двосторонні договори були укладені за результатом проведення електронних аукціонів³¹².

(2) РДН (ринок «на добу наперед») та ВДР (внутрішньодобовий ринок).

Можна визначити такі загальні риси та особливості РДН та ВДР:

А Для участі на РДН та ВДР учасники ринку укладають з оператором ринку договір про участь у РДН та ВДР³¹³.

В До торгів допускаються учасники РДН та ВДР, які надали гарантії виконання фінансових зобов'язань за договорами на РДН та ВДР³¹⁴.

С Особливості ціноутворення:

(А) ціна купівлі-продажу електричної енергії на РДН визначається для кожного розрахункового періоду оператором ринку за принципом граничного ціноутворення на основі балансу сукупного попиту на електричну енергію та її сукупної пропозиції;

(В) ціна купівлі-продажу електричної енергії на ВДР визначається за принципом ціноутворення «по заявленій (пропонованій) ціні»³¹⁵.

Д У разі істотного коливання цін на ринку «на добу наперед», внутрішньодобовому ринку та балансуєчому ринку відповідно до методики, визначеної Регулятором, Регулятор має право

³¹² Абзац 4 пункту 9 розділу XVII Закону України «Про ринок електричної енергії».

³¹³ Абзац 2 частини 1 статті 67 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³¹⁴ Абзац 2 частини 4 статті 67 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³¹⁵ Абзац 1 частини 5 статті 67 Закону України «Про ринок електричної енергії».

встановлювати граничні ціни (тимчасові мінімальні та/або максимальні цінові межі) на ринку «на добу наперед», внутрішньодобовому ринку та балансуєчому ринку для кожної торгової зони з відповідним обґрунтуванням. Рівень граничних цін має впливати на формування вільної (ринкової) ціни у мінімальний спосіб. Доцільність встановлення і рівень граничних цін у разі їх встановлення мають переглядатися Регулятором не менше одного разу на шість місяців. Граничні ціни встановлюються Регулятором після консультацій з Антимонопольним комітетом України³¹⁶.

Е Забороняється продаж та/або постачання електричної енергії, імпортованої з Російської Федерації, на ВДР. Проте, з метою уникнення надзвичайної ситуації в ОЕС України Кабінет Міністрів України має право скасовувати зазначену заборону, визначивши термін поновлення дії такої заборони³¹⁷.

Додатково, можна визначити такі особливості РДН:

А Регулятор з метою забезпечення достатнього рівня ліквідності на ринку «на добу наперед» має право встановлювати:

(А) виробникам (крім мікро-, міні-, малих гідроелектростанцій та електричних станцій, що виробляють електричну енергію з альтернативних джерел енергії) та імпортерам – граничну нижню межу обов'язкового місячного обсягу продажу електроенергії на РДН, але не більше 30 відсотків їхнього місячного обсягу продажу електричної енергії відповідно до правил ринку;

оператору системи передачі та операторам систем розподілу – граничну нижню межу обов'язкової купівлі електричної енергії на РДН з метою компенсації технологічних втрат електричної енергії на її передачу та розподіл електричними мережами відповідно;

виробникам, що здійснюють виробництво електричної енергії на гідроакumuлюючих станціях, – граничну нижню межу обов'яз-

³¹⁶ Абзац 6 пункту 9 розділу XVII Закону України «Про ринок електричної енергії».

³¹⁷ Частина 8 статті 67 Закону України «Про ринок електричної енергії».

кової купівлі електричної енергії на РДН для покриття технологічних потреб гідроакumuлюючих станцій³¹⁸.

В Гранична нижня межа обов'язкового місячного обсягу продажу електричної енергії виробниками (крім виробників, які здійснюють виробництво електричної енергії з альтернативних джерел енергії) та імпортерами на РДН не може бути меншою 10 відсотків їхнього місячного обсягу продажу електричної енергії відповідно до правил ринку³¹⁹.

Також на відповідному сегменті існують певні тимчасові обмеження. Наприклад, до 1 листопада 2021 року загальний (максимальний) обсяг продажу електричної енергії електропостачальниками та/або трейдерами на РДН у розрахунковому періоді (місяці) не може перевищувати 10 відсотків від зареєстрованого обсягу купівлі електричної енергії за двосторонніми договорами у виробників електричної енергії та/або гарантованого покупця такими електропостачальниками та/або трейдерами на такий розрахунковий період (місяць). У разі здійснення імпорту електричної енергії постачальником та/або трейдером обсяг електричної енергії, що може бути проданий таким електропостачальником та/або трейдером на РДН, збільшується на обсяг такої імпортованої електричної енергії³²⁰.

5.3.2.3. Імпорт-експорт електричної енергії. Для здійснення експортних та/або імпортних операцій з електричною енергією учасник ринку повинен отримати фізичне право на передачу – право на використання пропускнуої спроможності міждержавних перетинів між двома енергетичними системами суміжних держав (торговими зонами) у визначеному напрямку та протягом визначеного періоду часу³²¹.

³¹⁸ Частина 3 статті 67 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³¹⁹ Абзац 2 пункту 9 розділу XVII Закону України «Про ринок електричної енергії».

³²⁰ Абзац 3 пункту 9 розділу XVII Закону України «Про ринок електричної енергії».

³²¹ Пункт 23 частини 1 статті 1 Закону України «Про ринок електричної енергії».

Вільна пропускна спроможність міждержавних перетинів розподіляється на електронних аукціонах³²².

На кожному аукціоні має розподілятися:

- (1) частина доступної пропускної спроможності, запланована для розподілу на цьому аукціоні;
- (2) пропускна спроможність, нерозподілена раніше;
- (3) невикористана величина пропускної спроможності, розподіленої на попередніх аукціонах³²³.

Для участі в аукціоні учасник ринку повинен укласти договір про доступ до пропускної спроможності міждержавних перетинів (міждержавних електричних мереж України)³²⁴.

Структура розподілу пропускної спроможності міждержавних перетинів:

- (1) На річний та місячний аукціон виставляється пропускна спроможність у розмірі 35 % від величини доступної пропускної спроможності міждержавних електричних мереж України на відповідному міждержавному перетині за відповідним напрямом.
- (2) На добовий аукціон – 30 %³²⁵.

Ціноутворення:

- (1) У випадку коли попит на доступ до пропускної спроможності міждержавного перетину перевищує величину запропонованої пропускної спроможності міждержавного перетину, аукціон проводиться за принципом першочергового задоволення заявок, у яких пропонується найвища ціна. У такому разі ціна доступу до пропускної спроможності для всіх зареєстрованих учасників за відповідним напрямом є мінімальною ціною із задовлених заявок³²⁶.

³²² Частина 1 статті 39 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³²³ Частина 5 статті 39 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³²⁴ Пункт 2.2 Порядку розподілу пропускної спроможності міждержавних перетинів, затвердженого Постановою Регулятора від 03.04.2020 № 763.

³²⁵ Додаток 2 до Правил управління обмеженнями, затверджених Постановою Регулятора від 03.04.2020 № 763.

³²⁶ Пункт 3.8 Правил управління обмеженнями, затверджених Постановою Регулятора від 03.04.2020 № 763.

(2) Якщо попит на доступ до пропускної спроможності не перевищує або дорівнює величині запропонованої пропускної спроможності, аукціонний офіс надає учасникам такого аукціону доступ до пропускної спроможності на безоплатній основі³²⁷.

Особливості фізичного права на передачу на довгостроковий або середньостроковий період:

(1) Його власники мають право передати або продати іншим зареєстрованим учасникам таке фізичне право на передачу³²⁸.

(2) На нього поширюється принцип «використовуй або продай»³²⁹.

До 31 грудня 2021 року, Регулятор має повноваження обмежувати доступну пропускну спроможність, що розподіляється на добових та місячних аукціонах на 2021 рік, у частині міждержавних перетинів між Україною та державами, які не є сторонами Енергетичного Співтовариства³³⁰ (тобто, Російською Федерацією та Республікою Білорусь).

5.3.3. Підтримка виробництва електроенергії з відновлюваних джерел енергії.

5.3.3.1. «Зелений» тариф. «Зелений» тариф був імплементований в українське законодавство Законом «Про внесення змін до деяких законів України щодо встановлення «зеленого» тарифу» від 25.09.2008. Відповідно до пояснювальної записки, ціллю введення до вітчизняного правового поля механізму «зеленого» тарифу було стимулювання виробництва електричної та теплової енергії з альтернативних джерел, що мало на меті зменшення негативного впливу на навколишнє природне середовище та сприяння енергетичній незалежності України³³¹.

³²⁷ Пункт 3.9 Правил управління обмеженнями, затверджених Постановою Регулятора від 03.04.2020 № 763.

³²⁸ Абзац 2 частини 7 статті 39 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³²⁹ Абзац 3 частини 7 статті 39 Закону України «Про ринок електричної енергії».

³³⁰ Пункт 1 розділу XVII Закону України «Про ринок електричної енергії».

³³¹ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=0894&skl=7

«Зелений» тариф не одразу почав виконувати свою основну роль – стимулювання виробництва електричної енергії з альтернативних джерел. Так, за даними Державного агентства з енергоефективності та енергозбереження України, станом на кінець 2014 року було побудовано об'єктів відновлюваної електроенергетики встановленою потужністю 967 мегаватт³³². Для порівняння, станом на 01.07.2021 було побудовано об'єктів відновлюваної електроенергетики встановленою потужністю 9225 мегаватт.

Відповідно до діючої редакції Закону України «Про альтернативні джерела енергії», «зелений» тариф – це спеціальний тариф, за яким закупається електрична енергія, вироблена на об'єктах електроенергетики, зокрема на введених в експлуатацію чергах будівництва електричних станцій (пускових комплексах), з альтернативних джерел енергії (а з використанням гідроенергії – лише мікро-, міні- та малими гідроелектростанціями)³³³.

«Зелений» тариф встановлюється:

(1) Регулятором³³⁴

(2) для кожного суб'єкта господарювання, який виробляє електричну енергію з альтернативних джерел енергії³³⁵

(3) на рівні роздрібного тарифу для споживачів другого класу напруги на січень 2009 року (58,46 коп. за 1 кВт • год без ПДВ), помноженого на коефіцієнт «зеленого» тарифу для електричної енергії (встановлений у Законі України «Про альтернативні джерела енергії» для окремих категорій генеруючих об'єктів)³³⁶

(4) у євро³³⁷

(5) до 1 січня 2030 року.

³³² <https://saee.gov.ua/uk/news/3930>

³³³ Абзац 15 статті 1 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³³⁴ Частина 1 статті 9-1 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³³⁵ Частина 3 статті 9-1 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³³⁶ Стаття 9-1 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³³⁷ Частина 29 статті 9-1 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

10 червня був укладений «Меморандум про взаєморозуміння щодо врегулювання проблемних питань у сфері відновлюваної енергетики». Документ був підписаний Прем'єр-міністром України, в.о. Міністра енергетики та захисту довкілля України, відповідальними особами Європейсько-українського енергетичного агентства та Української вітроенергетичної асоціації³³⁸.

За результатами укладеного Меморандуму про Взаєморозуміння, 21.07.2020 року був прийнятий Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення умов підтримки виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії» № 810-IX (далі – «**Закон № 810**»).

Серед іншого, Закон № 810 містить наступні положення:

(1) зниження «зеленого» тарифу: розмір зменшення залежить від дати введення генеруючого об'єкта в експлуатацію та розміру встановленої потужності

(2) Частка відшкодування гарантованому покупцю вартості врегулювання небалансу гарантованого покупця суб'єктами господарювання, встановлена потужність яких перевищує 1 МВт, становить:

А з 1 січня 2021 року – 50 відсотків;

В з 1 січня 2022 року – 100 відсотків.

Раніше відповідна частка збільшувалася поступово – щорічно на 10 відсотків з 1 січня 2021 року.

(3) Зниження меж допустимого відхилення обсягів відпуску електричної енергії для відшкодування небалансів:

А Для вітрових електростанцій – 10 % (раніше – 20 %)

В Для сонячних електростанцій – 5 % (раніше – 10 %)

(4) Неможливість отримання «зеленого» тарифу для суб'єктів господарювання, які виробляють або мають намір виробляти

³³⁸ <https://www.kmu.gov.ua/news/uryad-pidpisav-memorandum-z-virobnikami-zelenoyi-elektroenergiyi>

електричну енергію з біомаси та/або біогазу, після 1 січня 2023 року тощо

5.3.2.2. «Зелені» аукціони. 25 квітня 2019 Верховною Радою України був прийнятий Закон № 2712-VIII «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення конкурентних умов виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії». Відповідним Законом були визначені основні положення щодо планування та проведення «зелених» аукціонів.

Введення «зелених» аукціонів як основного механізму підтримки виробництва електроенергії з альтернативних джерел енергії замість «зеленого» тарифу в Україні відповідає світовим тенденціям.

Можна виокремити такі загальні характеристики «зелених» аукціонів:

(1) Аукціони запроваджуються з 1 липня 2019 року та проводяться по 31 грудня 2029 року³³⁹

(2) Строк надання підтримки становить 20 років³⁴⁰

(3) суб'єкти господарювання зобов'язані брати участь в аукціоні, якщо такі суб'єкти господарювання мають намір виробляти електричну енергію на об'єктах електроенергетики, встановлена потужність яких становить:

А для об'єктів, що виробляють електричну енергію з енергії вітру, – більше 5 МВт;

для об'єктів, що виробляють електричну енергію з енергії сонячного випромінювання, – більше 1 МВт³⁴¹.

Інші суб'єкти господарювання можуть брати участь в аукціонах на добровільних засадах³⁴².

(4) Кабінет Міністрів України, щороку, не пізніше 1 грудня, встановлює річну квоту підтримки та графік проведення аукціонів на

³³⁹ Частина 15 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁴⁰ Частина 45 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁴¹ Частина 2 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁴² Частина 3 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

наступний рік, а також індикативні прогностичні показники річних квот підтримки на чотири роки, що йдуть за роком, на який встановлюється річна квота підтримки³⁴³.

(5) Річна квота підтримки розподіляється на частки за окремими альтернативними джерелами енергії:

А Виробництво електроенергії з енергії сонячного випромінювання – не менше 10 відсотків

Виробництво електроенергії з енергії вітру – не менше 10 відсотків

Виробництво електроенергії з інших видів альтернативних джерел енергії – не менше 10 відсотків³⁴⁴

(6) Для участі в аукціоні суб'єкт господарювання повинен подати безвідкличну банківську гарантію. Її розмір визначається як добуток величини потужності об'єкта електроенергетики щодо якого суб'єкт господарювання має намір набути право на підтримку, та розміру безвідкличної банківської гарантії за кожний кіловат потужності, що розподіляється на аукціоні (5 євро за 1 кіловат)³⁴⁵.

(7) Пропозиція учасника аукціону повинна містити:

А величину потужності об'єкта електроенергетики, щодо якого учасник аукціону має намір набути право на підтримку;

В запроповану ціну продажу 1 кіловат-години електричної енергії, виробленої на відповідному об'єкті електроенергетики.

Ціна:

(А) зазначається у євроцентах за 1 кіловат-годину

(В) для об'єктів електроенергетики, що виробляють електричну енергію з енергії вітру та/або з енергії сонячного випромінювання, не може бути вищою за 9 євроцентів за 1 кіловат-годину – для

³⁴³ Частина 5 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁴⁴ Частина 8 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁴⁵ Частина 17 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

аукціонів, що проводяться по 31 грудня 2024 року, та не може бути вищою за 8 євроцентів за 1 кіловат-годину – для аукціонів, що проводяться з 1 січня 2025 року³⁴⁶

(С) для об'єктів електроенергетики, що виробляють електричну енергію з інших видів альтернативних джерел енергії, не може бути вищою за 12 євроцентів за 1 кіловат-годину³⁴⁷

(8) Величина потужності, щодо якої за результатами аукціону учасники набувають право на підтримку, не може перевищувати 80 відсотків сукупної величини потужності, запропонованої всіма учасниками відповідного аукціону³⁴⁸

(9) За результатами проведених у відповідному році аукціонів суб'єкт господарювання самостійно або разом з іншими суб'єктами господарювання, з якими має спільного кінцевого бенефіціарного власника (контролера), має право отримати не більше 25 відсотків обсягу річної квоти підтримки на відповідний рік³⁴⁹

(10) Переможець аукціону та гарантований покупець не пізніше 15 робочих днів з дати оприлюднення протоколу про результати аукціону зобов'язані підписати протокол та укласти договір купівлі-продажу електричної енергії між гарантованим покупцем та суб'єктом господарювання³⁵⁰

(11) До укладення договору з гарантованим покупцем переможець аукціону надає безвідкличну банківську гарантію у розмірі 15 євро за кожний кіловат потужності³⁵¹

(12) Сонячна електростанція повинна бути побудована та введена в експлуатацію протягом двох років з дня укладення договору з гарантованим покупцем; об'єкти, що виробляють електричну

³⁴⁶ Частина 18 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁴⁷ Частина 19 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁴⁸ Частина 22 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁴⁹ Частина 25 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁵⁰ Частина 26 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁵¹ Частина 35 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

енергію з інших видів альтернативних джерел енергії – протягом трьох років³⁵²

5.3.3.3. Надбавка до «зеленого» тарифу, аукціонної ціни за дотримання рівня використання обладнання українського виробництва. Для введених в експлуатацію з 1 липня 2015 року по 31 грудня 2024 року об'єктів електроенергетики які виробляють електричну енергію з альтернативних джерел енергії, до «зеленого» тарифу, аукціонної ціни встановлюється надбавка за дотримання рівня використання обладнання українського виробництва³⁵³ (далі – «**Надбавка**»).

Надбавка є фіксованою у визначених відсотках доплатою до «зеленого» тарифу, аукціонної ціни, пропорційною до рівня використання суб'єктом господарювання на відповідному об'єкті електроенергетики обладнання українського виробництва. Розмір надбавки до «зеленого» тарифу становить від 5 до 20 відсотків³⁵⁴.

При цьому максимальний розмір Надбавки до аукціонної ціни при досягненні шести років експлуатації відповідного об'єкта електроенергетики повинен становити не більше 10 відсотків³⁵⁵.

Надбавка встановлюється Регулятором³⁵⁶.

Рівень використання обладнання українського виробництва на об'єктах електроенергетики визначається як сума відповідних питомих відсоткових показників елементів обладнання³⁵⁷. Відповідні питомі відсоткові показники прямо передбачені Законом України «Про альтернативні джерела енергії».

Виробництво наявних на об'єкті електроенергетики елементів обладнання на території України підтверджується сертифікатом (сертифікатами) походження, виданим (виданими)

³⁵² Частина 39 статті 9-3 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁵³ Частина 1 статті 9-2 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁵⁴ Частина 2 статті 9-2 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁵⁵ Частина 3 статті 9-2 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁵⁶ Частина 4 статті 9-2 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

³⁵⁷ Частина 8 статті 9-2 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

у встановленому порядку Торгово-промисловою палатою України (її регіональними представництвами) на такі елементи³⁵⁸.

Висновки

Захист конкуренції і недопущення зловживанням на ринку є питаннями економічної безпеки, що лише сприяє сталому розвитку національної економіки та підвищенню добробуту населення. Однак тут має бути двосторонній рух: основні стейкхолдери на ринку мають домовитися про додержання правил гри на ринку, а держава має забезпечити збалансовану регуляторну діяльність незалежних державних агентів, мінімізувавши вплив на цю діяльність з боку політиків та бізнесових кіл, а також забезпечити незалежне і безстороннє правосуддя. Енергетична криза, яка виявилася у 2020 р. в Україні, а в 2021 р. набрала глобального характеру у всьому світі засвідчує наскільки тут має додержуватися справедливий баланс між учасниками енергетичного ринку. Оскільки енергоринок у поєднанні із пандемією коронавірусу змінив структуру світового ринку, це потребує поглиблення якості здійснення регуляторної діяльності, зважаючи на обмеженість природних ресурсів та завдання по збереженню довкілля.

³⁵⁸ Частина 9 статті 9-2 Закону України «Про альтернативні джерела енергії».

Розділ 6

Публічні закупівлі

Вступ

- 6.1. Призначення законодавства про публічні закупівлі*
- 6.2. Сфера застосування законодавства про публічні закупівлі*
- 6.3. Принципи публічних закупівель*
- 6.4. Процедура закупівель*
- 6.5. Оскарження та контроль*

Висновки

Вступ

На даний час в нашій державі яскраво виражений суспільний запит на підвищення прозорості публічних закупівель, що зумовлено обмеженням публічних фондів коштів, необхідністю ефективного та справедливого їх розподілу, а також спалахом окремих корупційних скандалів щодо суспільно-чутливих питань, зокрема, пов'язаних із державними закупівлями для військових потреб та цілей боротьби з коронавірусною епідемією.

Реформування та покращення системи публічних закупівель пов'язується із її правовим регулюванням. Оскільки відповідне законодавство в Україні сформоване не так давно, воно ще не має довгої історії перевірок і змін, то піддається частим перемінам. Базовий закон «Про публічні закупівлі» за п'ять років свого існування має близько двох десятків редакцій, при чому остання прийнята ще не набула чинності на момент підготовки цього розділу.

Проте, Україна у цьому питанні не є винятком. Публічні закупівлі у всіх державах світу, чи то заможних, чи то бідних,

продовжують розвиватися як концептуально, так і організаційно, розвивається їх правове регулювання в умовах зростаючого тиску «робити більше з меншим»³⁵⁹.

Це все породжує дискусії щодо того, чим є публічні закупівлі і чим вони повинні стати, які завдання вони виконують на даний час, і які повинні реалізовувати в умовах сталого розвитку суспільства.

6.1. Призначення законодавства про публічні закупівлі

Термін публічні закупівлі застосовується переважно для позначення правових відносин із закупівлі товарів і послуг за бюджетні кошти. Вичерпне наукове визначення цьому поняттю та його співвідношення і взаємозв'язок із суміжними, такими як «державні закупівлі», «тендерні закупівлі» тощо науковці намагаються сформулювати та висвітлити у спеціальній літературі³⁶⁰. Нормативна ж дефініція, що визначена профільним законом «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII, не розкриває зміст та істотні ознаки цього явища, оскільки під публічними закупівлями закон розуміє «придбання замовником товарів, робіт і послуг у порядку, встановленому цим Законом».

Термінологічні відмінності у даній сфері мають місце не тільки в українському правовому просторі. Так, у рамках ЄС англійською

³⁵⁹ Khi, Thai V. (2016). *Global Public Procurement Theories and Practices: An Introduction*. Springer International Publishing, 1.

³⁶⁰ Здирко, Н.Г. (2019). Теоретичні підходи до визначення поняття «публічні закупівлі». *Ефективна економіка*, 12. URL: <http://www.economy.nauka.com.ua/?op=1&z=7558>; Оврамець, Ю.О. (2017). Поняття та сутність «публічних закупівель» у адміністративному праві України. *Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України*. Серія «Право», 264, 185–194; Альциванович, О.В., Цимбаленко, Я.Ю. (2018). Теоретико-категоріальний аналіз поняття публічних закупівель та корупційних ризиків при їх здійсненні в Україні. *Аспекти публічного управління*, 9, 6, 92–103.

мовою це відображається фразою «public procurement», у рамках Всесвітньої організації торгівлі використовується «government procurement», а у США – «government contracts» або «public contracts».

Нинішній етап розвитку вітчизняного законодавства у сфері публічних закупівель характеризується стрімким піднесенням. Такий розвиток нормативного регулювання має об'єктивні підстави та передумови.

Перш за все, це зумовлено загальною метою реалізації публічних закупівель – запровадження економічно ефективного їх здійснення³⁶¹. Адже результати процедур публічних закупівель впливають на суспільний добробут, економічне зростання держави, а також як наслідок на авторитет владних суб'єктів. Статистичні дані свідчать, що у 2019 році в Україні через систему Prozorro було укладено договорів на суму 572 млрд грн, а у 2020 році – 685 млрд грн, що на 20% більше, ніж попереднього року. Це, за звітними даними дало змогу заощадити 55,9 млрд грн³⁶². І це при тому, що загальна сума видатків у зведеному бюджеті за 2020 рік становила 1595 млрд грн, тобто більше третини витрат була реалізована через систему Prozorro. Таке співвідношення є закономірним, в середньому в країнах-членах Організації економічного співробітництва та розвитку 28,1% із усіх витрат органами публічної влади витрачаються на закупівлю товарів та послуг³⁶³, що становить 10–15% валового внутрішнього продукту³⁶⁴.

³⁶¹ Sue, Arrowsmith (2010). Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*, 10, 2, 150 ; Rodriguez-Arana, Muñoz Jaime (2016). The principles of the global law of public procurement. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte*, 16, 65, 13–37.

³⁶² Звіт ДП «Прозорро» за 2020 рік. URL: <http://bit.ly/2020prozorro>

³⁶³ Capobianco, A. (2017). Public Procurement and Competition Policy; Friends or Foes? 6, URL: <http://www.learconference.com/wp-content/uploads/2017/07/CAPOBIANCO-Public-Procurement-and-Competition-Policy-Friends-or-Foes.pdf>

³⁶⁴ WTO and Government Procurement, World trade organization (2019) URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm

По-друге, свідченням ефективності закупівель є не тільки раціональне використання бюджетних коштів, але і забезпечення повною мірою суспільних потреб внаслідок реалізації таких замовлень³⁶⁵. Публічні закупівлі є необхідним та важливим елементом у реалізації соціальної функції держави та місцевого самоврядування, зокрема, будівництво та обслуговування закладів освіти, медичних закладів, громадських санітарних систем, розвиток транспортної, телекомунікаційної, енергетичної та іншої інфраструктури є неможливим без здійснення публічних закупівель. Тому викривлення вартості послуг та зниження їх якості негативно впливає на загальний добробут громадян.

По-третє, створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель веде до зменшення корупційних ризиків при здійсненні закупівель за бюджетні кошти. Корупційні загрози у цій сфері зумовлені в першу чергу тим, що споживчу силу реалізують не цільові бенефіціари таких витрат (окремі громадяни) або ті, хто надає кошти (платники податків), а публічні органи чи службовці діють від їх імені³⁶⁶. Створення конкурентного середовища та запобігання корупції пов'язується із впровадженням прозорих процедур публічних закупівель, а також із ефективним застосуванням анти-монопольного законодавства.

По-четверте, розвиток правового інституту публічних закупівель в Україні визначається підписанням Угоди про асоціацію, положення якої передбачають послідовне наближення законодавства України у сфері державних закупівель до *acquis* ЄС у сфері

³⁶⁵ Шатковський, О., Яременко, С. (2016). Про публічні закупівлі. *Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС. Коментарі до законодавства України*. URL: <https://infobox.prozorro.org/upload/files/main/980/555/zvitkomentar-122016-final-2.pdf>

³⁶⁶ Anderson, R.D., Jones, A., Kovacic, W.E. (2019). Preventing Corruption, Supplier Collusion and the Corrosion of Civic Trust: A Procompetitive Program to Improve the Effectiveness and Legitimacy of Public Procurement. *George Mason Law Review*, 26(4), 1233. URL: <https://ssrn.com/abstract=3289170>

державних закупівель³⁶⁷. Таке наближення супроводжується інституційною реформою та створенням ефективної системи державних закупівель на основі принципів, якими регулюються державні закупівлі Європейського Союзу, а також понять та визначень, встановлених в Директиві 2004/18/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 31 березня 2004 року про координацію процедур з проведення тендерів на укладення контрактів на виконання робіт, постачання товарів і надання послуг і Директиви 2004/17/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 31 березня 2004 року про координацію процедур здійснення закупівель суб'єктами, що здійснюють свою діяльність у водному, енергетичному, транспортному та поштово-вому секторах.

І, на решті, процедури публічних закупівель у сучасному світі стають інструментом державної політики, спрямованої на запобігання та ліквідацію надзвичайних ситуацій, зокрема епідемії коронавірусного захворювання. Відповідно їх нормативне регулювання повинне дозволяти державам дієво та системно підходити до питання про здійснення процедур закупівель саме у таких умовах³⁶⁸.

Правові засади здійснення публічних закупівель в Україні містяться у конституційних положеннях, хоча Основний Закон не врегульовує питання безпосередньо здійснення публічних закупівель. Його положення гарантують громадянам України право на інформацію, на участь в управлінні державними справами (ст. 38),

³⁶⁷ До прийняття закону «Про публічні закупівлі» № 922-VIII від 25.12.2015 р. правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави та територіальної громади були врегульовані законом «Про здійснення державних закупівель» № 1197-VII від 10.04.2014 року. Відповідно і в Угоді на позначення того, що на даний час розуміється під публічними закупівлями, використовується термін «державні закупівлі».

³⁶⁸ Устименко, В.А., Сошников, А.О. (2020). Публічні закупівлі як інструмент державної політики, спрямованої на запобігання та ліквідацію надзвичайних ситуацій, зокрема епідемій, на прикладі коронавірусного захворювання (COVID-19) *Економіка та право*, 4, 9.

встановлюють обов'язок держави забезпечувати захист конкуренції у підприємницькій діяльності (ст. 42) та визначають, що утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3). Крім того, забезпечення відкритості формування та реалізації стабільної та зрозумілої громадянам економічної та соціальної політики держави визнано пріоритетним завданням органів публічної влади (Указ Президента України № 683/2002 від 01.08.2002 р.).

Стосовно питання галузевої приналежності норм, які регулюють здійснення публічних закупівель, то у деяких країнах, зокрема, у Британії, регулювання публічних контрактів є частиною приватного права. Проте, навіть у такому разі, до урядових контрактів застосовуються спеціальні та додаткові правила, які не стосуються звичайних приватноправових угод та формують спеціальне адміністративне право. У країнах із окремою системою адміністративних судів норми адміністративного права щодо закупівель іноді застосовуються адміністративними судами, тоді як інші питання (наприклад, питання виконання контракту) підпадають під регулятивну дію приватного права та загальних судів. Однак, у Сполученому Королівстві питання, що стосуються публічних контрактів, розглядаються у загальних судах, як і більшість питань адміністративного права.

У інших країнах публічні закупівлі регулюються сукупностями норм, повністю відокремленими від тих, які регулюють приватні угоди. Зокрема, у Франції договори державних закупівель підлягають регулятивній дії окремого *droit administratif* (адміністративного законодавства), що регулює укладення та здійснення публічних контрактів та застосовується особливою системою адміністративних судів³⁶⁹.

³⁶⁹ Arrowsmith, S., Treumer, S., Fejø, J., Jiang, L. & Arrowsmith, S. (Ed.) (2011). Public procurement regulation: an introduction. *University of Nottingham*, 3–4. URL: <http://eprints.nottingham.ac.uk/id/eprint/1689>

В Україні тільки формується інститут правового регулювання публічних закупівель як окремий інститут особливого адміністративного права. Проте вважаємо незаперечним, що сукупність норм, які регулюють прийняття рішення про необхідність проведення закупівлі, підготовку до проведення закупівлі, а також процедуру проведення закупівлі, оскарження та контроль, є частиною публічного права. Саме на цих етапах проявляється «адміністративний метод правового регулювання»³⁷⁰, здійснюється реалізація та захист загальносоціального інтересу.

6.2. Сфера застосування законодавства про публічні закупівлі

Сфера застосування законодавства про публічні закупівлі визначається двома факторами: суб'єктами, що вступають у відповідні правовідносини, а також предметом таких відносин.

Спеціальні процедури щодо публічних закупівель застосовуються у тому випадку, коли закупівлі товарів, робіт і послуг здійснюються законодавчо визначені замовники. Зі змісту положень Закону України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015, № 922-VIII можна зробити висновок, що ними є суб'єкти, які створені державою або територіальною громадою для забезпечення потреб суспільства, у тому числі платників податків, які має забезпечити держава та які витрачають для придбання публічні фінанси. У практиці застосування закупівельного законодавства замовники умовно поділяються на «звичайних» (суб'єкти публічного адміністрування) та таких замовників, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання.

³⁷⁰ Цибульник, Н.Ю. (2018). *Адміністративно-правове забезпечення публічних закупівель в Україні* (дис. на здобуття наук ступеня канд. юр. наук, 12.00.07, с. 196). Запорізький національний університет.

Важливим напрямком реформи у сфері публічних закупівель є їх професіоналізація, тобто встановлення правила, за яким організацією та проведенням закупівель займаються особи, які мають достатній рівень знань у сфері публічних закупівель. Це надасть можливість підвищити якість та керованість процесом організації процедур закупівлі, забезпечить економію бюджетних коштів, посилить підзвітність замовників та дозволить інтегрувати функцію публічних закупівель у цілісну систему управління державними фінансами. Власне це і передбачено стратегією реформування системи публічних закупівель («дорожня карта»), затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2016 р. № 175-р. Починаючи з 1 січня 2022 року за закупівлі відповідальність нести будуть виключно уповноважені особи, які є працівниками замовника і визначені відповідальними за проведення процедур закупівлі.

Предметна сфера застосування законодавства про публічні закупівлі визначається розміром вартості предмета закупівлі або послуги, а також безпосередньо категорією товару чи послуги. Замовники на власний розсуд можуть використовувати або визначити власні методики розрахунку очікуваної вартості предмета закупівлі, проте примірна методика визначення очікуваної вартості предмета закупівлі затверджена Наказом Мінекономрозвитку від 18.02.2020 року, № 275.

Разом із тим процедури публічних закупівель не здійснюються, якщо предметом закупівлі є товари, роботи і послуги, закупівля яких становить державну таємницю відповідно до Закону України «Про державну таємницю»; товари, роботи і послуги, закупівля яких здійснюється закордонними дипломатичними установами України; фінансові послуги, що надаються у зв'язку з емісією, купівлею, продажем або передачею цінних паперів чи інших фінансових інструментів; придбання, оренда землі, будівель, іншого нерухомого майна або майнових прав на землю, будівлі та інше

нерухоме майно; товари, роботи і послуги, що закуповуються на підставі договорів між центральним органом виконавчої влади, відповідальним за формування та реалізацію державної політики у сфері національної безпеки, у воєнній сфері, сферах оборони і військового будівництва, та спеціалізованими організаціями, які здійснюють закупівлі; послуги з провадження наукової, науково-технічної діяльності, які фінансуються в порядку, визначеному законом «Про наукову і науково-технічну діяльність»; трудові договори (контракти); послуги з виготовлення і розповсюдження аудіо-візуальної продукції та реклами для здійснення передвиборної агітації; товари і послуги, пов'язані з розробленням дизайну, виготовленням захищеного паперу, банкнот, монет і державних нагород України, їх зберіганням, транспортуванням та обліком; послуги, необхідні для здійснення державних запозичень, залучення запозичень під державні гарантії, обслуговування і погашення державного боргу, запозичень, залучених під державні гарантії; послуги, що надаються Національним банком України, закупівля яких здійснюється банками для надання ними банківських послуг та проведення банківських операцій; послуги фінансових установ щодо надання кредитів, гарантій, бланки документів, що посвідчують особу та підтверджують громадянство України, паспорти, бланки документів, що посвідчують особу та підтверджують її спеціальний статус, бланки інших документів; послуги за договорами про медичне обслуговування населення та інші.

Правила визначення замовником предмета закупівлі врегульовано Порядком визначення предмета закупівлі, затверджене наказом Мінекономіки № 708 від 15.04.2020 року.

Закупівля товарів, робіт і послуг, вартість яких не перевищує 50 тисяч гривень, вимагає дотримання принципів здійснення публічних закупівель та оприлюднення в електронній системі закупівель звіту про договір про закупівлю. Разом із тим, використання електронної системи закупівель є можливою також у випадку

здійснення закупівель, вартість яких є меншою за 50 тисяч гривень, а також суб'єктом підприємницької діяльності, що не є замовником в розумінні закону «Про публічні закупівлі» на будь-яку суму. Такі закупівлі називаються «допорогові закупівлі», вони застосовуються за бажанням замовника як альтернатива звіту про договір про закупівлю, укладеному без використання електронної системи. Порядок здійснення «допорогових закупівель» врегульовано наказом ДП «Прозорро» № 11 від 20.03.2019 р.

6.3. Принципи публічних закупівель

Наукова увага до питання принципів публічних закупівель останнім часом зростає³⁷¹. Проте їх значення є вагомим не тільки для правильного розуміння змісту норм, але безпосередньо для правозастосування: вони застосовуються судами при винесенні рішень у справах³⁷².

У відповідності до положень закону «Про публічні закупівлі» вони здійснюються за такими принципами:

- 1) добросовісна конкуренція серед учасників;
- 2) максимальна економія, ефективність та пропорційність;
- 3) відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель;
- 4) недискримінація учасників та рівне ставлення до них;
- 5) об'єктивне та неупереджене визначення переможця процедури закупівлі;
- 6) запобігання корупційним діям і зловживанням.

Розуміння принципу добросовісної конкуренції серед учасників публічних закупівель спирається на положення закону «Про захист

³⁷¹ Карабін, Т.О. (2021, 27–28 травня). Принципи здійснення публічних закупівель. *Закарпатські правові читання*. Матеріали XIII Міжнародної науково-практичної конференції (м. Ужгород, т. 2, 212–218). Ужгород : РІК-У.

³⁷² Справа № 902/347/20 від 20.05.2021 р.: Постанова Верховного Суду.

від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 № 236/96-ВР, який визначає, що недобросовісною конкуренцією є будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності. Тобто сутність добросовісної конкуренції проявляється у будь-яких діях у конкуренції, що не суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності. Тому і сам алгоритм проведення торгів спрямований на досягнення конкурентного середовища (винятком є переговорна процедура закупівлі, що застосовується у виняткових випадках).

З метою забезпечення принципу добросовісної конкуренції важливими є законодавче визначення аномально низьких цін тендерних пропозицій, які є меншими на 40 або більше відсотків від середньоарифметичного значення ціни тендерних пропозицій інших учасників на початковому етапі аукціону, або є меншою на 30 або більше відсотків від наступної ціни тендерної пропозиції за результатами проведеного електронного аукціону. Відповідно для необґрунтованого подання учасниками тендерних пропозицій з аномально низькими цінами законодавець встановив обов'язок учасника, який надав найбільш економічно вигідну тендерну пропозицію, що є аномально низькою, надати обґрунтування щодо цін товарів, робіт чи послуг.

Втілення принципу максимальної економії та ефективності веде до здійснення закупівель з мінімально можливими витратами і досягати максимального кінцевого результату проведення процедур. Свідченням ефективності закупівель, зрештою, є забезпечення повною мірою суспільних потреб і раціональне використання бюджетних коштів внаслідок реалізації таких замовлень³⁷³.

Реалізація принципу ефективності знаходить відображення у можливості оголошення закупівлі, у якій братиметься до уваги

³⁷³ Яременко, С., Шатковський, О. (2016). Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС. *Коментарі до законодавства України про державні закупівлі*. URL: <http://www.mvk.if.ua/uploads/files/dz210415-5.pdf>

не тільки ціна пропозиції, але й інші фактори (зокрема, гарантійний період, споживання енергії, технічне обслуговування, утилізація товару тощо). Для таких закупівель визначаються додаткові (нецінові) критерії оцінки пропозиції, які мають суттєве значення, тому законодавчо врегульовується вартість життєвого циклу (ч. 1 ст. 1 закону «Про публічні закупівлі»), як сукупності 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 може виступати як самостійний критерій оцінки пропозицій, так і в сукупності з іншим критерієм – ціною.

Принцип пропорційності є загальним принципом права, що спрямований на забезпечення балансу приватних і публічних інтересів, відповідно до якого цілі обмежень прав мають бути істотними, а засоби їх досягнення обґрунтованими і мінімально обтяжливими для осіб, чії права обмежують. Він також ставить вимогу, щоб право однієї особи було урівноважене з іншими визнаними правами та інтересами.

Принцип відкритості та прозорості проведення публічних закупівель передбачає відкритість і прозорість інформації в сфері закупівель, вільний і безоплатний доступ до такої інформації, а також повноту та достовірність відповідної інформації³⁷⁴.

У дослідженнях можна знайти припущення, що принцип прозорості у публічних закупівлях насправді можна структурувати на чотири окремі аспекти³⁷⁵:

³⁷⁴ Бондаренко, В.А., Пустова, Н.О. (2016). Характеристика принципів адміністративних процедур публічних закупівель. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*, 4, 154.

³⁷⁵ Arrowsmith S., Linarelli, J. and Wallace, D. (2000). *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives* (с. 72–73). London : Kluwer Law International.

- 1) публічність можливих умов контракту;
- 2) публічність правил, що регулюють кожен етап процедури (передбачає як оприлюднення загальних регуляторних правил, так і висвітлення постачальникам конкретних правил, встановлених для конкретної закупівлі);
- 3) принцип прийняття рішень, що ґрунтується на правилах, що обмежує розсуд замовників або посадових осіб;
- 4) можливість перевірки того, що правила були дотримані, та забезпечення їх виконання там, де вони не дотримані.

Положення українського законодавства передбачають вільний доступ усіх учасників до інформації про закупівлю. В Україні діє веб-портал Уповноваженого органу з питань закупівель (Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України), який є онлайн-сервісом для створення, зберігання, оприлюднення всієї інформації про закупівлі, проведення електронного аукціону, автоматичного обміну інформацією і документами та користування сервісами з автоматичним обміном інформацією, доступ до якого здійснюється за допомогою мережі Інтернет. Таким веб-порталом з питань закупівель визначена інформаційно-телекомунікаційна система «PROZORRO» за адресою в мережі Інтернет: www.prozorro.gov.ua (Наказ Мінеконом, торгівлі та сг. «Про веб-портал Уповноваженого органу з питань закупівель» від 07.04.2020 № 648). Вимоги до функціонування електронної системи закупівель врегульовано Порядком функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків, затвердженій Постановою Кабінету Міністрів України № 166 від 24.02.2016 року.

Відповідно до ч. 6 статті 10 закону «Про публічні послуги» доступ до інформації, оприлюдненої в електронній системі закупівель, є безоплатним та вільним. Інформацію про закупівлю розміщують в електронній системі закупівель через авторизовані електронні майданчики.

Принцип недискримінації учасників та рівного ставлення до них означає заборону необґрунтованого відмінного ставлення, що

виражено у встановленні розрізень, винятків, обмежень чи переваг до учасників закупівель, які знаходяться в однаковій ситуації. Законодавчо закріплено, що електронна система закупівель повинна бути загальнодоступною та гарантувати недискримінацію, рівні права під час реєстрації всім заінтересованим особам та рівний доступ до інформації всім особам. Замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників. Учасники (резиденти та нерезиденти) всіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівель та спрощених закупівлях на рівних умовах.

Принцип об'єктивного та неупередженого визначення переможця процедури закупівлі чи спрощеної закупівлі полягає в ретельному та повному розгляді пропозицій учасників закупівель за законодавчими вимогами. Процедура розгляду конкурсної пропозиції має на меті унеможливити відхилення пропозиції учасника з будь-яких суб'єктивних причин, не пов'язаних зі здійсненням закупівлі.

Принцип запобігання корупційним діям і зловживанням у зарубіжній літературі називається принципом добросовісності³⁷⁶. Він означає, перш за все, що закупівлі мають проводитися без будь-якого впливу корупції³⁷⁷, та стверджується, що корупція є більшою проблемою у закупівлях державного сектору, ніж закупівлях у приватному секторі, через такі фактори, як низька заробітна плата службовців та структура урядів³⁷⁸.

³⁷⁶ Burton, R.A. (2005). *Improving Integrity in Public Procurement: The Role of Transparency and Accountability*. Chapter 2 in *Fighting corruption and promoting integrity in public procurement* (p. 25). Paris : OECD Publishing.

³⁷⁷ Gnoffo, S. (2021). A dynamic performance management approach to frame corruption in public procurement: a case study. *Journal of Public Procurement*, 1, 21, 75–96. <https://doi.org/10.1108/JOPP-08-2020-0063>

³⁷⁸ Trepte, P. (2004). *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (pp. 70–74). Oxford University Press.

У вітчизняному законодавстві цей принцип забезпечується обмеженням можливості участі в процедурах закупівель юридичних осіб, відомості про яких внесено до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення, та фізичних осіб чи фізичних осіб-підприємців, а також службових чи посадових учасників, уповноважених представляти інтереси цих учасників під час проведення процедури закупівлі, яких було притягнуто згідно із законом до відповідальності за вчинення корупційного правопорушення або правопорушення, пов'язаного з корупцією. Крім того, визначення або призначення уповноваженої особи не повинно створювати конфлікт між інтересами замовника та учасника чи між інтересами учасників процедури закупівлі, наявність якого може вплинути на об'єктивність і неупередженість ухвалення рішень. Також забороняється зловживання правами, у тому числі правом на оскарження рішень, дії чи бездіяльності замовника.

Проте, процедура публічних закупівель не позбавлена окремих корупційних ризиків³⁷⁹. Зокрема, низка дискреційних повноважень під час планування закупівель, формування тендерної документації, розгляду тендерних пропозицій може створити умови для поширення корупційних практик, оскільки саме замовник достовірно може визначити потребу в окремих товарах, деталізувати технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі, визначити вимоги до постачальників, а також умови договору.

Проте визначення принципів публічних закупівель не може обмежуватися лише положеннями вітчизняного законодавства, вони мають відображати сучасні базові необхідні вимоги, яким має відповідати чинне нормативне регулювання. Зокрема, Міжнародна організація зі стандартизації розробила керівництво щодо

³⁷⁹ Типові корупційні ризики у публічних закупівлях. Стратегічний аналіз Національного агентства із запобігання корупції. URL: <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2021/03/Typovi-koruptsijni-ryzyky-v-publichnyh-zakupivlyah-1.pdf>

запровадження сталих закупівель ISO 2 0400, де сталі закупівлі визначаються як закупівлі необхідних товарів, робіт і послуг таким чином, щоб це давало користь не лише організації, яка закуповує, але і суспільству в цілому, при цьому одним із принципів сталих закупівель визначено повагу до прав людини та етичну поведінку³⁸⁰. Термін «сталі закупівлі» у Типовому законі Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) щодо закупівель 2011 р., позначає довгостроковий підхід до закупівельної політики, що відображається у розгляді всеосяжного впливу закупівель на суспільство та навколишнє середовище. Тому цей термін також використовується як парасольковий для проведення соціальної, економічної та екологічної політики шляхом закупівель, передбачаючи такі фактори як умови працевлаштування, соціальна інклюзія, антидискримінація, права людини, дитяча праця, експлуатація праці, та екологія³⁸¹.

6.4. Процедура закупівель

Процедура оприлюднення інформації про публічні закупівлі на веб-порталі Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України у складі електронної системи закупівель, подання інформації, документів, звернень тощо крім закону «Про публічні закупівлі» регулюється також Порядком розміщення інформації про публічні закупівлі, затвердженим наказом Мінекономіки від 11.06.2020, № 10821.

³⁸⁰ Малолітнева, В. (2020). Особливості правового регулювання соціально відповідальних публічних закупівель для просування поваги та захисту прав людини у сфері бізнесу *Підприємство, господарство і право*, 10, 45.

³⁸¹ Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement. United Nations Commission on International Trade Law. URL: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/Guide-Enactment-Model-Law-Public-Procurement-e.pdf>

Замовник самостійно та безоплатно через авторизовані електронні майданчики оприлюднює в електронній системі закупівель³⁸² оголошення про проведення конкурентних процедур закупівель, тендерну документацію та проект договору про закупівлю, протокол кваліфікаційного відбору та протокол розгляду тендерних пропозицій, повідомлення про намір укласти договір про закупівлю, договір про закупівлю та всі додатки до нього, а також інші документи. Ця ж інформація може додатково оприлюднюватися замовником в інших засобах масової інформації, на веб-сайті замовника або на веб-сайтах відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Тендер (спрощена закупівля) не може проводитися до і без оприлюднення оголошення про проведення конкурентної процедури закупівлі в електронній системі закупівель.

Закупівлі можуть здійснюватися шляхом застосування однієї з таких процедур:

1) відкриті торги (є основною процедурою закупівлі та проводяться для здійснення закупівель від 200 тис. грн на товари і послуги, від 1,5 млн грн на роботи);

2) торги з обмеженою участю (нова процедура закупівель, що почала впроваджуватися з 19.10.2020 року та використовується тоді, коли замовнику необхідно провести попередній кваліфікаційний відбір учасників, а очікувана вартість закупівлі перевищує суму, еквівалентну: для товарів і послуг – 133 тис. євро, для робіт – 5150 тис. євро);

3) конкурентний діалог (проводиться коли неможливо визначити необхідні технічних або якісні характеристики товарів або послуг, а також тоді, коли предметом закупівлі є консультаційні, юридичні послуги, розробка інформаційних систем, програмних продуктів, використання нових інноваційних технологій тощо);

³⁸² Офіційний портал, на якому оприлюднюється інформація про публічні закупівлі. URL: <http://prozorro.gov.ua>

4) спрощені закупівлі (застосовуються при придбанні замовником товарів, робіт і послуг, вартість яких дорівнює або перевищує 50 тисяч гривень за одним предметом закупівлі на рік та не перевищує 200 тис. грн на товари і послуги та 1,5 млн грн на роботи).

Публічні закупівлі також можуть здійснюватися на основі рамкових угод – правочинів, які укладається замовниками з кількома учасниками процедури закупівлі з метою визначення основних умов закупівлі для укладення відповідних договорів про закупівлю протягом строку дії рамкової угоди (не більше 4 років). Перевагою укладення рамкових угод є стабільність партнерів для довгострокової співпраці та економія часу. Рамкові угоди можна застосовувати до будь-яких товарів та послуг (але не робіт). Порядок укладення рамкових угод та здійснення закупівель на їх основі врегульовується статтею 15 закону «Про публічні послуги» та наказом Мінекономрозвитку України «Про затвердження Особливостей закупівель за рамковими угодами та їх укладення» від 15.09.2017. № 1372.

Загальна кількість рамкових угод поки є незначною, що свідчить про те, що цей інститут перебуває на стадії становлення. Проте визначається їх очевидна ефективність через зменшення навантаження на електронну систему закупівель завдяки оптовій закупівлі на декілька років уперед, стандартизацію процедур, що вестиме до зниження ризиків випадкових помилок, та зосередження всього судового розгляду в єдиному господарському суді першої інстанції в разі розбіжностей поглядів стосовно дотримання законодавства процедурами проведення публічних закупівель³⁸³.

Підстави для відмови в участі у процедурі закупівлі визначені статтею 17 закону «Про публічні закупівлі». Так, законом передбачені два види підстав відмови: одні ведуть до можливості відмови

³⁸³ Швидка, Т., Ушаков, А. (2021). Рамкова угода як крок до централізованих публічних закупівель. *Підприємство, господарство і право*, 6, 83.

в участі учасника у процедурі закупівлі, інші ж мають наслідком однозначну заборону участі. Так, замовник може прийняти рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та може відхилити тендерну пропозицію учасника, якщо учасник процедури закупівлі не виконав свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю з цим самим замовником.

Проте однозначне рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі приймає замовник, якщо:

- замовник має незаперечні докази того, що учасник процедури пропонує, дає або погоджується дати прямо чи опосередковано будь-якій службовій (посадовій) особі замовника, іншого державного органу винагороду в будь-якій формі з метою вплинути на прийняття рішення щодо визначення переможця процедури закупівлі;

- відомості про юридичну особу, яка є учасником процедури закупівлі, внесено до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення;

- фізичну особу, яка є учасником, було притягнуто згідно із законом до відповідальності за вчинення корупційного правопорушення або правопорушення, пов'язаного з корупцією;

- суб'єкт господарювання (учасник) протягом останніх трьох років притягувався до відповідальності за порушення, у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів тендерів;

- фізична особа, яка є учасником процедури закупівлі, була засуджена за кримінальне правопорушення, вчинене з корисливих мотивів;

- службова (посадова) особа учасника процедури закупівлі, яка підписала тендерну пропозицію, була засуджена за кримінальне правопорушення, вчинене з корисливих мотивів (зокрема, пов'язане з хабарництвом, шахрайством та відмиванням коштів);

– учасник процедури закупівлі визнаний у встановленому законом порядку банкрутом та стосовно нього відкрита ліквідаційна процедура та інші, передбачені законом.

6.5. Оскарження та контроль

Оскарження є важливим етапом процедури публічних закупівель, що спрямоване на захист учасниками своїх прав та на підвищення якості проведення процедури закупівель замовниками. Порядок оскарження врегульований статтею 18 закону «Про публічні закупівлі» та постановою Кабінету Міністрів України «Про встановлення розміру плати за подання скарги та затвердження Порядку здійснення плати за подання скарги до органу оскарження через електронну систему закупівель та її повернення суб'єкту оскарження» № 292 від 22.04.2020 року. Проте закон прямо встановив заборону зловживання правами, у тому числі правом на оскарження рішень, дії чи бездіяльності замовника.

Органом оскарження у даних категоріях справ є Антимонопольний комітет України, його участь у захисті прав настільки вагома, що його також називають «своєрідним судовим органом»³⁸⁴ щодо проведення торгів. Скарга до органу подається у формі електронного документа через електронну систему закупівель; за подання скарги справляється плата також через електронну систему закупівель. Плата за скаргу встановлена диференційовано в залежності від очікуваної вартості предмета закупівлі та підстави, яка оскаржується, зокрема умов процедури закупівлі або рішення або дії замовника.

³⁸⁴ Фаїзов, А.В. (2018). Організаційно-правові основи функціонування системи публічних закупівель в Україні. *Економіка та управління національним господарством*, IV(72), 31.

За результатами розгляду скарги орган оскарження має право прийняти таких рішення:

1) про встановлення або відсутність порушень процедури закупівлі;

2) про заходи, які зобов'язаний здійснити замовник, щоб усунути порушення. До таких заходів відносяться повністю або частково скасування своїх рішень замовником, надання необхідних документів, роз'яснень, усунення будь-яких дискримінаційних умов, приведення тендерної документації у відповідність із вимогами законодавства або за неможливості виправити допущені порушення відмінити процедуру закупівлі. Варто відмітити, що Антимонопольний комітет не має повноважень визначати переможця, такі повноваження має тільки замовник закупівлі.

Рішення за результатами розгляду скарги оприлюднюється в системі Prozorro і надсилається скаржнику та замовнику і набирає чинності з дня прийняття та є обов'язковим для усіх осіб, яких воно стосується. Зведені відомості про рішення органів АМК про визнання вчинення суб'єктами господарювання порушень законодавства у вигляді спотворення результатів торгів (тендерів) та накладення штрафу відображаються на сайті комітету³⁸⁵. Крім того, найбільш поширені порушення замовників і учасників торгів, які призводять до збільшення кількості скарг, «затягування» процедур закупівель та їх відміни проаналізовані Антимонопольним комітетом України та оприлюднений³⁸⁶.

Стосовно питань судового оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів виконавчої влади або місцевого самоврядування у закупівельній процедурі, то напрацьована судова практика

³⁸⁵ URL: <https://amcu.gov.ua/napryami/oskarzhennya-publichnih-zakupivel/zvedeni-vi-domosti-shchodo-spotvorennya-rezultativ-torgiv>

³⁸⁶ Узагальнена практика Колегії АМКУ: типові причини оскарження закупівель. Офіційний сайт АМК. URL: <https://amcu.gov.ua/news/uzagalnena-praktika-kolegiyi-amku-tipovi-prichini-oskarzhennya-zakupivel>

визначає що «...орган виконавчої влади або місцевого самоврядування у відносинах щодо організації та порядку проведення торгів (тендеру) діє як суб'єкт владних повноважень і спори щодо оскарження рішень чи бездіяльності цих органів до виникнення договірних правовідносин між організатором та переможцем цього тендеру відносяться до юрисдикції адміністративних судів. Проте після укладення договору між організатором конкурсу та його переможцем спір щодо правомірності рішення тендерного комітету підлягає розгляду в порядку цивільного (господарського) судочинства, оскільки фактично зачіпає майнові інтереси переможця торгів»³⁸⁷. Тобто, усі правовідносини до виникнення договірних між організатором та переможцем конкурсу виходячи із їх суті є публічно-правовими та належать до юрисдикції адміністративних судів.

Загальна кількість судових справ з оскарження процедур закупівель є відносно невеликою: за офіційними даними Антимонопольного комітету, кількість оскаржень рішень у судових органах не перевищує 5% від загальної кількості рішень, а суди часто відмовляють у задоволенні позовів із процесуальних підстав, не торкаючись суті спору³⁸⁸.

Контроль у сфері публічних закупівель проводиться на всіх стадіях процедури з метою запобігання порушенням законодавства та притягнення до відповідальності порушників. До суб'єктів контрольної діяльності віднесено Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України, Державну аудиторську службу України, Державну казначейську службу України, Рахункову палату, Антимонопольний комітет України, банки, громадян і громадські організації та їх спілки. Статистичні дані здійснення

³⁸⁷ Справа № 918/843/17 від 14.05.2019.

³⁸⁸ Гадзаман, О.І., Оверко, Х.Я. (2020). «Порядок оскарження публічних закупівель в Україні», *Прикарпатський юридичний вісник*, 5(34), 59.

контрольної діяльності щодо публічних закупівель є висвітленими і проаналізованими³⁸⁹.

Контроль у сфері закупівель може проводитися у таких формах: моніторинг, перевірка закупівель, інспектування (ревізія) та аудит. Порядок здійснення моніторингу врегульовано статтею 8 закону «Про публічні закупівлі». Перевірка, інспектування проводяться у відповідності до положень закону «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» та Порядку проведення перевірок закупівель Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами, (Постанова Кабінету Міністрів України № 631 від 1.08.2013 р.), а також Порядку проведення інспектування Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами (Постанова Кабінету Міністрів України № 550 від 20 квітня 2006 р.).

Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю (Державна аудиторська служба України) проводить моніторинг процедури закупівлі (аналіз дотримання замовником законодавства під час проведення процедури закупівлі, укладення договору про закупівлю та протягом його дії з метою запобігання порушенням законодавства у сфері публічних закупівель) та контроль дотримання законодавства у сфері закупівель.

Повідомлення про прийняття рішення про початок моніторингу процедури закупівлі орган державного фінансового контролю оприлюднює в електронній системі закупівель протягом двох робочих днів з дня прийняття такого рішення, а сам строк здійснення моніторингу процедури закупівлі не може перевищувати 15 робочих днів з наступного робочого дня від дати оприлюднення повідомлення про початок моніторингу процедури закупівлі в електронній

³⁸⁹ Русін, В.М. (2020). Контроль у сфері публічних закупівель. *Ефективна економіка*, 12. URL: <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=8454>; DOI: 10.32702/2307-2105-2020.12.110.

системі закупівель. У висновку контролюючого органу повинно бути конкретизовано, яких саме заходів має вжити замовник та визначено способи усунення виявлених під час моніторингу порушень³⁹⁰.

Законодавство надає право на оскарження висновку моніторингу саме замовнику, а не учаснику процедури закупівлі, або її переможцеві, або ж контрагенту за договором. На такій позиції стоїть і суд³⁹¹.

На даний час органом оскарження є Антимонопольний комітет України. За законом ним утворюються Комісії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, які ухвалюють рішення від імені Антимонопольного комітету України. Наразі Комісії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель не утворені, а відбуваються процедури призначення уповноважених з розгляду скарг.

Крім державного контролю, у сфері публічних закупівель здійснюється громадський контроль. Він забезпечується через вільний доступ до всієї інформації щодо публічних закупівель, яка підлягає оприлюдненню, а також шляхом інформування через електронну систему закупівель або письмово органи, що уповноважені здійснювати контроль, про виявлені ознаки порушень законодавства у сфері публічних закупівель. Громадський контроль також здійснюється також у системі DOZORRO (<https://dozorro.org/>). Це платформа, де кожен учасник системи (постачальник, замовник, контролюючий орган, громадянин) може отримати зворотній зв'язок із державним замовником чи постачальником, обговорити та оцінити умови конкретної закупівлі, проаналізувати закупівлі окремого державного органу чи установи, підготувати та подати офіційне звернення до контролюючих органів та інші питання.

³⁹⁰ Справа № 640/467/19 від 05.03. 2020.

³⁹¹ Справа № 540/686/19.

Висновки

Законодавство щодо публічних закупівель, яке стрімко розвивається у нашій державі, спрямоване на вирішення декількох завдань: 1) запровадження раціонального та економічно ефективного здійснення закупівель за публічні кошти; 2) забезпечення повною мірою суспільних потреб внаслідок реалізації таких замовлень; 3) запобігання корупційним проявам при здійсненні закупівель та зниження корупційних ризиків; 4) наближення законодавства України у сфері публічних закупівель до *acquis* ЄС; 5) ефективного запобігання та ліквідації надзвичайних ситуацій, зокрема епідемії коронавірусного захворювання.

В Україні тільки формується інститут правового регулювання публічних закупівель як окремий інститут особливого адміністративного права. Проте вважаємо незаперечним, що сукупність норм, які регулюють прийняття рішення про необхідність проведення закупівлі, підготовку до проведення закупівлі, а також процедуру проведення закупівлі, оскарження та контроль, є частиною публічного права. Це підтверджується тим, зокрема, що суб'єктами, які вступають у відповідні правовідносини (замовниками) є суб'єкти, які створені державою або територіальною громадою для забезпечення потреб суспільства, у тому числі платників податків, які має забезпечити держава та які витрачають для придбання публічні фінанси. Процедура закупівель та підстави для відмови в участі у процедурі закупівлі імперативно регламентована Законом «Про публічні закупівлі», методика визначення очікуваної вартості предмета закупівлі затверджена Наказом Мінекономрозвитку, правила визначення замовником предмета закупівлі врегульовано Порядком визначення предмета закупівлі, затверджене наказом Мінекономіки. Оскарження дій та рішень у процедурах публічних закупівель може здійснюватися як у адміністративному, так і судовому порядку. Органом адміністративного оскарження у даних категоріях справ

є Антимонопольний комітет України, а органом судового оскарження – адміністративний суд.

Важливим питанням, що потребує подальших досліджень та напрацювань, є питання принципів публічних закупівель. Їх визначення не може обмежуватися лише положеннями вітчизняного законодавства, вони мають відображати сучасні базові необхідні вимоги, яким має відповідати чинне нормативне регулювання, включаючи сталий розвиток. Тому саме у цьому напрямі повинен бути зосереджений науковий пошук та розвідки.

РОЗДІЛ 7

Шляхи розвитку медичної галузі в умовах проведення медичної реформи

Вступ

7.1. Сучасні підходи до реформування механізмів управління здоров'ям

7.2. Нова модель фінансування системи охорони здоров'я в умовах реформи

7.3. Реформа первинної медичної допомоги

7.4. Реформа вторинної та третинної медичної допомоги

7.5. Механізм внесення медичних записів, записів про направлення та рецептів на лікарські засоби до Реєстру медичних записів

7.6. Реформування фармацевтичного сектору в умовах проведення медичної реформи

7.7. Програма реімбурсації лікарських засобів «Доступні ліки» в системі державних гарантій медичного обслуговування населення

7.8. Державне регулювання відпуску медичних препаратів у зарубіжних країнах

Висновки

Вступ

В умовах сучасного розвитку українського суспільства надзвичайної актуальності набуває проблема правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я. Її актуальність значно посилюється в умовах проведення медичної реформи, а саме трансформації первинної ланки, оптимізації мережі медичних закладів, запровадження електронної системи охорони здоров'я

та реформування системи екстреної медичної допомоги. На жаль, доводиться констатувати, що сучасне правове регулювання медичних відносин в Україні не достатньою мірою враховує конкретні аспекти медичної діяльності не забезпечує якісний лікувальний процес та не дає можливості медичним працівникам та пацієнтам ефективно реалізувати свої права і обов'язки.

7.1. Сучасні підходи до реформування механізмів управління здоров'ям

Особливої гостроти вказана проблема набуває на сучасному етапі трансформації системи охорони здоров'я, який стосується правового регулювання діяльності постачальників вторинної та третинної медичної допомоги, автономізації всіх закладів охорони здоров'я, утворення госпітальних округів та запровадження гарантованого державою пакету медичних послуг. Всі ці питання потребують детального правового унормування.

З розвитком суспільства та появою нових знань медичне мислення кардинально змінювалося. У XVIII столітті воно було класифікаторським, а методом медичного теоретизування була нозографія. Центральним об'єктом вивчення була хвороба. Її потрібно було класифікувати. Таким чином хвороба абстрагувалася від людини, найбільш прийнятним середовищем для її вивчення була сім'я. Коли класифікаторська форма мислення не змогла впоратися із феноменом епідемічних захворювань з'явилася необхідність у статистичному підході. Клініка стала галуззю наукового знання, що формується на основі методу безпосереднього спостереження за хворобою. Об'єктом вивчення стає пацієнт, тобто організм у якому присутня хвороба.

На початку XVIII століття завершується період медицини хвороб та розпочинається час медицини патологічних реакцій. Клінічна

медицина знаходить новий об'єкт – людський індивід. Зі становленням індустріального суспільства виникла необхідність відтворення працездатної робочої сили, що стало передумовою створення перших національних систем охорони здоров'я, які успішно функціонували у багатьох країнах, у тому числі і в колишньому СРСР до кінця ХХ сторіччя.

Слід погодитися з думкою М. Проданчука про те, що феномен функціонуючої у колишньому СРСР системи Семашка, яка при одиниці затрат на одного громадянина була ефективнішою за будь-які інші, існуючі в світі приблизно на кілька порядків, задовольняла всі верстви населення і була максимально справедливою, полягає в тому, що вона була створена і функціонувала в унікальній державі³⁹².

Державна власність, планова економіка, адміністративно-командний спосіб управління та мілітаризація держави вимагали адекватної моделі системи охорони здоров'я. Такою моделлю була військова медицина, в основі якої лежало не фінансове а ресурсне забезпечення. СРСР побудував систему охорони здоров'я, коли при відомих демографічних показниках і показниках захворюваності визначалася необхідна кількість спеціалістів лікувально-профілактичних закладів та їх оснащення. Все це забезпечувалося саме ресурсами, а не коштами. Коли у 1994 р. постало питання про фінансування медичної галузі з розрахунку на мешканця виявилося, що з бюджету на кожного мешканця виділяється стільки ж коштів у доларовому еквіваленті, скільки їх виділялося у Радянській Україні. Але при постатейному підрахунку витрат виявилося, що для того щоб закупити ту саму кількість ліків необхідно було у 2 рази більше коштів, на забезпечення енергоносіями – у 1000 разів, на капітальні видатки – у 5 разів більше коштів. Таким

³⁹² Устінов, О.В. (2013). Філософія медицини ХХІ сторіччя: українські реалії. *Український медичний часопис. Актуальні питання клінічної практики*, 1(93). URL: umj.com.ua/article/49841/filosofiya-medicini-xxi-storichchya-ukrainski-realii

чином, купівельна спроможність за різними статтями була різною, тому в цілому щоб отримати ті самі ресурси в умовах ринкової економіки необхідно було в 5 разів більше коштів³⁹³.

XXI століття сформувало нові виклики, такі як формування суспільства споживання, розвиток інформаційних технологій та агресивний вплив засобів масової інформації (ЗМІ) на свідомість і поведінку людини. В цих нових умовах підходи до охорони здоров'я, а точніше – до управління здоров'ям повинні бути кардинально іншими. Гонитва у сучасних ринкових відносинах призводить до того, що особа стає потрібна суспільству не стільки в ролі виробника робочої сили, скільки в ролі споживача. Світовий тренд – культ тіла – за сприяння ЗМІ входить у світоглядну культуру, змінюючи філософські погляди на охорону здоров'я у сучасному світі. Тому держава повинна проводити політику в галузі охорони здоров'я спрямовану не стільки на роботу з лікувально-профілактичними закладами, скільки на фінансування та популяризацію суспільних інституцій, що сприяють формуванню здорового способу життя.

У наш час відбувається перехід до комерційного західного варіанту медицини. У чому його суть? На наш погляд, до початку епідемії коронавірусної хвороби відбувався процес індивідуалізації хвороби – особа сама ставала підприємцем свого здоров'я (спосіб життя, харчування, спорт та ін.) Перебувати в лікарні стаціонарно на протязі значного часу дорого для пацієнта та економічно невідгідно для лікарні. Приміром, денні хірургії – одне із важливих досягнень останнього часу, що і покращило якість медицини і зменшило видатки. Його відстоювали клініцисти, занепокоєні наслідками тривалого постільного режиму. На думку відомого канадського науковця у сфері управління медициною Г. Мінцберга, більшість

³⁹³ Устінов, О.В. (2013). Філософія медицини XXI сторіччя: українські реалії. *Український медичний часопис. Актуальні питання клінічної практики*, 1(93). URL: umj.com.ua/article/49841/filosofiya-medicini-xxi-storichchya-ukrainski-realii

значних змін в охороні здоров'я розвинулися знизу вгору та без участі експертів, які нічого не знають про охорону здоров'я³⁹⁴.

Отже, сьогодні слід вести мову не про реформу медицини, а про реформу охорони здоров'я, а точніше про реформу механізмів управління здоров'ям. В наш час проблема здоров'я – це не проблема медицини. Це проблема того, як людина управляє своїм організмом на попередніх етапах життя до періоду звернення за медичною допомогою.

У зв'язку з так званою кризою державних боргів та соціальних держав, останні не в змозі управляти медичними закладами і охороною здоров'я в цілому так, як вони це робили в радянський час, а саме через податки. Зараз коли суттєво збільшується тривалість життя і співвідношення кількості працюючих і непрацюючих осіб у бік останніх, економіка не в змозі забезпечити усіх безоплатною медичною допомогою. Що стосується системи фінансування, то чим далі збільшуватиметься середня тривалість життя тим більше система охорони здоров'я працюватиме на людей похилого віку. Чим далі тим більше медицина ставатиме капіталоемною галуззю економіки. Медицина – унікальна галузь господарювання з точки зору собівартості послуги. Якщо в інших галузях із використанням новітніх технологій собівартість послуги зменшується, то в медицині – навпаки збільшується.

У економічно розвинених країнах до початку пандемії COVID-19 лікування хвороб переважно поліпшилося. Справа в тому, що коштувало воно надзвичайно дорого, а населення здебільшого не мало змоги за це платити. Слід наголосити, що мова йшла про успіх як про покращення, а не про досконалість. У західній науковій літературі прийнято порівнювати два види надання медичної допомоги. Перший презентує охорону здоров'я 1960-х, коли у разі болю

³⁹⁴ Мінцберг, Генрі (2019). Міфи про охорону здоров'я. Як не помилитися, реформуючи медичну систему (пер. з англ. Дар'я Прокопик) (с. 34). Київ : Наш формат.

в грудях приходять до вас терапевт і забирає прями́сінько в лікарню де вами опікується купа лікарів і сестер, які зрештою відправляють вас додому із найкращими побажаннями. Таке-от було найсучасніше лікування. А в другому варіанті ніхто не приїздить – самі маєте дістатись до лікарні, почекати в залюдненій приймальні поки не потрапите до серцевої хірургії, де вам зроблять стентування і виписуть наступного дня в непоганому стані. Таке-от звичайнісіньке лікування в XXI столітті³⁹⁵.

Розробка нових технологій в медицині призводить до того, що людина живе довше, але хворіє значно дорожче. Г.Мінцберг зазначає, що поки хворі об'єднаним фронтом вимагають більше видатків, здорові діють як загальне лобі національного рівня і прагнуть менших витрат. Це погана комбінація, через неї охорона здоров'я не здужує³⁹⁶.

Пандемія COVID-19 кардинально змінила функціонування моделей систем охорони здоров'я в світі³⁹⁷. Пов'язана з цим криза, на думку Є. Харитонова, зумовила необхідність перегляду характеру стосунків людей у різних сферах життя, ставлячи під сумнів навіть такі здавалось би стійкі тренди як євроінтеграція, міжнародний розподіл праці ринків, глобалізація тощо³⁹⁸. У науковому співтоваристві через колективізацію не тільки хвороби, але й смерті згадали про біополітику – право держави управляти життям і смертю, започатковану в працях видатного французького мислителя XX століття Мішеля Фуко³⁹⁹.

³⁹⁵ Мінцберг, Генрі (2019). Міфи про охорону здоров'я. Як не помилитися, реформуючи медичну систему (пер. з англ. Дар'я Прокопик) (с. 23). Київ : Наш формат.

³⁹⁶ Там само. С. 24.

³⁹⁷ Грін, О.О. (2020). Основи медичного права. Альбом схем : навч. посіб. (с. 33). Ужгород : Вид-во ФОП Сабов А.М.

³⁹⁸ Харитонов, Є.О., Харитонова, О.І., Некіт, К.Г. (ред.) (2020). Права приватної особи в умовах пандемії COVID-19: проблеми здійснення і захисту (с. 9). Одеса : Видавничий дім «Гельветика».

³⁹⁹ Мишель, Фуко (2010). Рождение биополитики». Курс лекцій, прочитаних в Колеж де Франс в 1978–1979 учебном году (пер. с фр. А.В. Дьяков). Санкт-Петербург : Наука.

В останні роки життя незмінним об'єктом його уваги стало значення природного життя людини всередині механізмів та розрахунків влади – явище, яке він назвав біополітикою. У фіналі «Волі до істини» він надзвичайно точно резюмує зміст процесу: «На протязі тисячоліть людина залишалася тим, ким вона була для Арістотеля – твариною, яка живе здатною крім іншого до політичного існування; сучасна ж людина – це тварина, в політиці якої її життя як існуючої істоти ставиться під питання»⁴⁰⁰. Процеси суб'єктивізації, які наполегливо досліджував М. Фуко, на його думку, призводять індивіда до об'єктивізації власного Я та формуванню себе як суб'єкта, який віддає себе в той самий час під владу зовнішнього контролю⁴⁰¹. На думку Д. Агамбена, М. Фуко у своїх роботах не пояснив того, що здавалось йому простором сучасної біополітики – політика великих тоталітарних держав ХХ століття⁴⁰². Зазначені думки дають нам змогу зробити висновок, що в умовах епідемії COVID-19, медицина стає державним благом, а не комерційною послугою; здоров'я – не власна справа, а державна політика (вдягнуті маски, обмежене пересування і т. п.).

У сучасних умовах коронавірусної інфекції значно посилюються функції публічного адміністрування сферою охорони здоров'я в Україні. На думку В. Логвиненка, специфіка конкретної моделі публічного адміністрування сферою охорони здоров'я може визначатися за допомогою трьох складників: 1) типу організації (форми) національної системи охорони здоров'я; 2) методу адміністрування (управлінського впливу) сферою охорони здоров'я; 3) джерел фінансування національної системи охорони здоров'я⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Фуко, Мишель (1996). *Воля к истине: по ту сторону знания власти и сексуальности. Работы разных лет* (с. 247). Москва : Касталь.

⁴⁰¹ Фуко, Мишель (2010). *Рождение биополитики*. Курс лекций, прочитанных в Колеж де Франс в 1978–1979 учебном году (пер. с фр. А.В. Дьяков). Санкт-Петербург : Наука.

⁴⁰² Агамбен, Джорджо (2011). *Ното sacer. Суверенная власть и голая жизнь* (с. 152). Москва : Издательство Европа.

⁴⁰³ Логвиненко, Б. (2017), «Основні функції публічного адміністрування сферою охорони здоров'я в Україні». *Національний юридичний журнал : теорія і практика*, 6, 2, 56.

Саме на сучасній реформі фінансування системи охорони здоров'я, частково зупиненій епідемією коронавірусу слід зупинитися докладно.

7.2. Нова модель фінансування системи охорони здоров'я в умовах реформи

Медична реформа в Україні передбачає наступні цілі: 1) забезпечення державних гарантій надання медичних послуг відповідно до видів медичної допомоги; 2) забезпечення пацієнтів лікарськими засобами; 3) впровадження електронної системи охорони здоров'я; 4) безперервне покращення якості медичної допомоги; 5) розвиток ефективної та доступної мережі закладів охорони здоров'я⁴⁰⁴. В її основі – державний гарантований пакет медичної допомоги. Це прозоро визначений обсяг первинної, вторинної (спеціалізованої), третинної (високоспеціалізованої), екстреної, паліативної медичної допомоги, медичної реабілітації, медичної допомоги дітям до 16 років та у зв'язку з вагітністю та пологами, а також лікарських засобів, право на отримання якого у разі потреби матимуть всі без винятку громадяни України. Вартість цих послуг покриватиметься системою страхування повністю або частково.

Структура державного гарантованого пакету медичної допомоги складається з таких елементів: 1) первинна медична допомога; 2) екстрена медична допомога (у тому числі у стаціонарі); 3) основні види амбулаторних послуг за направленням лікаря загальної практики – сімейного лікаря; 4) основні види стаціонарної медичної допомоги за направленням лікаря загальної практики – сімей-

⁴⁰⁴ Грін, О.О. (2020). *Основи медичного права. Альбом схем* : навч. посіб. (с. 337). Ужгород : Вид-во ФОП Сабов А.М.

ного лікаря чи лікаря-спеціаліста, включаючи лікарські засоби для стаціонарної та екстреної медичної допомоги, вартість яких відшкодовується через встановлений державою механізм оплати відповідних видів медичної допомоги; 5) амбулаторні рецептурні лікарські засоби, які внесені до національного переліку основних лікарських засобів та вартість яких відшкодовується через механізм реімбурсації.

Метою реформи фінансування охорони здоров'я є створення та запровадження нової моделі фінансування, яка передбачає чіткі та прозорі гарантії держави щодо обсягу безоплатної медичної допомоги, кращий фінансовий захист громадян у випадку хвороби, ефективний та справедливий розподіл публічних коштів та скорочення неформальних платежів, створення стимулів до поліпшення якості надання медичної допомоги населенню державними і комунальними закладами охорони здоров'я⁴⁰⁵.

Принципами нової моделі фінансування охорони здоров'я виступають:

1) фінансовий захист – недопустимість катастрофічних витрат громадян у випадку хвороби чи відмови від отримання необхідної медичної допомоги через неможливість її оплатити в момент отримання; універсальність покриття та справедливість доступу до медичної допомоги – забезпечення доступу до гарантованих державою послуг для всіх, хто їх потребує;

2) прозорість і підзвітність – недопустимість застосування корупційних схем, зрозумілість зобов'язань усіх сторін, відкритість у використанні публічних коштів; ефективність – максимально висока віддача кожної вкладеної в систему охорони здоров'я бюджетної гривні, краща якість та доступність послуг для пацієнтів, кращі умови роботи та доходи для лікарів;

⁴⁰⁵ Концепція реформи фінансування системи охорони здоров'я: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 30.11.2016 № 1013-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1013-2016-%D1%80#Text>

3) вільний вибір – можливість для пацієнта отримати допомогу в тому закладі охорони здоров'я, який найкраще задовольняє його потреби; конкуренція постачальників – залучення постачальників усіх форм власності, що створює мотивацію надавати більш якісні послуги, впроваджувати науково обґрунтовані та економічно ефективні методи роботи, забезпечувати дотримання клінічних протоколів та професійних стандартів;

4) передбачуваність обсягу коштів на медичні послуги у державному бюджеті – повноцінне стратегічне планування медичної допомоги та витрат на неї;

5) субсидіарність – встановлення повноважень щодо фінансування системи охорони здоров'я та надання медичної допомоги на якомога нижчому рівні влади, який дозволяє забезпечити відповідні доступність, належну якість та найкращу можливу економічну ефективність цієї допомоги, а також необхідні для цього ресурси⁴⁰⁶.

Завданнями медичної реформи є впровадження державного гарантованого пакета медичної допомоги, утворення єдиного національного замовника медичних послуг, створення нових можливостей для здійснення місцевою владою повноважень у сфері охорони здоров'я, автономізація постачальників медичної допомоги, запровадження принципу «гроші ходять за пацієнтом», розбудова сучасної системи управління медичною інформацією.

Держава утворила єдиного національного замовника медичних послуг, яким є Національна служба здоров'я України (НСЗУ). 27 грудня 2017 р. Кабінетом Міністрів України (КМУ) було прийнято постанову «Про утворення Національної служби здоров'я України»⁴⁰⁷. НСЗУ є центральним органом виконавчої влади, діяльність

⁴⁰⁶ Концепція реформи фінансування системи охорони здоров'я: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 30.11.2016 № 1013-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1013-2016-%D1%80#Text>

⁴⁰⁷ Про утворення Національної служби здоров'я України: Постанова Кабінету Міністрів України від 27.12.2017 № 1101. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1101-2017-%D0%BF#Text>

якого спрямовується і координується КМУ через Міністра охорони здоров'я, який реалізує державну політику у сфері державних фінансових гарантій медичного обслуговування населення.

Основними функціями Національної служби здоров'я України (НСЗУ) виступають: 1) реалізація державної політики у сфері державних фінансових гарантій медичного обслуговування населення за програмою медичних гарантій; 2) проведення моніторингу, аналізу і прогнозування потреб населення України у медичних послугах та лікарських засобах; 3) виконання функцій замовника медичних послуг та лікарських засобів за програмою медичних гарантій; 4) розроблення проекту програми медичних гарантій, внесення пропозицій щодо тарифів і коригувальних коефіцієнтів; 5) укладення, зміна та припинення договорів про медичне обслуговування населення та договорів про реімбурсацію; 6) здійснення заходів, що забезпечують цільове та ефективне використання коштів за програмою медичних гарантій, у тому числі заходів з перевірки дотримання надавачами медичних послуг вимог, встановлених порядком використання коштів програми медичних гарантій і договорами про медичне обслуговування населення; 7) отримання та обробка персональних даних та іншої інформації про пацієнтів (у тому числі інформації про стан здоров'я, діагноз, відомостей, одержаних під час медичного обстеження пацієнтів) і надавачів медичних послуг, необхідних для здійснення його повноважень, з дотриманням вимог Закону України «Про захист персональних даних»; 8) забезпечення функціонування електронної системи охорони здоров'я; 9) здійснення інших повноважень, визначених законом⁴⁰⁸.

На Національну службу здоров'я України покладаються наступні завдання: 1) реалізація державної політики у сфері державних

⁴⁰⁸ Про утворення Національної служби здоров'я України: Постанова Кабінету Міністрів України від 27.12.2017 № 1101. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1101-2017-%D0%BF#Text>

фінансових гарантій медичного обслуговування населення за програмою державних гарантій медичного обслуговування населення (програма медичних гарантій); 2) виконання функцій замовника медичних послуг та лікарських засобів за програмою медичних гарантій; 3) внесення на розгляд Міністра охорони здоров'я пропозицій щодо забезпечення формування державної політики у сфері державних фінансових гарантій медичного обслуговування населення⁴⁰⁹.

Для успішного проведення медичної реформи необхідна автономізація медичних закладів, яка передбачає перетворення державних та комунальних закладів охорони здоров'я з бюджетних установ на комунальні некомерційні підприємства, що надає менеджменту можливість вільного розпорядження фондами підприємства відповідно до плану розвитку, самостійного формування структури і штатного розпису тощо, а громаді – контроль за діяльністю закладу через наглядову раду⁴¹⁰. Основою нової моделі фінансування системи охорони здоров'я став перехід від фінансування постатейних кошторисів державних і комунальних закладів охорони здоров'я – бюджетних установ, розрахованих виходячи з необхідності утримання наявної інфраструктури цих закладів (такої як кількість ліжок, нормативи забезпечення персоналом тощо), до оплати результатів діяльності цих закладів як автономних суб'єктів господарської діяльності, тобто до оплати фактично наданої ними пацієнтам медичної допомоги. В основу закладено принцип «гроші ходять за пацієнтом»⁴¹¹. Такий самий

⁴⁰⁹ Про утворення Національної служби здоров'я України: Постанова Кабінету Міністрів України від 27.12.2017 № 1101. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1101-2017-%D0%BF#Text>

⁴¹⁰ Як організувати систему надання первинної медичної допомоги на місцевому рівні. Операційне керівництво. Київ. 2018. URL: <https://moz.gov.ua/article/reform-plan/jak-organizuvati-sistemu-nadannja-pervinnoi-medichnoi-dopomogi-na-miscevomu-rivni-operacijne-kerivnictvo-vid-moz>

⁴¹¹ Булеца, С.Б., Менджул, М.В., (ред.) (2021). *Медичне право* : підручник (с. 78). Ужгород : ТОВ «РІК-У».

принцип застосований і щодо регулювання відносин з аптеками, що виступають як постачальники призначених лікарями лікарських засобів, що входять до державного гарантованого пакета медичної допомоги.

Розбудова сучасної системи управління медичною інформацією розпочалась із постанови КМУ «Деякі питання електронної системи охорони здоров'я» від 25.04.2018 р. № 411⁴¹². Завданням електронної системи охорони здоров'я є забезпечення можливості використання пацієнтами електронних сервісів для реалізації їх прав, зокрема за програмою державних гарантій медичного обслуговування населення, автоматизація ведення обліку медичних послуг і управління медичною інформацією, запровадження електронного документообігу у сфері медичного обслуговування населення. КМУ розроблено проект розпорядження «Про схвалення Концепції розвитку електронної охорони здоров'я»⁴¹³, який визначає мету та основні напрями розвитку електронної охорони здоров'я, описує сучасний стан справ, наявні проблеми та шляхи їх розв'язання, а також очікувані результати та питання ресурсного забезпечення.

Під електронною системою охорони здоров'я (е-здоров'я, eHealth) розуміється термін, що в широкому сенсі означає використання інформаційно-комунікаційних технологій (ІКТ) для покращення стану охорони здоров'я, включаючи спосіб мислення та організації процесів в охороні здоров'я і пов'язаних сферах, що включають науку, освіту, дослідницьку діяльність; е-здоров'я включає в себе не лише ІКТ, але й такі компоненти, як органи управління, нормативно-правову базу, стандарти і контроль відповідальності,

⁴¹² Постанова Кабінету Міністрів України «Деякі питання електронної системи охорони здоров'я» від 25.04.2018 № 411. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/411-2018-%D0%BF#Text>

⁴¹³ Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції розвитку електронної охорони здоров'я: проект». URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-shvalennya-konceptsiyi-rozvitku-a1671r>

кадрові ресурси, інфраструктуру, стратегію та модель залучення інвестицій⁴¹⁴.

Метою Концепції розвитку електронної охорони здоров'я є формування політичних, організаційних, технологічних та ідеологічних умов розвитку е-здоров'я в Україні, що характеризується підвищенням якості та доступності медичних послуг, розширенням прав і можливостей пацієнтів, забезпеченням їх безперервної медичної допомоги та безпеки, підвищенням ефективності управління та використання ресурсів, високим рівнем поінформованості населення щодо питань здорового способу життя, профілактики захворювань та отримання медичної допомоги⁴¹⁵.

7.3. Реформа первинної медичної допомоги

Згідно з ч.1 ст. 35-1 Основ законодавства України про охорону здоров'я первинна медична допомога (далі – ПМД) – це медична допомога, що передбачає надання консультації, проведення діагностики та лікування найбільш поширених хвороб, травм, отруень, патологічних, фізіологічних (під час вагітності) станів, здійснення профілактичних заходів; направлення відповідно до медичних показань пацієнта, який не потребує екстреної медичної допомоги, для надання йому вторинної (спеціалізованої) або третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги; надання невідкладної медичної допомоги у разі розладу фізичного чи психічного здоров'я пацієнта, який не потребує екстреної, вторинної (спеціалізованої) або третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Булеца, С.Б., Менджул, М.В., (ред.) (2021). *Медичне право* : підручник (с. 79). Ужгород: ТОВ «РІК-У».

⁴¹⁵ Там само.

⁴¹⁶ Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19.10.1992 № 2801-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text>

Надання первинної медичної допомоги забезпечують заклади охорони здоров'я та фізичні особи – підприємці, які одержали відповідну ліцензію в установленому законом порядку.

Надання первинної медичної допомоги забезпечують заклади охорони здоров'я та фізичні особи-підприємці, які одержали відповідну ліцензію в установленому законом порядку. Первинну медичну допомогу надають лікарі загальної практики – сімейні лікарі, лікарі інших спеціальностей, визначених центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, та інші медичні працівники, які працюють під їх керівництвом.

Пацієнт має право обирати лікаря, який надає первинну медичну допомогу, відповідно до Порядку вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу, затвердженого наказом МОЗ України від 19.03.2018 № 503⁴¹⁷. Пацієнт (його законний представник) має право обрати лікаря, який надає ПМД, незалежно від зареєстрованого місця проживання такого пацієнта з числа осіб, які зазначені в договорі про медичне обслуговування населення, укладеному між відповідним надавачем ПМД та НСЗУ. Пацієнт має право обрати лікаря, який надає первинну медичну допомогу, за умови, що кількість пацієнтів, які вже обрали такого лікаря відповідно до Порядку вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу не перевищує оптимальний обсяг практики первинної медичної допомоги.

У період тимчасової відсутності лікаря, який був обраний пацієнтом у зв'язку з відпусткою чи іншими обставинами, що зумовлюють тимчасову неможливість здійснювати прийом пацієнтів лікарем, пацієнт має право на отримання медичних послуг ПМД

⁴¹⁷ Порядок вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу: Наказ МОЗ України від 19.03.2018 № 5043 URL: <https://moz.gov.ua/article/ministry-mandates/nakaz-moz-ukraini-vid-19032018--503-pro-zatverdzhennja-porjadku-nadannja-pervinnoi-medichnoi-dopomogi>

у іншого лікаря того самого надавача ПМД без подання нової Декларації.

У разі неможливості обрання лікаря пацієнт має право звернутися до НСЗУ або його територіальних органів за роз'ясненнями стосовно надавачів ПМД, та для забезпечення пацієнту можливості реалізувати його право на вибір лікаря.

Пацієнт (його законний представник) має право змінити лікаря, який надає ПМД, шляхом подання тому самому або іншому надавачу ПМД нової Декларації. Пацієнт (його законний представник) має право відмовитись від лікаря, який надає ПМД, без обрання нового лікаря шляхом подання заяви про припинення поданої ним Декларації. Одночасний вибір двох або більше лікарів, які надають ПМД, не допускається.

Наказ МОЗ України від 19.03.2018 № 504⁴¹⁸ визначає перелік послуг з ПМД та організацію їх надання, правила надання ПМД, режим роботи та графік надання ПМД, запис на прийом з метою отримання ПМД. Оптимальний обсяг практики ПМД становить: одна тисяча вісімсот осіб на одного лікаря загальної практики – сімейного лікаря; дві тисячі осіб на одного лікаря-терапевта; дев'ятсот осіб на одного лікаря-педіатра. ПМД надається під час особистого прийому пацієнта за місцем надання ПМД. Лікар з надання ПМД може прийняти рішення про надання окремих послуг ПМД за місцем проживання (перебування) пацієнта або з використанням засобів телекомунікації відповідно до режиму роботи надавача ПМД.

Первинна медична допомога надається за такими правилами:

1. ПМД надається пацієнтам відповідно до галузевих стандартів у сфері охорони здоров'я, які є обов'язковими для усіх надавачів ПМД.
2. ПМД надається безпосередньо лікарем з надання ПМД.

⁴¹⁸ Порядок надання первинної медичної допомоги: Наказ МОЗ України від 19.03.2018 № 504 URL: <https://moz.gov.ua/article/ministry-mandates/nakaz-moz-ukraini-vid-19032018-504-pro-zatverdzhennja-porjadku-nadannja-pervinnoi-medichnoi-dopomogi>

Окремі послуги з надання ПМД можуть надаватися іншими медичними працівниками, які входять до складу команди з надання ПМД, самостійно, спільно або під керівництвом лікаря з надання ПМД відповідно до рівня кваліфікації таких медичних працівників.

3. Надавач ПМД має право залучати на підставі трудового або цивільно-правового договору інших осіб для забезпечення надання ПМД. Кількість таких осіб, які залучаються, та вимоги щодо їх кваліфікації визначаються самостійно надавачем ПМД.

4. Відомості про кожен випадок надання ПМД лікар або інший медичний працівник, який входить до команди з надання ПМД, відображає в медичній документації відповідно до Міжнародної класифікації первинної допомоги (ICPC-2-E) та за необхідності – за МКХ відповідного перегляду.

5. У разі припинення діяльності надавача ПМД надавач ПМД зобов'язаний завчасно повідомити про це осіб, які належать до відповідної практики ПМД, шляхом забезпечення: розміщення відповідних відомостей у місці надання ПМД в доступному для пацієнтів місці; розміщення відповідних відомостей на веб-сайтах (веб-сторінках) відповідного надавача ПМД (за наявності); індивідуального повідомлення осіб, які належать до відповідної практики телефоном чи в інший спосіб, визначений пацієнтами.

6. У разі припинення діяльності надавача ПМД надавач ПМД зобов'язаний не пізніше ніж за два місяці повідомити про це лікарів (команди) з надання ПМД, які перебувають у трудових відносинах з таким надавачем ПМД.

7. У разі припинення діяльності надавача ПМД особи, які належать до практик такого надавача ПМД, можуть залишитися в межах цих самих практик за умови, що обрані ними лікарі вступили у трудові відносини з іншими надавачами ПМД або отримали ліцензії на провадження господарської діяльності з медичної практики як фізичні особи – підприємці.

8. У разі припинення трудових відносин із лікарем з надання ПМД, надавач ПМД зобов'язаний завчасно повідомити про це осіб, які належать до відповідної практики ПМД, шляхом забезпечення: розміщення

відповідних відомостей у місці надання ПМД в доступному для пацієнтів місці; розміщення відповідних відомостей на веб-сайтах (веб-сторінках) відповідного надавача ПМД (за наявності); індивідуального повідомлення осіб, які належать до відповідної практики телефоном чи в інший спосіб, визначений пацієнтами. 9. Надавачі ПМД, що надають послуги з ПМД за бюджетні кошти, зобов'язані не пізніше п'яти днів з дати припинення трудових відносин із лікарем з надання ПМД повідомляти про це відповідного головного розпорядника бюджетних коштів у встановлений ним спосіб⁴¹⁹.

Додаток 1 до Порядку надання первинної медичної допомоги встановлює перелік медичних послуг з ПМД до якого належать:

1. Динамічне спостереження за станом здоров'я пацієнтів із використанням фізикальних, лабораторних та інструментальних досліджень відповідно до галузевих стандартів у сфері охорони здоров'я.
2. Проведення діагностики та лікування найбільш поширених хвороб, травм, отруєнь, патологічних, фізіологічних (під час вагітності) станів.
3. Динамічне спостереження за пацієнтами із діагностованими хронічними захворюваннями (супровід пацієнтів із хронічними захворюваннями та станами), що включає комплекс діагностичних та лікувальних втручань, які передбачені галузевими стандартами.
4. Надання в межах ПМД невідкладної медичної допомоги у разі розладу фізичного чи психічного здоров'я пацієнтам, якщо такий розлад стався під час прийому пацієнта лікарем з надання ПМД та якщо пацієнт не потребує екстреної, вторинної (спеціалізованої) або третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги.
5. Направлення відповідно до медичних показань пацієнтів, які не потребують екстреної медичної допомоги, для надання їм вторинної (спеціалізованої) або третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги.
6. Взаємодія з надавачами вторинної

⁴¹⁹ Порядок надання первинної медичної допомоги: Наказ МОЗ України від 19.03.2018 № 504. URL: <https://moz.gov.ua/article/ministry-mandates/nakaz-moz-ukraini-vid-19032018-504-pro-zatverdzhennja-porjadku-nadannja-pervinnoi-medichnoi-dopomogi>

(спеціалізованої) та третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги з метою своєчасного діагностування та забезпечення лікування хвороб, травм, отруень, патологічних, фізіологічних (під час вагітності) станів з урахуванням особливостей стану здоров'я пацієнта. 7. Проведення обов'язкових медичних втручань щодо пацієнтів з наявними факторами ризику розвитку окремих захворювань. 8. Проведення профілактичних втручань, що включає: вакцинацію відповідно до вимог календаря профілактичних щеплень; підготовки та надсилання повідомлень про інфекційне захворювання, харчове, гостре професійне отруєння, незвичайну реакцію на щеплення; проведення епідеміологічних обстежень поодиноких випадків інфекційних хвороб. 9. Надання консультативної допомоги, спрямованої на усунення або зменшення звичок і поведінки, що становлять ризик для здоров'я (тютюнокуріння, вживання алкоголю, інших психоактивних речовин, нездорове харчування, недостатня фізична активність тощо) та формування навичок здорового способу життя. 10. Динамічне спостереження за неускладненою вагітністю та (у разі потреби) направлення до лікаря акушера-гінеколога закладу вторинної медичної допомоги. 11. Здійснення медичного спостереження за здоровою дитиною. 12. Надання окремих послуг паліативної допомоги пацієнтам усіх вікових категорій, що включає: регулярну оцінку стану важкохворого пацієнта та його потреб; оцінку ступеня болю та лікування больового синдрому; призначення наркотичних засобів та психотропних речовин відповідно до законодавства, включаючи оформлення рецептів для лікування больового синдрому; призначення лікування для подолання супутніх симптомів (закрепи, нудота, задуха тощо); консультування та навчання осіб, які здійснюють догляд за пацієнтом; координацію із забезпечення медичних, психологічних тощо потреб пацієнта. 13. Направлення пацієнтів відповідно до медичних показань для надання їм паліативної допомоги в обсязі, що виходить за межі ПМД. 14. Призначення лікарських засобів

та медичних виробів, технічних засобів медичної реабілітації з оформленням відповідних документів згідно з вимогами законодавства. 15. Ведення первинної облікової документації, оформлення довідок, листків непрацездатності та направлень для проходження медикосоціальної експертизи, а також лікарських свідоцтв про смерть. 16. Взаємодія з соціальними службами для пацієнтів, соціальні умови життя яких впливають на здоров'я. 17. Взаємодія із суб'єктами системи громадського здоров'я⁴²⁰.

Умови закупівлі медичних послуг визначаються у специфікації та умовах закупівлі за програмою медичних гарантій на відповідний рік. Необхідною умовою закупівлі таких послуг на 2021 рік є декларація про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу. Типова форма декларації, затверджена наказом МОЗ України «Про затвердження порядку вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та форми декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу» від 19.03.2018 № 503, складається у двох примірниках: один – для надавача медичної допомоги, а інший – для пацієнта.

Згідно з наказом МОЗ України № 503, декларація означає документ, що підтверджує волевиявлення пацієнта (його законного представника) про вибір лікаря, який надаватиме йому первинну медичну допомогу. В Операційному керівництві МОЗ України «Як організувати систему надання первинної медичної допомоги на первинному рівні»⁴²¹ під декларацією розуміється заява пацієнта (його законного представника), яка підтверджує волевиявлення пацієнта на вибір лікаря, який надаватиме йому первинну медичну допомогу.

⁴²⁰ Порядок надання первинної медичної допомоги: Наказ МОЗ України від 19.03.2018 № 504. URL: <https://moz.gov.ua/article/ministry-mandates/nakaz-moz-ukraini-vid-19032018-504-pro-zatverdzhennja-porjadku-nadannja-pervinnoi-medichnoi-dopomogi>

⁴²¹ Як організувати систему надання первинної медичної допомоги на місцевому рівні. Операційне керівництво. Київ. 2018. URL [https://moz.gov.ua/article/reform-plan/jak-organizuvati-sistemu-nadannja-pervinnoi-medichnoi-dopomogi-na-miscevomu-rivni-operacijne-kerivnictvo-vid-moz](https://moz.gov.ua/article/reform-plan/jak-organizuvati-sistemu-nadannja-pervinnoi-medichnoi-dopomogi-na-miscevomu-rivni)

На думку науковців, за правовою природою декларація про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу: 1) є заявою про вибір лікаря, а не правочином; 2) слугує виникненню нового правідношення з іншої підстави – договору про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій; 3) має подвійне юридичне значення: а) засвідчує реалізацію права на вільний вибір лікаря (хоча фізична особа ще не є пацієнтом); б) є юридичним фактом, що підтверджує виникнення у фізичної особи статусу третьої особи за договором за програмою медичних гарантій; 4) є елементом (юридичним фактом) юридичного складу, що породжує виникнення правовідносин у сфері надання медичної допомоги⁴²².

7.4. Реформа вторинної і третинної медичної допомоги

Вторинна (спеціалізована) медична допомога – це медична допомога, що надається в амбулаторних або стаціонарних умовах лікарями відповідної спеціалізації (крім лікарів загальної практики – сімейних лікарів) у плановому порядку або в екстрених випадках і передбачає надання консультації, проведення діагностики, лікування та профілактики хвороб, травм, отруень, патологічних і фізіологічних (під час вагітності та пологів) станів; направлення пацієнта відповідно до медичних показань для надання вторинної (спеціалізованої) медичної допомоги з іншої спеціалізації або третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги. Надання вторинної (спеціалізованої) медичної допомоги забезпечують заклади охорони здоров'я: в стаціонарних умовах – багатопрофільні

⁴²² Булеца, С.Б., Менджул, М.В., (ред.) (2021). *Медичне право* : підручник (с. 84). Ужгород : ТОВ «РІК-У».

лікарні інтенсивного лікування, лікарні відновного, планового лікування, хоспіси, спеціалізовані медичні центри; в амбулаторних умовах – консультативно-діагностичні підрозділи лікарень, центри з медичних консультацій та діагностики (консультативно-діагностичні центри).

Вторинну (спеціалізовану) медичну допомогу також можуть надавати лікарі, що провадять господарську діяльність з медичної практики як фізичні особи – підприємці. Лікуючим лікарем з надання вторинної (спеціалізованої) медичної допомоги є лікар закладу охорони здоров'я, де надається така допомога, або лікар, що провадить господарську діяльність з медичної практики як фізична особа – підприємець, які отримали підготовку за відповідною спеціальністю (крім спеціальності «загальна практика – сімейна медицина»). У закладах охорони здоров'я з метою забезпечення освітнього процесу вторинну (спеціалізовану) медичну допомогу можуть надавати науково-педагогічні працівники закладів вищої (післядипломної) освіти, які здійснюють підготовку кадрів у сфері охорони здоров'я, за умови, що вони мають сертифікат лікаря-спеціаліста та отримали погодження керівника закладу охорони здоров'я на надання медичної допомоги пацієнту. Такі науково-педагогічні працівники також можуть бути лікуючим лікарем з надання вторинної (спеціалізованої) медичної допомоги. Лікуючого лікаря з надання вторинної (спеціалізованої) медичної допомоги в закладі охорони здоров'я, що забезпечує надання такої допомоги, визначає керівник цього закладу або уповноважена ним на прийняття відповідних рішень особа.

Вторинна (спеціалізована) медична допомога надається безоплатно в закладах охорони здоров'я, що забезпечують надання такої допомоги, з якими головний розпорядник бюджетних коштів уклав договір про медичне обслуговування населення. Вторинна (спеціалізована) медична допомога надається відповідно до медичних показань за направленням лікуючого лікаря з надання первинної

медичної допомоги або лікуючого лікаря закладу охорони здоров'я, що забезпечує надання вторинної (спеціалізованої) чи третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги. Без направлення вторинна (спеціалізована) медична допомога відповідно до медичних показань надається безоплатно закладами охорони здоров'я, з якими укладено договори про медичне обслуговування населення, пацієнтам, які звернулися до акушера-гінеколога, стоматолога, педіатра, та пацієнтам із хронічними захворюваннями, які перебувають на диспансерному обліку в цьому закладі охорони здоров'я. Без направлення вторинна (спеціалізована) медична допомога відповідно до медичних показань також надається безоплатно в закладах охорони здоров'я, що забезпечують надання вторинної (спеціалізованої) допомоги, пацієнтам, які перебувають у невідкладному стані.

Третинна (високоспеціалізована) медична допомога – це медична допомога, що надається в амбулаторних або стаціонарних умовах у плановому порядку або в екстрених випадках і передбачає надання консультації, проведення діагностики, лікування хвороб, травм, отруєнь, патологічних станів, ведення фізіологічних станів (під час вагітності та пологів) із застосуванням високотехнологічного обладнання та/або високоспеціалізованих медичних процедур високої складності; направлення пацієнта відповідно до медичних показань для надання вторинної (спеціалізованої) медичної допомоги або третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги з іншої спеціалізації. Надання третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги здійснюється високоспеціалізованими багатопрофільними або однопрофільними закладами охорони здоров'я.

Лікуючим лікарем з надання третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги є лікар закладу охорони здоров'я, що забезпечує надання такої допомоги, який отримав підготовку за відповідною спеціальністю і має кваліфікаційну категорію не нижче першої.

З метою забезпечення освітнього процесу третинну (високоспеціалізовану) медичну допомогу можуть надавати науково-педагогічні працівники закладів вищої (післядипломної) освіти, які здійснюють підготовку кадрів у сфері охорони здоров'я, за умови, що вони мають сертифікат лікаря-спеціаліста та отримали погодження керівника закладу охорони здоров'я на надання медичної допомоги пацієнту. Такі науково-педагогічні працівники також можуть бути лікуючим лікарем з надання третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги. Лікуючого лікаря з надання третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги в закладі охорони здоров'я, що забезпечує надання такої допомоги, визначає керівник цього закладу або уповноважена ним на прийняття відповідних рішень особа.

Третинна (високоспеціалізована) медична допомога надається безоплатно в закладах охорони здоров'я, з якими укладено договори про медичне обслуговування населення. Третинна (високоспеціалізована) медична допомога надається відповідно до медичних показань за направленням лікуючого лікаря з надання первинної чи вторинної (спеціалізованої) медичної допомоги або закладу охорони здоров'я, який забезпечує надання первинної, вторинної (спеціалізованої) чи третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги, у тому числі й іншої спеціалізації. Без направлення третинна (високоспеціалізована) медична допомога надається безоплатно відповідно до медичних показань у закладах охорони здоров'я, з якими укладені договори про медичне обслуговування населення, пацієнтам із хронічними захворюваннями, які перебувають на диспансерному обліку у відповідному високоспеціалізованому багатопрофільному або однопрофільному закладі охорони здоров'я. Без направлення третинна (високоспеціалізована) медична допомога також надається безоплатно відповідно до медичних показань у закладах охорони здоров'я пацієнтам, які перебувають у невідкладному стані.

На вторинному і третинному рівнях надання медичної допомоги не передбачено вільного вибору лікаря, тому що лікуючого лікаря з надання вторинної чи третинної медичної допомоги в закладі охорони здоров'я, що забезпечує надання такої допомоги, визначає керівник цього закладу або уповноважена ним на прийняття відповідних рішень особа (ст. 35-2, ст 35-3 Основ).

У наказі МОЗ України № 586⁴²³ від 28.02.2020 (далі – Наказ № 586) передбачено, що лише через направлення пацієнта буде забезпечено медичними послугами в амбулаторних або стаціонарних умовах, медичними послугами, що надаються виїзними бригадами, проведення лабораторних, інструментальних або функціональних досліджень. Ініціатором направлення є лікар, який надає первинну медичну допомогу і про вибір якого пацієнтом подана відповідна декларація згідно із законодавством чи інший лікуючий лікар пацієнта, який ухвалює рішення про направлення.

У пункті 4 розділу 1 Порядку, затвердженого наказом МОЗ № 586 розширено спеціальності лікарів, до яких можуть звертатись пацієнти без направлення при отриманні вторинної медичної допомоги, а саме до: 1) акушера-гінеколога; 2) психіатра; 3) нарколога; 4) стоматолога; 5) педіатра; 6) втизіатра. При зверненні пацієнта за отриманням медичних послуг уповноважена особа надавача послуг повинна, зокрема, узгодити з пацієнтом вибір лікаря, іншого медичного працівника суб'єкта господарювання, який буде надавати послуги за направленням за можливості такого вибору⁴²⁴.

Направлення на отримання медичних послуг в стаціонарних умовах здійснюється за наявності таких підстав: 1) гостре

⁴²³ Про затвердження Порядку направлення пацієнтів до закладів охорони здоров'я та фізичних-осіб підприємств, які в установленому законом порядку одержали ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики та надають медичну допомогу відповідного виду: Наказ МОЗ України від 28.02.2020 № 586. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0235-20#Text>

⁴²⁴ Булеца, С.Б., Менджул, М.В., (ред.) (2021). *Медичне право* : підручник (с. 91). Ужгород : ТОВ «РІК-У».

захворювання та/або стан, травма, опіки, відмороження, отруєння, загострення хронічного захворювання, що потребує оперативного лікування або цілодобового інтенсивного лікування чи спостереження; 2) потреба в стаціонарній паліативній допомозі; 3) ускладнений перебіг вагітності та пологи; 4) проведення протирецидивного курсу лікування чи медичної реабілітації, у разі неможливості надання відповідних послуг в амбулаторних умовах; 5) необхідність у застосуванні високоспеціалізованих, високотехнологічних методів діагностики та лікування, що не можуть проводитись в амбулаторних умовах; 6) переведення пацієнта, якого госпіталізовано до одного суб'єкта господарювання, на медичне обслуговування в стаціонарних умовах до іншого суб'єкта господарювання⁴²⁵.

Алгоритм організації медичного обслуговування за направленням є таким: пацієнт (його законний представник) зобов'язаний повідомити особі, уповноваженій суб'єктом господарювання на реєстрацію звернень пацієнтів за отриманням послуг (далі – уповноважена особа), номер запису про направлення або надати запис про направлення в паперовій формі. Уповноважена особа суб'єкта господарювання повинна: 1) перевірити статус запису про направлення в системі; 2) повідомити пацієнту про наявність або відсутність можливості отримати медичне обслуговування за направленням у відповідного суб'єкта господарювання за програмою медичних гарантій; 3) узгодити з пацієнтом вибір лікаря, іншого медичного працівника суб'єкта господарювання, який буде надавати послуги за направленням за можливості такого вибору; 4) узгодити з пацієнтом дату та час, коли пацієнт може отримати послуги за направленням, крім випадків, передбачених пунктом 2 розділу III Порядку. Уповноважена особа повинна повідомити пацієнту орієнтовний строк очікування, у разі неможливості визначити дату

⁴²⁵ Булеца, С.Б., Менджул, М.В. (ред.) (2021). *Медичне право* : підручник (с. 91). Ужгород : ТОВ «РІК-У».

надання медичних послуг за направленням або якщо медична послуга може бути надана не раніше, ніж через один місяць з дати звернення.

Суб'єкт господарювання зобов'язаний повідомити пацієнта, зокрема засобами телекомунікацій, про дату та час прийому або госпіталізації в день призначення прийому, але не пізніше ніж за 3 дні до такого прийому. За одним направленням пацієнт має право очікувати на повідомлення про дату та час прийому або госпіталізації у різних суб'єктів господарювання. Проте дата та час прийому або госпіталізації за направлення можуть бути зафіксовані тільки в одного суб'єкта господарювання⁴²⁶.

7.5. Механізм внесення медичних записів, записів про направлення та рецептів на лікарські засоби до Реєстру медичних записів

Одним з напрямів реформи є створення механізму внесення медичних записів, записів про направлення та рецептів на лікарські засоби до Реєстру медичних записів. З 1 січня 2021 р. внесення медичних записів, записів про направлення та рецептів на лікарські засоби до Реєстру медичних записів відповідно до Порядку ведення Реєстру медичних записів, записів про направлення та рецептів в електронній системі охорони здоров'я⁴²⁷ є обов'язковим для всіх інших закладів охорони здоров'я та фізичних осіб-підприємців, які отримали ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики та які зобов'язані надавати

⁴²⁶ Булеца, С.Б., Менджул, М.В. (ред.) (2021). *Медичне право* : підручник (с. 92). Ужгород : ТОВ «РІК-У».

⁴²⁷ Деякі питання ведення Реєстру медичних записів, записів про направлення та рецептів в електронній системі охорони здоров'я: Наказ МОЗ України від 28.02.2020 № 587. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0236-20#Text>

пацієнтам медичну допомогу безоплатно відповідно до закону або договору.

Сукупність усіх записів про пацієнта в Реєстрі складає електронну медичну карту пацієнта. Суб'єкти господарювання зобов'язані забезпечити внесення медичних записів, записів про направлення та рецептів під час медичного обслуговування пацієнта в день надання таких послуг. Якщо медичне обслуговування здійснюється не за місцем провадження господарської діяльності з медичної практики, суб'єкти господарювання зобов'язані забезпечити внесення медичних записів, записів про направлення та рецептів не пізніше наступного робочого дня з дня надання послуги. Аптечні заклади зобов'язані забезпечити внесення до реєстру записів про реєстрацію відпуску лікарських засобів за рецептами під час відпуску таких лікарських засобів. На прохання пацієнта або його законного представника медичних працівників з правом доступу до відповідних даних у системі повинен надати йому витяг з Реєстру з дотриманням вимог Закону України «Про захист персональних даних». Таке прохання повинно бути оформлено як запит щодо доступу до персональних даних та відповідати вимогам ст. 16 вказаного Закону⁴²⁸.

Виникає питання, хто має право на ознайомлення із записами в Реєстрі? Вказане право має: пацієнт (його законний представник) щодо записів про себе (про пацієнта, законним представником якого він є); лікар первинної медичної допомоги (ПМД) та інші лікарі за його направленням у межах, необхідних для надання медичних послуг такими лікарями; медичні працівники під час надання ними медичної допомоги пацієнту та не більше трьох місяців з дати закінчення надання такої допомоги; особи, яким пацієнт надав згоду на доступ до його даних у Реєстрі; особа, яка наклала свій кваліфікований електронний підпис на відповідний

⁴²⁸ Булеца, С.Б., Менджул, М.В., (ред.) (2021). *Медичне право* : підручник (с. 93). Ужгород : ТОВ «РІК-У».

запис (автор запису); уповноважені працівники НСЗУ, на яких покладено обов'язки щодо забезпечення захисту персональних даних, виключно для реалізації визначених законом повноважень; уповноважена особа суб'єкта господарювання, до якого пацієнт звернувся за направленням, в частині інформації, яка потрібна для запису пацієнта на прийом; уповноважена особа аптечного закладу, яка здійснює реєстрацію відпуску лікарського засобу за рецептом до відомостей про такий рецепт⁴²⁹.

У величезному масиві інформації про пацієнта необхідно виділити інформацію, яка належить до зведеної. До неї належить інформація про: прізвище, ім'я, по батькові, вік, стать пацієнта; прізвище, ім'я, по батькові лікаря ПМД, його контактні дані; прізвище, ім'я, по батькові довіреної особи пацієнта для повідомлення у разі настання екстреного випадку з пацієнтом та її контактний номер телефону; вакцинацію (щеплення, імунізацію); алергії та непереносимість лікарських засобів; групу крові, резус-фактор, проведені переливання крові; проведені хірургічні втручання; наявність імплантів та здійснення протезування; наявність вагітності; ризик-фактори (ризик тромбоемболії, кровотечі, серцево-судинних захворювань тощо); вживання лікарських засобів на постійній основі (кортикостероїди, антикоагулянти тощо); інформація про діагнози за всіма відкритими епізодами медичної допомоги; такі захворювання: діабет, хронічні хвороби нирок, хвороби травної системи, розлади психіки та поведінки, хвороби нервової системи, бронхіальна астма, онкологічні захворювання активні чи в анамнезі, туберкульоз активний чи в анамнезі, хвороби системи кровообігу, гіпертонічна хвороба, порушення згортання крові, аутоімунні захворювання, вроджені вади розвитку та спадкові захворювання, що були діагностовані.

⁴²⁹ Деякі питання ведення Реєстру медичних записів, записів про направлення та рецептів в електронній системі охорони здоров'я: Наказ МОЗ України від 28.02.2020 № 587. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0236-20#Text>

Інформація про захворювання на вірус імунодефіциту людини (ВІЛ) підлягає внесенню та відображенню у зведеній медичній інформації про пацієнта із дотримання вимог Закону «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» та про стан психічного здоров'я відповідно до Закону «Про психіатричну допомогу»⁴³⁰.

7.6. Реформування фармацевтичного сектору в умовах проведення медичної реформи

Не менш важливим є реформування фармацевтичного сектору, для якого характерні наступні проблеми. Майже 10,5% всієї медичної продукції, що використовується в країнах з низьким та середнім рівнем доходів, не витримує перевірки та є фальсифікатом. Через відсутність єдиної системи моніторингу обігу ліків, в Україні неможливо визначити обсяг фальсифікованих ліків. Проте не виключною є ситуація, коли в Україні показники кількості фальсифікованих лікарських засобів можуть бути вищими, ніж середній показник, отриманий ВООЗ. Проблемаю також є використання високоякісних генеричних препаратів. Їх використання дозволяє, з одного боку, істотно зменшити державні витрати на лікування, а з іншого – зберігати високий рівень і якість лікування. Проте нині в Україні практично відсутня інформація про взаємозамінність лікарських засобів⁴³¹.

Глобальною проблемою є обіг нових психоактивних речовин (НПР), що продаються на наркоринку як замітники заборонених

⁴³⁰ Деякі питання ведення Реєстру медичних записів, записів про направлення та рецептів в електронній системі охорони здоров'я: Наказ МОЗ України від 28.02.2020 № 587. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0236-20#Text>

⁴³¹ Грін О.О. (2020). *Основи медичного права. Альбом схем* : навч. посіб. (с. 343). Ужгород : Вид-во ФОП Сабо А.М.

наркотиків, таких як канабіс, метамфетаміни, кокаїн, «екстазі», героїн та бензодіазепіни, становить глобальну проблему. НПР – це загальний термін, який охоплює нові наркотики, що називаються «курильними сумішами», «спайсами», «солями», «дизайнерськими наркотиками», «легальним дурманом» тощо. Проблематичним є допуск лікарських засобів на ринок та погодження клінічних випробувань. Процедури допуску лікарських засобів на ринок та погодження клінічних випробувань тривають в середньому на 15–25% часу довше, ніж аналогічні процедури у країнах ЄС. Також спостерігається недостатня ефективність механізмів із забезпечення післяреєстраційного контролю якості лікарських засобів⁴³².

Найбільшою проблемою є фармацевтична реклама. Це найбільший сегмент рекламного ринку на телебаченні України. За даними Нацради з питань телебачення та радіомовлення від 30% до 50% загальної кількості реклами на українському телебаченні – реклама лікарських препаратів та медичних виробів. Найбільшою проблемою реклами лікарських засобів є свідоме маніпулювання інформацією про препарат та його властивості. Не менш важливою є проблема реклами симптоматичних препаратів чи ліків без доведеної клінічної ефективності. Найвиразніший показник впливу реклами лікарських засобів на пацієнтів є те, що понад 50% від усього ринку спожитих ліків у 2017 році становлять симптоматичні препарати чи ліки без доведеної клінічної ефективності. Варто зазначити, що неконтрольована реклама ліків спонукає українців до самолікування та Google-терапії. За останніми даними соціологічних досліджень, в Україні майже 69% хворих займаються самолікуванням, не звертаючись за допомогою до лікарів.

На нашу думку, системними кроками МОЗ у фармації за напрямками повинні стати: 1) допуск на ринок та обіг лікарських

⁴³² Грін, О.О. (2020). Основи медичного права. Альбом схем: навч. посіб. (с. 343). Ужгород: Вид-во ФОП Сабо А.М.

засобів; 2) якість лікарських засобів; 3) забезпечення доступності та раціонального використання ліків (госпітальна ланка); 4) Забезпечення доступності та раціонального використання ліків (амбулаторна ланка); 5) забезпечення пацієнтів препаратами інсуліну; 6) забезпечення раціонального використання фінансових ресурсів під час прийняття рішення про закупівлю медикаментів, медичних виробів та послуг; 7) безпечність косметичної продукції⁴³³.

7.7. Програма реімбурсації лікарських засобів «Доступні ліки» в системі державних гарантій медичного обслуговування населення

Важливим елементом реформи є «Програма державних гарантій» медичного обслуговування населення. Це програма, що визначає перелік та обсяг медичних послуг (включаючи медичні вироби) та лікарських засобів, повну оплату надання яких пацієнтам держава гарантує за рахунок коштів Державного бюджету України згідно з тарифом, для профілактики, діагностики, лікування та реабілітації у зв'язку з хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, а також у зв'язку з вагітністю та пологами⁴³⁴. Держава гарантує в межах програми медичних гарантій наступні види медичної допомоги: 1) екстреної медичної допомоги; 2) первинної медичної допомоги; 3) вторинної (спеціалізованої) медичної допомоги; 4) третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги; 5) паліативної медичної допомоги; 6) реабілітації у сфері охорони

⁴³³ Грін, О.О. (2020). *Основи медичного права. Альбом схем: навч. посіб.* (с. 344). Ужгород: Вид-во ФОП Сабо А.М.

⁴³⁴ Закон України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» від 19.10.2017 № 2168-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2168-19#Text>

здоров'я; 7) медичної допомоги дітям до 16 років; 8) медичної допомоги у зв'язку з вагітністю та пологами⁴³⁵.

Не менш важливою проблемою реформи є механізм відшкодування вартості наданих лікарських засобів. Такий механізм фінансування вводиться для лікування чітко визначеного переліку хвороб, що відіграють пріоритетну роль у формуванні основних показників здоров'я населення (серцево-судинні хвороби, цукровий діабет), а також хвороб, які ефективно лікуються в амбулаторних умовах. Відшкодування вартості наданих лікарських засобів, що входять до Національного переліку основних лікарських засобів, передбачені державним гарантованим пакетом медичної допомоги і придбані за рецептом лікаря, здійснюється через механізм реімбурсації – часткового або повного відшкодування замовником вартості наданого пацієнту лікарського засобу. На сьогодні розроблено Типову форму договору про реімбурсацію, що затверджена постановою КМУ № 136⁴³⁶, а також визначено регламент реімбурсації лікарських засобів на підставі постанови КМУ № 135⁴³⁷. Реімбурсація лікарських засобів здійснюється для лікування в амбулаторних умовах серцево-судинних захворювань, цукрового діабету II типу та бронхіальної астми. Предметом договору про реімбурсацію є лікарські засоби, які відпускаються аптечними закладами за роздрібними цінами, визначеними в Реєстрі лікарських засобів, які підлягають реімбурсації, затвердженому в установленому законодавством порядку, з відшкодуванням НСЗУ повністю або частково аптечному закладу вартості лікарських засобів (здійснення реімбурсації), відпущених

⁴³⁵ Закон України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» від 19.10.2017 № 2168-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2168-19#Text>

⁴³⁶ Деякі питання щодо договорів про реімбурсацію: Постанова Кабінету Міністрів України від 27.02.2019 № 136. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/136-2019-%D0%BF>

⁴³⁷ Деякі питання реімбурсації лікарських засобів: Постанова Кабінету Міністрів України 27.02.2019 № 135. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/135-2019-%D0%BF>

пацієнтам на підставі електронних рецептів, записи про які внесені до електронної системи охорони здоров'я⁴³⁸.

Цікавим є питання: скільки коштів економить пацієнт завдяки програмі «Доступні ліки»? Відтоді, як рецепт на «Доступні ліки» став електронним, працівники аптек погасили 29,4 мільйони рецептів. Повністю безоплатно або з незначною доплатою ліки отримують особи, які мають хронічні хвороби. Бронхіальна астма, діабет II типу, серцево-судинні захворювання – пацієнтам із такими діагнозами важливо приймати призначені сімейним лікарем препарати безперервно. Найдорожчий препарат, вартість якого НСЗУ повністю відшкодовує аптеці, і при цьому, пацієнт нічого не сплачує це – Будесоніт, вартістю 548 грн. Упаковка містить 40 доз, або 20 небул. Скільки пацієнт використає упаковок за рік, залежить від дозування, яке виписує лікар. За умови використання максимально допустимого дозування щодня, що становить 4 міліграми, однієї упаковки вистачить лише на 5 днів. Відтак, за рік пацієнт використає 73 упаковки, а це 40 тис. грн (!)⁴³⁹.

Важливою є проблема географічної доступності пацієнта до «Доступних ліків»? Географічна доступність – важливий фактор. Сьогодні 1224 аптечних заклади мають 11 тис. місць відпуску «Доступних ліків» по всій країні. Договір з НСЗУ мають 6% комунальних аптек, 5% аптеки – ФОП та понад 88% – приватних аптечних закладів. Аптеки з «Доступними ліками» працюють і у великих містах, і у сільській місцевості. Зокрема, понад 9 тис. місць відпуску «Доступних ліків» є у містах, понад 1200 – у селищах міського типу, майже 600 – у селах. При цьому саме у селах найкращий відсоток аптек – ФОП за формою власності – 30%⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Булеца, С.Б., Менджул, М.В., (ред.) (2021). *Медичне право* : підручник (с. 89). Ужгород : ТОВ «РІК-У».

⁴³⁹ Бойко Т. Про кого піклується програма «Доступні ліки»? URL: https://lb.ua/blog/tetiana_boiko/494660_pro_pikluietsya_programa.html

⁴⁴⁰ Там само.

З 01.04.2019 р. НСЗУ адмініструє програму реімбурсації лікарських засобів «Доступні ліки» (далі – Програма). Програма була впроваджена у 2017 році для зменшення фінансового навантаження на працівників та збільшення доступності ліків. Реімбурсація – це механізм відшкодування державою вартості лікарських засобів. Сьогодні програма працює для пацієнтів, які живуть з серцево-судинними захворюваннями, бронхіальною астмою, цукровим діабетом II типу. На 12.10.2020 року договори про реімбурсацію з НСЗУ вже уклали 1204 аптечних закладів. До програми долучилися 8818 аптек та аптечних пунктів України. Лікарі первинної ланки виписали більше 22 млн електронних рецептів, із них у 2020 році – більше 11 млн електронних рецептів. За більш, ніж 85% із виписаних електронних рецептів уже відпущені лікарські засоби⁴⁴¹.

З переходом програми реімбурсації в адміністрування НСЗУ відшкодування вартості лікарських засобів відбувається за принципом «гроші йдуть за пацієнтом в аптеку». Це можливе, завдяки реалізації програми за новими принципами: єдині прозорі правила укладення договорів – усі аптеки, які відповідають мініальному набору вимог, мають можливість укласти договір про реімбурсацію з НСЗУ; використання електронних інструментів – усі процеси пов'язані з укладенням договору про реімбурсацію та відпуск ліків за електронними рецептами відбуваються в електронній системі охорони здоров'я; електронний рецепт – забезпечує мобільність пацієнтів та нівелює географічні обмеження, оскільки отримати ліки можна в будь-якій аптеці чи аптечному пункті, які беруть участь у Програмі, незалежно від місця, де проживає пацієнт або де було виписано рецепт⁴⁴².

⁴⁴¹ Програма «Доступні ліки». URL: <https://nszu.gov.ua/ogoloshennya-pro-ukladennya-dogovoriv/dostupni-liky>

⁴⁴² Там само.

Аптечний заклад для укладення договору про реімбурсацію з НСЗУ має забезпечити: ліцензію на право провадження господарської діяльності з роздрібною торгівлі лікарськими засобами; комп'ютери та підключення до інтернету; аптечну інформаційну систему (АІС), яка дозволяє обмінювати інформацією з центральною базою даних електронної системи охорони здоров'я; кваліфікованих електронних підписів у всіх працівників, які відпускатимуть лікарські засоби за електронними рецептами⁴⁴³.

Суттєвою є роль фармакоекономіки у механізмі фінансування ліків. Перед чиновниками стоїть питання: як розпорядитися наявною сумою грошей так, щоб від цього виграло найбільше людей, а кількість «ображених» була якомога нижчою? Відповісти на це питання допомагає фармакоекономіка – дисципліна, що займається вивченням оптимальної фармацевтичної політики з точки зору суспільного здоров'я, зіставляючи вартість ліків із їхньою ефективністю. Базовою одиницею виміру тут служить «рік життя, скорегований на якість», або QALY в латиномовній аббревіатурі. Це універсальний критерій, що дозволяє порівняти в кількісних термінах ефективність ліків від різних хвороб: скільки таких років дасть пацієнтові препарат. Скажімо, якщо він дозволить продовжити життя на 10 років, але індекс «якості» цього життя (стан здоров'я протягом цих 10 років) становить 0,5, то в кінцевому підсумку йдеться про 5 років життя, скоригованим на якість. Таке лікування є, виходить, менш ефективним, ніж інше, яке гарантує лише 7 років, але цілком здорових, без коефіцієнта, що погіршує якість життя⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Програма «Доступні ліки». URL: <https://nszu.gov.ua/ogoloshennya-pro-ukladennya-dogovoriv/dostupni-liky>

⁴⁴⁴ Горбач, Д. (2018). *Доступні ліки: як це працює у світі*. URL: https://lb.ua/society/2018/04/05/394444_dostupni_liky_yak_tse_pratsyuie_sviti.html

7.8. Державне регулювання відпуску медичних препаратів у зарубіжних країнах

Не зайвим буде проаналізувати державне регулювання відпуску медичних препаратів у зарубіжних країнах. Уряди проводять свою політику в фармацевтичній галузі за допомогою різних інструментів (від регулювання цін до відшкодування вартості за різними схемами) і керуючись різними цілями. Більшість із них мають на меті так чи інакше поліпшити ситуацію з громадським здоров'ям, але грають роль також чинників економії коштів, соціальна справедливість (забезпечення рівного доступу до ліків представниками усіх суспільних верств та інше). У Великій Британії одна з цілей державної фармацевтичної політики – фінансова підтримка дрібних аптечних закладів, що не входять до великих мереж, але є незамінними постачальниками ліків у багатьох місцевостях. Урядова програма підтримки таких аптек підтримує їх за допомогою субсидій⁴⁴⁵.

Важливим є досвід Австралії у питанні доступності ліків. Першою країною, де фармакоекономічний аналіз почали використовувати при ухваленні рішень щодо субсидування ліків, стала Австралія в 1993 році. З тих пір цей досвід перейняли в інших англосаксонських країнах, а також у Скандинавії, зараз беруть на озброєння і в Україні. При цьому сама програма субсидування рецептурних препаратів діє в Австралії ще з кінця 1940-х. Тоді уряд склав список із 140 ліків, які видавалися в аптеках безкоштовно. Пізніше держава запровадила принцип співфінансування: частину вартості сплачує й сам пацієнт. Зараз список непатентованих назв препаратів, які поширюються в рамках програми, нараховує кілька сотень позицій. Ціни на ліки, встановлені для пацієнтів, різні, але

⁴⁴⁵ Горбач, Д. (2018). *Доступні ліки: як це працює у світі*. URL: https://lb.ua/society/2018/04/05/394444_dostupni_liki_yak_tse_pratsyuie_sviti.html

максимум, який сьогодні може заплатити пацієнт за препарат із цього списку, це 39,5 австралійських доларів (AUD). Для малозабезпечених австралійців та інших пільговиків цей поріг становить AUD 6,4. Більше того, діє порогове значення витрат на ліки протягом року. Якщо з початку календарного року домогосподарство витратило на ліки AUD 1521,8, то після цього до кінця року воно користується пільговими цінами (тобто не більше AUD 6,4 за препарат). Якщо родина і без того належить до пільгових категорій населення, то цей поріг для неї настає після AUD 384, витрачених на ліки. Після цього всі препарати до кінця року вона отримуватиме безкоштовно.⁴⁴⁶ Середня зарплатня в Австралії в січні 2018 року становила AUD 1191,5 за тиждень, а місячний прожитковий мінімум складає AUD 2420,8. Виходячи з грудневої середньої української зарплатні в 8777 грн, застосування австралійської схеми в нас би означало, що на більшість найважливіших препаратів неможливо витратити більше 70 грн, а річні витрати домогосподарства на ліки не перевищували би 2800 грн⁴⁴⁷.

Не менш цікавим є механізм доступу жителів Швеції до дешевих ліків. Щомісяця уряд публікує список із трьох найменувань для кожного препарату, в кожній фармакологічній формі та дозуванні, які аптеки зобов'язані продавати клієнтам замість прописаних у рецепті дорожчих аналогів. Найдешевший із цих трьох – «продукт місяця», два інших фігурують у списку на випадок, якщо «продукт місяця» закінчиться. Ці списки переглядаються щомісяця: на ринку можуть з'являтися нові найменування або мінятися ціни. При перегляді списків чиновники зважають на обсяги продажів препарату, витрати держави на відшкодування його вартості в цілому та пропорційно до проданих одиниць, термін дії патентів. У кожному

⁴⁴⁶ Горбач, Д. (2018). *Доступні ліки: як це працює у світі*. URL: https://lb.ua/society/2018/04/05/394444_dostupni_liki_yak_tse_pratsyuie_sviti.html

⁴⁴⁷ Там само.

разі, фармацевтичні компанії зобов'язані мати «продукт місяця» в достатньому обсязі на весь визначений період. Якщо вони не можуть гарантувати це, то попереджають державне відомство, яке призначає «продуктом місяця» інший препарат⁴⁴⁸.

Подібно до Австралії, в Швеції діє річна «стеля» особистих витрат на ліки. Якщо протягом менш ніж 12 місяців витрати на рецептурні ліки дійшли до 1125 крон, то до подальших придбань застосовуються понижувальні коефіцієнти: в проміжку 1125–2147 крон пацієнт платить лише 50% від встановленої ціни, від 2148 до 3900 крон – 25%, від 3991 до 5522 крон – 10%, вище цієї суми не платить нічого. Таким чином, якщо «віртуальна» сума витрат може перевищувати 5,5 тис. крон, то на практиці ніхто не може витратити протягом 12-місячного періоду більш ніж 2,2 тис. крон (€220, або 1/10 «чистої» середньомісячної зарплатні). В наших умовах це означало би річну «стелю» витрат на ліки на рівні близько 800 грн⁴⁴⁹.

Підсумовуючи, окреслимо основні напрямки розвитку фармацевтичного сектору галузі охорони здоров'я на сучасному етапі: 1) ефективність, безпека та якість лікарських засобів, удосконалення системи допуску до виробництва та застосування лікарських засобів відповідно до європейської практики; 2) створення галузевих стандартів медичної допомоги (стандартів медичної допомоги, протоколів медичної допомоги, формулярів лікарських засобів) та втілення їх на локальному рівні; 3) втілення стандартів обслуговування населення, фармацевтичних послуг на основі належної аптечної практики; 4) опрацювання системи державного регулювання ціноутворення на лікарські засоби та втілення принципів фармакоекономіки; 5) формування менеджменту у фармацевтичному секторі.

⁴⁴⁸ Горбач, Д. (2018). *Доступні ліки: як це працює у світі*. URL: https://lb.ua/society/2018/04/05/394444_dostupni_liki_yak_tse_pratsyuie_sviiti.html

⁴⁴⁹ Там само.

Висновки

Реформування фармацевтичної науки та освіти, адекватної потребам галузі на сучасному етапі трансформації суспільства, поліпшення інформаційного забезпечення та створення прозорої системи функціонування фармацевтичного сектору галузі охорони здоров'я є нагальною потребою сьогодення.

Зараз коли суттєво збільшується тривалість життя і співвідношення кількості працюючих і непрацюючих осіб у бік останніх, економіка не в змозі забезпечити усіх безоплатною медичною допомогою. Що стосується системи фінансування, то чим далі збільшуватиметься середня тривалість життя тим більше система охорони здоров'я працюватиме на людей похилого віку. Чим далі тим більше медицина ставатиме капіталоемною галуззю економіки. Медицина – унікальна галузь господарювання з точки зору собівартості послуги. Якщо в інших галузях із використанням новітніх технологій собівартість послуги зменшується, то в медицині – навпаки збільшується.

Отже, сьогодні слід вести мову не про реформу медицини, а про реформу охорони здоров'я, а точніше про реформу механізмів управління здоров'ям. В наш час проблема здоров'я – це не проблема медицини. Це проблема того, як людина управляє своїм організмом на попередніх етапах життя до періоду звернення за медичною допомогою.

Розділ 8

Приватноправовий аспект функціонування економічних інституцій

Вступ

8.1. Право на самообмеження: цивілістичний огляд окремих економічних свобод

8.2. Економічна свобода v. право на приватність

8.2.1. Нормативно-правова база в сфері захисту персональних даних

8.2.2. Практика застосування законодавства в сфері захисту персональних даних

8.3. Економічна свобода юридичних осіб приватного права

8.4. Економічні свободи учасників сімейних відносин

Висновки

Вступ

Тут піде про правову основу діяльності економічних інституцій, які пов'язані з приватною автономією та розуміння самообмеження участі у правовідносинах. Важливе значення для розуміння співвідношення між приватною автономією та самообмеження у здійснення певних свобод лежить концепція приватності, окремим аспектам якої тут приділено увагу. Розвиток корпоративних відносин у формі юридичних осіб приватного права складає окремий сегмент зазначеної проблематики, де слід вже враховувати приватні інтереси учасників товариства (об'єднання) та самої юридичної особи певної організаційної форми. Насамкінець на економічну інфраструктуру впливає економіка домогосподарств, де також реалізуються певні економічні свободи. Свідченням

чого є і судова практика⁴⁵⁰, згідно з якою витрати на домогосподарство мають враховуватися у структурі взаємних сімейних прав і обов'язків подружжя чи цивільного партнерства (союзу).

8.1. Право на самообмеження: цивілістичний огляд окремих економічних свобод

Соціально-економічні свободи людини належать до так званого другого покоління прав особи, оскільки зорієнтовані на реалізацію оптимальних умов життя індивіда, що викристалізуються у сфері побуту і зайнятості, добробуту, соціальної захищеності і переслідують мету наступного розвитку особистості. Оскільки обсяг здійсненості таких прав і свобод перебуває у безпосередній залежності від ресурсності економіки та державницької волі, гарантії їх здійснення на сучасному етапі розвитку нашої держави лише перебувають на початкових щаблях свого становлення. Тим більше, коли йдеться про таку неоднозначну сферу діяльності в Україні, як гральний бізнес, де реалізація соціально-економічних прав на перебуває у перманентній контраверсійності через карантинні обмеження та положення порівняно нового Закону України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» (надалі – Закон)⁴⁵¹.

Історично державний вплив на формування свідомого ставлення гравців до надмірної залученості їх до гемблінгу можна виокремити у три основні моделі: тотальна законодавча заборона

⁴⁵⁰ Суд у Португалії наказав чоловікові виплатити компенсацію експартерці за 30 років хатньої роботи. *Європейська правда*, 26 лютого 2021. URL: <https://www.eurointegration.com.ua/news/2021/02/26/7120295/>

⁴⁵¹ Закон України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» від 14.07.2020 року № 768-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/768-20#Text>

(прогібіціонізм), чітке регулювання (імперативізм) і повне дистанціювання від нерегульованого грального бізнесу (аболіціонізм). У наш час, проблеми патологічної залежності від азартних ігор різного роду не втрачають своєї актуальності та злободенності. Щорічно статистичні дані фіксують невпинне зростання кількості та стрімке омолодження офіційного діагнозу «патологічний потяг до азартних ігор», що ще називають «гемблінгом» або «лудоманією». Економічні і політичні трансформації української держави в сукупності із останніми загально-світовими викликами обумовлюють зростання питомої ваги соціально-психологічних девіацій у суспільстві. Відчуваючи перевантаження і стреси, все більше людей шукає найбільш радикальні форми релаксації, що, в свою чергу, призводить до збільшення індустрії грального бізнесу, де азартні ігри вже давно стали окремою субкультурою. Недаремно лудоманія вже давно включена Всесвітньою організацією охорони здоров'я до Міжнародної статистичної класифікації хвороб та проблем, пов'язаних зі здоров'ям, під кодом F6.30 «Патологічна пристрасть до азартної гри». Як слушно відзначає О. В. Камінська, серед детермінант, що потенційно можуть викликати адикцію і в подальшому вплинути на правосуб'єктність особи можна виділити наступні: 1) індивідуальні особливості особистості (неадекватна самооцінка, низький рівень самоповаги, негативне самоставлення, тривожність); 2) особливості взаємодії особистості з соціумом (ізолюваність, самотність, фрустрованість соціальних потреб); 3) наявність сильно діючих стресогенних факторів, що викликають прагнення втекти у віртуальну реальність тощо⁴⁵².

У випадку нашої держави, жорстка декларативна заборона грального бізнесу на папері не призвела до зникнення азартних ігор на практиці, проте криміналізувало цю діяльність у тіньовому

⁴⁵² Камінська, О.В. (2014). Психологічна модель залежності від азартних онлайн-ігор. *Проблеми сучасної психології*, 23, 212.

секторі під прикриттям корумпованих кіл. Досить ґрунтовний аналіз основних історичних віх розвитку гемблінгового законодавства в Україні здійснив С.В. Рябчук⁴⁵³, який дійшов висновку, що трансформація правових норм, які передбачали відповідальність за зайняття гральним бізнесом, має циклічний характер на певних історичних етапах, оскільки державою то посилювалася, то послаблювалася відповідальність за вчинення вказаної діяльності⁴⁵⁴. Як влучно зазначає А.Є. Овчаренко, будь-які мораторії на гральну активність не є ефективним інструментом регулювання такої сфери життя людини як «гра», особливо в умовах доступності таких розваг у мережі інтернет і в сусідніх країнах. Водночас, продовжує автор, заборона азартних ігор негативно впливає на розвиток інших секторів економіки – туризму, іподромної галузі, конярства, професійного спорту, тощо, що в сукупності неодмінно призводить до відтоку фінансів із такої країни до держав, у яких азартні ігри легальні, оскільки гравці задовольняють свою потребу в цих

⁴⁵³ Рябчук, С.В. (2015). Азартні ігри як соціально-психологічне явище: поняття, генеза, правове регулювання. *Питання боротьби зі злочинністю*, 29, 223.

⁴⁵⁴ Зокрема, за радянських часів організація азартних ігор кваліфікувалося як злочин за ст. 213 КК УРСР (гл. X «Злочини проти громадської безпеки, громадського порядку та народного здоров'я»). Наприкінці минулого століття Законом України «Про патентування деяких видів господарської діяльності» від 23.03.1996 року № 98/96-ВР було передбачено патентування грального бізнесу. Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 01.06.2000 № 1775-III весь гральний бізнес було віднесено до таких видів господарювання, що потребували ліцензування. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку проведення внутрішнього фінансового моніторингу суб'єктами господарювання, що провадять господарську діяльність з організації та утримання казино, інших гральних закладів і ломбардами» від 20.11.2003 року № 1800. ЗУ «Про міліцію» від 20 грудня 1990 року № 565-XII – п. 32 ч. 1 ст. 10: працівники міліції були зобов'язані забезпечувати в межах своїх повноважень виконання вимог закону про заборону грального бізнесу в Україні. Нова дивергентна хвиля заборонних приписів у сфері організації азартних, закріплених у статтях Закону України «Про заборону грального бізнесу в Україні» від 15.05.2009 року № 1334-VI (надалі – Закон № 1334-VI), обумовило збільшення санкційних норм до тексту Кримінального кодексу України (ст. 203² «Зайняття гральним бізнесом») та Кодексу України про адміністративні правопорушення (с. 164, 181 тощо). Відповідним пунктом поповнився і вже не чинний Закон України «Про міліцію» від 20.09.1990 р. № 565-XII, де співробітники зобов'язані були в межах своїх повноважень виконувати вимоги закону про заборону грального бізнесу в нашій державі.

країнах безпосередньо або, найчастіше, через мережу інтернет⁴⁵⁵. За умовиводами П.В. Пірнікози, заборона азартних ігор є неефективним інструментом регулювання цієї сфери в країнах з слабкою інституційною спроможністю державних інститутів та високим рівнем корупції. Такий ринок не перестає існувати, а переходить у тінювий сектор економіки. Це призводить до ненадходження до бюджетів усіх рівнів потенційних грошових коштів, які генерують оператори даного ринку. Окрім цього, відбувається відтік капіталу, так як гравці їдуть в інші країни, де азартні ігри легальні або ж використовують іноземні веб-ресурси для гри онлайн. Заборона грального бізнесу, підсумовує науковець, також стимулює корупцію в діяльності правоохоронних органів⁴⁵⁶. Як влучно сформулював В.М. Долгих, світова практика грального бізнесу, а також певною мірою й України, свідчить про те, що ця підприємницька діяльність породжує значний кримінальний фон, є середовищем для вчинення різноманітних правопорушень, у тому числі адміністративних проступків⁴⁵⁷.

За останні 20 років обсяг зовнішніх і внутрішніх інвестицій, вкладених в український гральний бізнес, суттєво перевищує вкладення в інші сфери. Це пояснюється тим, що рентабельність українського казино в кілька разів вища, ніж на Заході. До того ж в Україні гральний бізнес не контролюється законом і власнику залишається від 5 до 30% витрачених гравцем грошей, у той самий час у Європі цей показник становить 1–2%⁴⁵⁸. Відмінною рисою

⁴⁵⁵ Овчаренко, А.Е. (2018). Легалізація грального бізнесу на теренах України. *Молодий вчений. Юридичні науки*, 4(56), 736.

⁴⁵⁶ Пірнікоза, П.В. (2017). Легалізація грального бізнесу в Україні: фіскальний та економічний аспекти. *Інвестиції: практика та досвід*, 11, 68.

⁴⁵⁷ Дорогих, В.М. (2003). Адміністративно-правове регулювання грального бізнесу-пошук шляхів оптимізації. *Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць*. Одеса : Юридична література, 19, 173.

⁴⁵⁸ Березняк, В.С., Матвієнко, Є.В., Корж, В.В., Приходько, Д.С. (2010). Виявлення та документування злочинів і правопорушень, які вчиняються у сфері грального бізнесу під виглядом інтерактивних клубів та розважальних закладів. *Метод. рекомендації*, 6. Дніпропетровськ : ДнДУВС.

усіх азартних ігор є те, що у більшості юрисдикцій такі послуги надаються державними підприємствами або іншими санкціонованими державою монополіями. Як відзначає Д. Форестер, *Svenska Spel* контролює усі форми азартних ігор (крім ставок на конях) у Швеції, а *Holland Casinos* має ексклюзивне право управляти казино в Нідерландах. Тому, на переконання Д. Форестера, азартні ігри завжди можна розглядати одночасно і як фінансові інвестиції, і як споживче благо, а найчастіше – якась їх комбінація, де кожен учасник матиме власну мотивацію⁴⁵⁹. Але підхід, який тут застосовується, полягає лише в тому, щоб розглядати азартні ігри як сферу відпочинку. Що ж стосується управлінського аспекту праворегулювання цієї сфери, то, за словами А. Плюща, питання державного регулювання азартних ігор у різних країнах вирішують по-різному. У деяких із них регулювання здійснюється певним міністерством, часто міністерством фінансів, як, наприклад, в Австрії та Республіки Польщі. В інших країнах ці функції виконує спеціально створений орган. такий підхід діє, скажімо, в Італії (*Agenzia delle Dogane*), Греції (*Hellenic Gambling Commission*), Нідерландах (*Netherlands Gaming Authority*) і норвегії (*The Norwegian Gaming & Foundation Authority*)⁴⁶⁰.

За словами О.З. Гладун, гральний бізнес досить складно однозначно оцінити як негативне явище, про що, приміром, свідчить неоднорідність у підходах до нормативно-правового регулювання організації та участі в азартних іграх у різних державах світу: від повної заборони на їх проведення (Іран, Туреччина) – до стимулювання розвитку індустрії азартних ігор як основного джерела бюджетних надходжень (Макао і Монако)⁴⁶¹. Згідно проведеного А.Є. Овчаренко аналізу досвіду правового регулювання сфери

⁴⁵⁹ Forrest, D. (2008, December). Gambling Policy in the European Union: Too Many Losers? *FinanzArchiv. Public Finance Analysis*, 4, 64, 541.

⁴⁶⁰ Плющ, А. «Азартний бюджет: як пропонують легалізувати гральний бізнес». *Forbes Україна*. URL: https://www.sk.ua/sites/default/files/azartniy_byudzhet_alina_plyushch.pdf

⁴⁶¹ Гладун, О.З. (2014). Суспільна небезпечність зайняття гральним бізнесом. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*, 4, 81.

азартних ігор у країнах Європейського Союзу, країнах пострадянського простору та ситуації, яка склалася на сьогодні з цього питання в Україні, можна дійти висновку про те, що у майже всіх країнах європейського континенту гральний бізнес є легальним та бюджетотворюючим сектором економіки і відповідна діяльність регулюється на законодавчому рівні⁴⁶².

Зрештою зважаючи на лобістський тиск та беручи до уваги світовий досвід у цьому питанні, у липні 2020 року було прийнято вищезгаданий Закон, що не просто запроваджує низку нових для українських реалій інститутів, але й кардинально змінює підходи до визначення ключових термінів і понять, якими оперуватимуть всі учасники цього ринку послуг найближчими десятиліттями. Насамперед викликає зрозуміле зацікавлення серед науковців поняття «самообмеження», яке рецепіюється даним нормативно-правовим актом. Прикметно, що до цього часу вітчизняне законодавче поле періодично стикається з використанням терміну «самообмеження», проте у більш загальному значенні з переважно декларативним підтекстом, а саме:

а) *самообмеженням споживання суспільства* (Указ Президента України від 26.03.1999 р. № 284/99 «Про Концепцію захисту населення і територій у разі загрози та виникнення надзвичайних ситуацій»⁴⁶³);

б) *самообмеження у споживанні окремих видів продуктів* (Закон України «Про Загальнодержавну програму подолання наслідків Чорнобильської катастрофи на 2006-2010 роки» від 14.03.2006 № 3522-IV⁴⁶⁴).

⁴⁶² Овчаренко, А.Є. (2018). Легалізація грального бізнесу на теренах України. *Молодий вчений. Юридичні науки*, 4(56), 736.

⁴⁶³ Указ Президента України «Про Концепцію захисту населення і територій у разі загрози та виникнення надзвичайних ситуацій» від 26.03.1999 р. № 284/99. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/284/99#Text>

⁴⁶⁴ Закон України «Про Загальнодержавну програму подолання наслідків Чорнобильської катастрофи на 2006–2010 роки» від 14.03.2006 № 3522-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3522-15#Text>

Наведені вище формулювання засвідчують загальне бачення того, що самообмеження різноманітних суб'єктів є концептуальним результатом самолімітування влади/народу/соціуму/тощо, як прояв самоконтролю, у кожному конкретному випадку в залежності від парадигми механізму правового регулювання суспільних відносин.

В працях іноземних дослідників юридична конструкція самообмеження використовується дуже давно і у різних контекстах, а саме: як судове самообмеження⁴⁶⁵, самообмеження у сфері правової охорони екосистеми⁴⁶⁶, самообмеження у порівняльно-правовому аспекті європейського та американського законодавства⁴⁶⁷, самообмеження з точки зору юридичної науки⁴⁶⁸, самообмеження у трудовому праві⁴⁶⁹, гендерні самообмеження⁴⁷⁰, самообмеження у антропологічному ключі⁴⁷¹ тощо. Досить влучно такі підходи до усвідомлення сутності цієї багатогранної правової дефініції були узагальнені авторами книги «Самообмеження сучасності? Теорія рефлексивних табу», в якій наголошено, що сучасні космополітичні науки (соціологія, юриспруденція, економіка тощо) намагаються лімітувати новітні підходи до саморегуляції суспільства шляхом накладення оновлених «табу» і цим самим відбувається обмеження трансцендентних горизонтів

⁴⁶⁵ Finkelstein, M. (1924, Jan.). Judicial Self-Limitation. *Harvard Law Review*, 37, 3, 338–364.

⁴⁶⁶ Gortz, A. (1993). Political ecology: expertocracy versus self-limitation. *New Left Review*, 1(202), 48–47.

⁴⁶⁷ Nardini, W.J. (2000). Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court. *Seton Hall Law Review*, 1–58.

⁴⁶⁸ Posner, R.A. (2012, June). The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, 100, 3, 519–556.

⁴⁶⁹ Davies, A. (2009, September). Judicial Self-Restraint in Labour Law. *Industrial Law Journal*, 38, 3, 278–305.

⁴⁷⁰ Zimmer, Z., Bao, L. et al. (2017, January – June). Functional limitation trajectories and their determinants among women in the Philippines. *Demographic Research*, 36, 863–892.

⁴⁷¹ Edwardes, M.P.J. (2019). What Is a Self?: There and Back Again: The Origins of Self: An Anthropological Perspective (pp. 163–189).

наступного розвитку спільноти в цілому і конкретного індивіда зокрема⁴⁷².

При цьому законодавчого регулювання самообмеження саме у контексті азартних ігор практично не зустрічається у законодавстві іноземних держав, де сам гральний бізнес перебуває на значно кращому щаблі нормативно-правового регулювання. Сьогодні, за словами Є. М. Ковтун, діяльність з організації та проведення азартних ігор офіційно дозволена в усіх країнах Європи, окрім Сан-Маріно і Ліхтенштейну, практично в усій Північній та Південній Америці (крім Куби), в багатьох країнах Азії та Африки, центральній Америці, Австралії та Океанії. Більше того, продовжує автор, у ЄС готуються до прийняття єдиного закону для всіх учасників європейської спільноти, після чого розмови про можливе закриття галузі в країнах, що входять до ЄС, припиняться на довгі роки⁴⁷³.

Прагнення вітчизняного нормотворця сконструювати ефективно діючу систему правових норм, що забезпечують стабільність і правопорядок у суспільстві (особливо у такі неоднозначні часи пандемії) актуалізує і необхідність дотримання основних правил законодавчої техніки, як то чіткість, однозначність, послідовність і т.п. Що ж стосується самообмеження у контексті приналежних особі прав, то чинне законодавство України знає декілька способів закріплення цього права, які в цілому можна умовно поєднати у дві великі групи:

1. *Позитивний*, при якому на законодавчому рівні констатується можливість використання цього права у певному контексті, до прикладу, це стосується досліджуваного нами права на самообмеження (у розумінні ст. 1 Закону України «Про захист населення

⁴⁷² Beck, U., Sznaider, N. (2011, July). Self-limitation of modernity? The theory of reflexive taboos. *Theory and Society*, 40, 4, 417.

⁴⁷³ Ковтун, Є.В. (2008). Правове регулювання грального бізнесу в Україні та іноземних держав (с. 11–13). Київ : «ИГРОК».

від інфекційних хвороб»⁴⁷⁴ від 06.04.2000 р. № 1645-III), або досить поширена нині самоізоляція, щодо правової природи якої (право чи обов'язок) тривають інтенсивні дискусії у наукових колах;

2. *Негативний*, при якому нормативно заперечено проти можливого самообмеження у вигляді фіксування негативних правових наслідків таких дій. Приклади такої форми законодавчої техніки зустрічаються нині у переважній більшості нормативно-правових актів у вигляді загальної заборони здійснювати таку відмову, а саме:

– відмова у праві доступу до судового захисту є недійсною, тобто самообмеження у цьому праві не призведе до жодних юридичних наслідків, окрім тих, що пов'язані з його недійсністю (ч. 3 ст. 4 ЦПК);

– відмова від права вийти з повного товариства є нікчемною, інакше кажучи, самообмеження особи у реалізації цього права а-пріорі забороняється (ч. 2 ст. 126 ЦК);

– відмова від права скасувати довіреність є нікчемною, тобто самообмеження особи у можливості скасувати довіреність вважається недійсним без судового встановлення цього факту (ч. 1 ст. 249 ЦК) тощо.

Ми поділяємо точку зору А. Є. Овчаренко, згідно якої захистити вразливу частину суспільства від ризиків, пов'язаних з виникненням залежності від азартних ігор, можливо лише через врегулювання цієї сфери життя суспільства і винятково в умовах, коли гральний бізнес працює у правовому полі, відчуває присутність регулятора та конкурентний тиск, що створює реальні стимули дотримуватися вимог закону та принципів соціально відповідальної гри⁴⁷⁵. Новелою вітчизняного законодавства, котра на перший погляд спрямована на вирішення цього питання, і є запро-

⁴⁷⁴ Закон України «Про захист населення від інфекційних хвороб» від 06.04.2000 р. № 1645-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1645-14/ed20200418/sp:head#n23>

⁴⁷⁵ Овчаренко, А.Є. (2018). Легалізація грального бізнесу на теренах Україні. *Молодий вчений. Юридичні науки*, 4(56), 736.

вадження можливості обмеження права особи у відвідуванні гральних закладів та в участі в азартних іграх. Відповідно до ст. 16 Закону, обмеження участі особи в азартних іграх шляхом внесення до Реєстру осіб, яким обмежено доступ до гральних закладів та/або участь в азартних іграх, здійснюється трьома способами в залежності від суб'єкта, що приймає рішення про відповідне обмеження гемблінгових прав особи, а саме:

1. **Самообмеження** – здійснюється особою самостійно шляхом особистого подання організатору азартних ігор або Уповноваженому органу письмової заяви (заяви про самообмеження) з одночасним пред'явленням документа, що посвідчує особу;

Згідно Закону, фізична особа може самостійно обмежити себе у відвідуваннях гральних закладів та в участі в азартних іграх на строк від шести місяців до трьох років шляхом особистого подання організатору азартних ігор або Уповноваженому органу письмової заяви про самообмеження з одночасним пред'явленням документа, що посвідчує особу. Така заява може бути подана у письмовій або електронній формі з дотриманням вимог Закону України «Про електронні довірчі послуги»⁴⁷⁶. Прикметно, що строк накладеного обмеження не може бути менше шести місяців, а також заборона на відкликання такої заяви.

2. **Несудове юрисдикційне обмеження** – здійснюється Уповноваженим органом за обґрунтованою заявою членів сім'ї першого ступеня споріднення або законних представників на строк до шести місяців у разі:

1) перевищення витрат на гру над особистими доходами гравця, що ставить гравця або його сім'ю у скрутне матеріальне становище;

2) наявності боргових зобов'язань на суму більш як 100 прожиткових мінімумів доходів громадян;

⁴⁷⁶ При цьому, бланки заяви про самообмеження розміщуються у доступному для гравців та відвідувачів місці у кожному гральному закладі, а зразок її заповнення має бути розміщений на головній сторінці офіційного вебсайту Уповноваженого органу.

3) ухилення особи від сплати аліментів впродовж більше трьох місяців;

4) якщо особа або члени її сім'ї є отримувачами житлової субсидії чи пільг на сплату житлово-комунальних послуг.

Розгляд такої заяви має бути здійснено не пізніше п'яти робочих днів з дня отримання, про що наступного робочого дня вносяться відомості до Реєстру осіб, яким обмежено доступ до гральних закладів та/або участь в азартних іграх.

3. Судове юрисдикційне обмеження – здійснюється за рішенням суду. Класичним цивілістичним постулатом є можливість обмеження фізичної особи в дієздатності, якщо вона зловживає азартними іграми і цим самим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище (ч. 2 ст. 36 ЦК України). Натомість досліджуваний Закон нам пропонує нову юридичну конструкцію, коли наслідком зловживання азартними іграми є обмеження особи не у дієздатності, а у праві відвідувати гральні заклади. Відповідна заява подається членами сім'ї першого ступеня споріднення або законними представниками (ч. 14 ст. 16 Закону) до суду за місцем проживання такої особи (ст. 300¹ ЦК України). Розгляд такої справи відбувається за правилами окремого провадження цивільного судочинства за умови, що подана заява містить обставини, що підтверджують підстави для обмеження фізичної особи у відвідуванні гральних закладів та участі в азартних іграх, а саме:

- перевищення витрат на гру над особистими доходами особи, що ставить особу або її сім'ю у скрутне матеріальне становище,
- наявність в особи боргових зобов'язань на суму більше 100 прожиткових мінімумів доходів громадян,
- несплата особою аліментів впродовж більше трьох місяців,
- отримання особою або членами її сім'ї житлової субсидії чи пільг на сплату житлово-комунальних послуг,

– скрутне матеріальне становище особи чи членів її сім'ї, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати.

Ухвалюючи рішення у такій справі, суд установлює строк дії такого обмеження, що не може бути меншим від строку, встановленого Законом. Як наголошує О. В. Камінська, корекційна робота має бути спрямована на оптимізацію самооцінки та самоставлення особистості, що зменшує її мотивацію до використання об'єктів адикції для самоствердження⁴⁷⁷.

При цьому, після набрання рішенням суду законної сили, згідно ч. 2 ст. 300⁵ ЦПК України, воно надсилається судом до органу державного регулювання у сфері організації та проведення азартних ігор. Звісно викликає непорозуміння фактичне дублювання цього положення у Законі, де у ч. 14 і 15 ст. 16 Закону двічі закріплено практично ідентичне положення про те, що рішення суду про обмеження у відвідуванні гральних закладів та участі в азартних іграх, яке набрало законної сили, передається до Уповноваженого органу виключно судом, який ухвалив таке рішення, з метою його внесення до Реєстру осіб, яким обмежено доступ до гральних закладів та/або участь в азартних іграх. Строк такого обмеження може коливатися від 6 місяців до 3х років за рішенням суду у випадку, якщо гравець завдає своєю лудоманією шкоду самому собі та/або членам своєї сім'ї через приведення до тяжкого матеріального стану.

Практичне значення та результативність від реалізації приписів досліджуваних норм Закону проаналізувати можна буде лише з часом. Проте вже зараз набрання чинності цим нормативно-правовим актом призвело до низки соціальних зрушень (незадоволення

⁴⁷⁷ Камінська, О.В. (2014). Психологічна модель залежності від азартних онлайн-ігор». *Проблеми сучасної психології*, 23, 211.

в окремих регіонах⁴⁷⁸ та судові оскарження⁴⁷⁹ тощо). На думку В. М. Дорогих, це насамперед, призвело до виникнення особливої групи норм у системі українського законодавства, присвячених регулюванню грального бізнесу, які мають пріоритетне значення щодо основної групи норм, тобто «підприємницького права», котрі регулюють відносини, що виникають у процесі реалізації конституційного права на підприємницьку діяльність. Свій спеціальний статус норми, які регулюють суспільні відносини у сфері грального бізнесу, отримують, за словами вченого, по-перше, тому, що вони містяться у спеціальних правових актах, які регулюють відносини, що виникають в особливій сфері бізнесу; по-друге, тому, що законодавець чітко визначився відносно особливої відповідальності за порушення правил, які регламентують гральний бізнес; по-третє, тому, що ці норми регулюють не тільки зовнішні відносини суб'єктів грального бізнесу з державними структурами, але й внутрішні організаційні відносини у сфері грального бізнесу (вимоги до кадрового складу, до технічного обладнання об'єктів грального бізнесу, до організації роботи цих об'єктів тощо)⁴⁸⁰.

Водночас, науковці звертають увагу і на потенційно позитивні риси від останньої валідації азартних ігор, хоча сповна їх можна буде проаналізувати лише після зняття всіх карантинних обмежень. Як наголошує А. Є. Овчаренко, прогресивним аспектом легалізації грального бізнесу в Україні є те, що така сфера діяльності

⁴⁷⁸ 11 серпня 2020 року на черговій сесії Тернопільської обласної ради депутати проголосували за заборону грального бізнесу на теренах краю. *Країна. Український бізнес*, серпень 14, 2020. URL: <https://kraina.biz.ua/editor/3/53737/>

⁴⁷⁹ 30 листопада 2020 року до Окружного адміністративного суду міста Києва надійшов позов щодо визнання незаконними розпоряджень Уряду про призначення голови та окремих членів Комісії з регулювання азартних ігор та лотерей, згідно розпоряджень Кабінету Міністрів України від 5 жовтня 2020 року № 1208-р, від 5 жовтня 2020 року № 1211-р, від 21 жовтня 2020 року № 1315-р, від 28 жовтня 2020 року № 1337-р, від 11 листопада 2020 року № 1401-р та від 18 листопада 2020 року № 1447-р.

⁴⁸⁰ Дорогих, В.М. (2003). Адміністративно-правове регулювання грального бізнесу-пошук шляхів оптимізації. *Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць*, 19, 174.

суб'єктів господарювання, які мають намір провадити господарську діяльність з організації діяльності з проведення азартних ігор та бажанням отримати відповідну ліцензію, надасть значну кількість робочих місць, чим збільшить рівень зайнятості для населення⁴⁸¹. Підтримує ці міркування В. М. Матвійчук, який дійшов висновку, що до введення заборони на гральні заклади в Україні дана сфера охоплювала приблизно 200 тисяч робітників, якщо буде прийнято легалізацію грального бізнесу в Україні, то це призведе в перші роки після відновлення такої легалізації до появи близько 300 тисяч робочих місць й 100 мільйонів доларів прибутку від податків щорічно⁴⁸².

Таким чином, підсумовуючи вище наведене слід наголосити, що в останні десятиліття будь-яка діяльність, пов'язана з гральним бізнесом, викликає у нашій державі неабиякий суспільний резонанс, оскільки поляризує всі прошарки суспільства на прихильників гемблінгу та противників такого нездорового виду дозвілля. Серед причин цього можна виділити як донедавна безконтрольне поширення об'єктів грального бізнесу, так і недоліки пролобійованого зацікавленими особами законодавства.

Оптимізувати ситуацію покликаний нещодавно прийнятий Закон України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор», положення якого містять чимало наведених вище новел, та спрямований на запобігання залучення молоді до будь-якої участі в діяльності гральних закладів на території нашої держави. Водночас, становлення і розвиток вітчизняного права характеризується також і експансією обмежувальних інститутів, новелою серед яких і положення про самообмеження особи у відвідуванні гральних закладів та

⁴⁸¹ Овчаренко, А.С. (2018). Легалізація грального бізнесу на теренах України. *Молодий вчений. Юридичні науки*, 4(56), 736.

⁴⁸² Матвійчук, В.М. (2017). *Перспективи легалізації ігрового бізнесу в Україні* (с. 94). Одеса : «Причорноморська фундація права».

в участі в азартних іграх, що є формою індивідуального цивільно-правового регулювання власної правосуб'єктності.

8.2. Економічна свобода v. право на приватність

Економічна свобода особи (юридичної чи фізичної) передбачає певну її автономію у виборі цілей, інтересів та шляхів їх досягнення. Вплив на її вибір може мати наслідком обмеження її автономії. В той же час, зворотною стороною економічною свободи суб'єкта господарювання може бути регресний вплив на поведінку споживачів.

В сучасних умовах, цей вплив може мати прихований (опосередкований) характер. На думку декотрих авторів, зокрема Юваля Ноаха Гарарі, людина «є набором алгоритмів». Якщо це так, то маючи інформацію про особу, цілком можливо і впливати на її поведінку, зокрема економічну. Чим більше одна особа має інформацію про іншу, тим менше їй потрібно застосовувати зусилля для моделювання її поведінки. Як зазначали автори книги «Поштовх» Річард Талер та Кас Санстейн, інколи досить зробити маленький поштовх, який спонукає людину до певних активних дій. А для цього потрібні персональні дані про людину.

Ні для кого не секрет, що успіх підприємства багато в чому залежить від роботи маркетингових відділів, котрі для вивчення та аналізу попиту використовують персональні дані споживачів їх товарів і послуг. Однак, ці дані становлять частину власності особи «на саму себе»-приватності.

Загалом, якщо розглядати приватність як цінність, то вона є досягненням нового післявоєнного часу. До цього, навіть замки аристократів були усяні засобами для таємного стеження за приватним (а іноді досить пікантним) життям вельмож. Тому, поки ми і не можемо говорити, що ця цінність є результатом еволюції, котрий

допоміг спільнотам, що їх прийняли, виживати. Зараз це скоріше певний ідеал з майбутнього, де попри всеосяжність розумних технологій, людина зберігає в себе ключі від свого «таємного саду».

Мабуть таке бачення ідеалу і лягло в основу написання спочатку статті 12 Загальної декларації прав людини, а пізніше статті 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Однак, в нашій культурі, попри наявність необхідного законодавчого підґрунтя, ще не виробилось розуміння важливості персональних даних, як певної автономії особи в умовах тотальної глобалізації. Розуміння їх важливості наразі немає як серед органів влади і представників бізнесу, так і серед пересічних громадян.

8.2.1. Нормативно-правова база в сфері захисту персональних даних. У практиці Європейського суду з прав людини виробився підхід, відповідно до якого збирання персональних даних про особу є втручанням в право на повагу до приватного життя, і таке втручання повинно бути необхідним в демократичному суспільстві, пропорційним та здійснюватись з суворим дотриманням законності. Досить показовою є справа *S. And Marper v. UK*, яка стосувалась безстрокового зберігання зразків ДНК особи органом правопорядку і де таке зберігання визначилось непропорційним втручанням у право заявників на повагу до приватного життя і таким, що не може вважатися необхідним у демократичному суспільстві.

Така практика стала можлива завдячуючи багато в чому певному консенсусу ряду європейських країн з питань приватності.

Зокрема, такий консенсус призвів до прийняття Конвенції СЕД № 108 Ради Європи про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних (далі – Конвенція про захист даних), яка була прийнята 28 січня 1981 року та після цього була ратифікована усіма державами-членами Ради Європи. Ця Конвенція була підписана Україною 29 серпня 2005 року та ратифікована 30 вересня 2010 року.

Пізніше була прийнята Директива 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 24 жовтня 1995 року, яку пізніше змінив Регламент Європейського парламенту і Ради (ЄС) 2016/679 від 27 квітня 2016 року⁴⁸³ (GDPR) про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних. Ці зміни підвищили вимоги до отримання організацією-контролером та організацією-обробником однозначної згоди власників персональних даних, їх поінформованості про чітку мету такого збору та безпечної транскордонної передачі таких даних.

Для України ці зміни також є важливими в силу положень Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Захист персональних даних передбачений окремою статтею 15 Розділу III Юстиція, свобода та безпека⁴⁸⁴. Крім того, в разі, якщо суб'єкти господарювання будь-яким чином збирають дані громадян країн-членів ЄС (а для визнання цього факту достатньо наявності лише версії сайту на одній з мов співдружності), то недотримання правил GDPR буде загрожувати значними штрафами від європейських регуляторів для української компанії.

У 1996 році Європейський комітет з проблем злочинності створив комітет експертів з питання кіберзлочинності. Конвенція про кіберзлочинність⁴⁸⁵ була відкрита для підписання 23 листопада 2001 року та набула чинності 1 липня 2004 року. Це перший міжнародний договір стосовно злочинів, що вчиняються через інтернет. Ця Конвенція вимагає від країн запровадити кримінальну

⁴⁸³ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-16#Text

⁴⁸⁴ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

⁴⁸⁵ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575#Text

відповідальність за такі діяння: незаконний доступ до комп'ютерної системи, незаконне перехоплення комп'ютерних даних, втручання у дані чи комп'ютерну систему, зловживання пристроями, пов'язані з комп'ютерами підробка та шахрайство, дитяча порнографія, порушення авторських та суміжних прав. Додатковий протокол до Конвенції, схвалений у 2003 році, далі вимагає криміналізації мови ненависті, ксенофобії та расизму⁴⁸⁶.

Україна в цьому плані також прийняла ряд нормативно-правових актів, спрямованих на захист персональних даних. Це і закріплення в Конституції України⁴⁸⁷ право на повагу приватного життя, в яке входить і конфіденційна інформація про особу (тобто персональні дані) (стаття 32). Це і ряд законів, зокрема: Закон України «Про захист персональних даних»⁴⁸⁸, Закон України «Про інформацію»⁴⁸⁹, Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини»⁴⁹⁰, Закон України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах»⁴⁹¹.

8.2.2. Практика застосування законодавства в сфері захисту персональних даних. *і) Європейський та національний підхід в практиці визначення терміну «персональні дані».* Для початку дослідження, потрібно визначити, які елементи входять до поняття персональних даних.

Поняття персональних даних в практиці Європейського суду з прав людини, як частина сфери приватного життя, включає елементи, пов'язані з правом особи на своє зображення⁴⁹², такі елементи, як, наприклад, гендерна ідентифікація, ім'я та сексуальна

⁴⁸⁶ URL: <http://hudoc.echr.coe.int/ukr?i=001-117605>

⁴⁸⁷ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

⁴⁸⁸ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text>

⁴⁸⁹ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text>

⁴⁹⁰ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/776/97-%D0%B2%D1%80#Text>

⁴⁹¹ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80/94-%D0%B2%D1%80#Text>

⁴⁹² *Sciacca v. Italy*, app. № 50774/99, para. 29, ECHR 2005-1.

орієнтація, а також статеве життя⁴⁹³. Крім імені особи, її приватне і сімейне життя може включати інші засоби особистої ідентифікації та зв'язків з родиною⁴⁹⁴. Інформація про здоров'я людини є важливою складовою приватного життя⁴⁹⁵. Право на особистий розвиток та право встановлювати і розвивати стосунки з іншими людьми та зовнішнім світом⁴⁹⁶. Інформація стосується далекого минулого особи⁴⁹⁷ або стану фізичного або психічного здоров'я особи, яку можна ідентифікувати⁴⁹⁸. Етнічне та расове походження особи також повинно розглядатися як інший такий елемент. Таким чином, дане поняття підлягає досить розширеному тлумаченню з боку Європейського суду з прав людини.

В національній практиці досить показовим є рішення Конституційного Суду України по справі № 1-9/2012 від 20 січня 2012 року⁴⁹⁹. В ній Конституційний Суд України, зокрема, зазначив, що:

«інформація про особисте та сімейне життя особи (персональні дані про неї) – це будь-які відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована, а саме: національність, освіта, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, матеріальний стан, адреса,

⁴⁹³ *Bensaid v. the United Kingdom*, app. № 44599/98, para. 47, ECHR 2001-I; *Peck v. the United Kingdom*, app. № 44647/98, para. 57, ECHR 2003-I.

⁴⁹⁴ Див., *mutatis mutandis*, *Burghartz v. Switzerland*, Judgment on 22 February 1994 p., para. 24, Series A no. 280-B; та *Ünal Tekeli v. Turkey*, заява № 29865/96, параграф 42, ECHR 2004-X (витяги).

⁴⁹⁵ *Z. v. Finland*, 25 лютого 1997 р., para. 71, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I.

⁴⁹⁶ *Case of Burghartz*, висновок Комісії, стор. 37, параграф 47, та *Friedl v. Austria*, рішення від 31 січня 1995 року, Series A no. 305-B, висновок Комісії, стор. 20, параграф 45.

⁴⁹⁷ *Rotaru v. Romania* [GC], para 43, *M.M. v. the United Kingdom*, app. № 24029/07, para. 187.

⁴⁹⁸ див., рішення у справах «3. проти Фінляндії» (*Z. v. Finland*), від 25 лютого 1997 року, пункт 95, *Reports of Judgments and Decisions*, 1997-I; «І. проти Фінляндії» (*I. v. Finland*), заява № 20511/03, пункт 40, від 17 липня 2008 року; «П. та С. проти Польщі» (*P. and S. v. Poland*), заява № 57375/08, пункт 128, від 30 листопада 2012 року; «Л.Х. проти Латвії» (*L.H. v. Latvia*), заява № 52019/07, пункт 56, від 29 квітня 2014 року; та «Y.Y. проти Росії» (*Y.Y. v. Russia*), заява № 40378/06, пункт 38, від 23 лютого 2016 року).

⁴⁹⁹ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12#Text>

дата і місце народження, місце проживання та перебування тощо, дані про особисті майнові та немайнові відносини цієї особи з іншими особами, зокрема членами сім'ї, а також відомості про події та явища, що відбувалися або відбуваються у побутовому, інтимному, товариському, професійному, діловому та інших сферах життя особи, за винятком даних стосовно виконання повноважень особою, яка займає посаду, пов'язану зі здійсненням функцій держави або органів місцевого самоврядування. Така інформація про фізичну особу та членів її сім'ї є конфіденційною і може бути поширена тільки за їх згодою, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини».

Що цікаве, Конституційний Суд України в рішенні по справі № 5-зп від 30 жовтня 1997 року досить розширено трактує поняття персональних даних, оскільки відніс до них і інформацію про майновий стан⁵⁰⁰. Таке розширене тлумачення в майновий бік цілком можливо, що історично пов'язане з свавільним позбавленням власності в епоху тоталітарних режимів.

Однак, в Європі увага більше зосереджена на використанні персональних даних, котрі використовуються провайдерами телекомунікаційних послуг і власниками веб-сайтів (вік, рік народження, ініціали особи, інформація про засоби зв'язку, зображення, тощо).

Досить показовою у цьому плані є справа K.U. v. Finland⁵⁰¹. Відповідно до фабули цієї справи, 15 березня 1999 року невідома особа чи особи розмістили рекламне оголошення на сайті знайомств в інтернеті від імені заявника, якому тоді було 12 років, без його відома. У повідомленні згадувалися його вік та рік народження, давався детальний опис його фізичних характеристик, наводився лінк на

⁵⁰⁰ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-97#Text>

⁵⁰¹ URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-117605&filename=001-117605.pdf&TID=ihgdqbxnfi>

веб-сторінку, яку він мав на той час, де було зображено його фото, а також телефонний номер, який був правильний за винятком однієї цифри. У повідомленні стверджувалося, що заявник прагнув інтимних відносин з хлопцем його віку чи старше, який би «показав би йому як це робиться». Суд визнав порушення статті 8 Конвенції і зазначив, що позитивним обов'язком Фінляндії було запровадження узгодженого законодавства, яке дозволило б провести ефективне розслідування. Однак, в даній справі було піднято і питання знаходження балансу між правом на приватність і свободою вираження поглядів, в тому числі і анонімно.

У справі «Пек проти Сполученого Королівства»⁵⁰², яка стосувалась оприлюднення відеоматеріалу із заявником, Європейський суд з прав людини зазначив, що факт оприлюднення Міською радою згаданого відеоматеріалу становить суттєве втручання у право заявника на повагу до його приватного життя. Суд звернув увагу на те, що міська рада не отримала попередньої згоди заявника на показ відеоматеріалу та не дістала гарантій від преси щодо приховання постаті заявника на відповідних фото. Суд також не виявив належних чи достатніх причин, які б виправдали безпосереднє оприлюднення Міською радою згаданого відеоматеріалу у передачі «Новини про системи КБС».

Вищевказаними справами Європейський суд з прав людини поклав на держави-підписанти Конвенції позитивне зобов'язання у вигляді врегулювання відносин між користувачами цифрових послуг з одного боку і суб'єктів господарювання з постачання таких послуг з іншого.

ii) Практика притягнення до відповідальності за порушення законодавства про доступ до персональних даних. Після вступу правил GDPR⁵⁰³, європейські регулятори наклали, зокрема, такі

⁵⁰² URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_165#Text

⁵⁰³ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-16#Text

штрафи: Французька комісія у справах інформаційних технологій і прав людини (CNIL) оштрафувала творців пошукової системи на 50 млн євро. Компанію звинуватили в порушенні законодавства ЄС, який передбачає донесення до користувачів інформації про збір та обробку їх персональних даних. Великий штраф в розмірі 204 млн євро був виставлений British Airways в Великобританії. Авіакомпанію звинуватили в недотриманні вимог щодо безпеки, що призвело до витоку даних 500 тисяч клієнтів. Мережі готелів Marriott у Великобританії був виставлений штраф в 110 млн євро за витік даних приблизно 339 млн гостей. Рекордсменом серед порушників став Facebook зі штрафом в 5 млрд євро за порушення приватності у справі Cambridge Analytica. Також в цей список потрапили медичний заклад в Португалії (штраф 400 тис. євро) за незабезпечення безпеки і контролю над даними, компанія з аналізу даних в Польщі (штраф 220 тис. євро) за порушення правил інформування та інші. Всього за 12 місяців дії GDPR було отримано понад 60 000 повідомлень про порушення обробки персональних даних і застосований 91 штраф⁵⁰⁴.

В Україні відносини з приводу незаконного доступу, використання та обробки персональних даних захищені статтею 182 Кримінального кодексу України⁵⁰⁵ (порушення недоторканності приватного життя) та статтею 188-39 Кодексу України про адміністративні правопорушення⁵⁰⁶ (порушення законодавства у сфері захисту персональних даних). За даними Єдиного державного реєстру судових рішень⁵⁰⁷, було усього 8 справ про притягнення до адміністративної відповідальності за статтею 188-39, з них лише

⁵⁰⁴ Лукашевич. Дайнис (2019, 12.08). Штрафы на миллиарды: как GDPR идут по Европе, миру и Украине. *ЛИГА.tech*. URL: <https://tech.liga.net/technology/opinion/shtrafy-i-preduprejdeniya-kak-gdpr-idet-po-evrope-miru-i-ukraine#:~:text=GDPR>

⁵⁰⁵ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>

⁵⁰⁶ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>

⁵⁰⁷ URL: <https://reyestr.court.gov.ua/>

в 4 особу було притягнуто до відповідальності за порушення законодавства у сфері захисту персональних даних. Певна частина правопорушень пов'язана також з незаконним доступом до баз даних, в яких, зокрема, зберігаються персональні дані (стаття 212-6 Кодексу України про адміністративні правопорушення). Максимальний розмір штрафу (якщо не брати до уваги покарання у вигляді позбавлення волі на строк до п'яти років) в рамках кримінального провадження складає 17 000 грн, а в рамках адміністративного притягнення до відповідальності – 34 000 грн.

Однак, існує ще одна стаття Кримінального кодексу України, яка стосується персональних даних, а саме 361-2 стаття Кримінального кодексу України (несанкціоновані збут або розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка зберігається в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або на носіях такої інформації) за яку передбачено максимальне покарання у вигляді штрафу 68 000 грн, або обмеження волі на строк до п'яти років та стаття 362 Кримінального кодексу України, яка відрізняється від першої спеціальним суб'єктом-особи, яка має доступ до цих баз даних. Станом на жовтень 2020 року за статтею 361-2 обліковувалось 85 кримінальних справи (52 оголошено повідомлень про підозру), а за статтею 362-872 (746 оголошено повідомлень про підозру). За аналогічний період 2019 року за статтею 361-2 обліковувалось 36 кримінальних справ (18 оголошено повідомлень про підозру), за статтею 362-638 (500 оголошено повідомлень про підозру)⁵⁰⁸. Тобто, правопорушення в сфері доступу до персональних даних в основному відбуваються з вини осіб, котрі мають безпосередній доступ до баз даних.

За частиною ж 1 статті 182 Кримінального кодексу України станом на жовтень 2020 року обліковувалось 234 кримінальні проступки (3 оголошено повідомлень про підозру) і 33 злочини

⁵⁰⁸ URL: https://old.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=114140&libid=100820

(12 оголошено повідомлень про підозру) (за частиною 2 статті 182 відповідно). Тобто загалом 267 кримінальні правопорушення. За аналогічний період 2019 року було зафіксовано загалом 198 кримінальних правопорушення за статтею 182 Кримінального кодексу України і вручено 19 повідомлень про підозру⁵⁰⁹. Тобто, спостерігається певне зменшення кількості кваліфікації діянь за статтею 182 Кримінального кодексу України, при одночасному збільшенні кількості повідомлених підозр.

Цілком можливо, що це пов'язано зі збільшенням кількості облікованих кримінальних правопорушень за статтею 301 Кримінального кодексу України (Ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів). За 2019 рік обліковувалось 968 кримінальні правопорушення за статтею 301, а в 2020 – 1083 відповідно⁵¹⁰.

Справа в тому, що так звані «колекторські служби», окрім незаконного використання персональних даних третіх осіб (номер телефону, ім'я, по батькові), які не надавали згоди на обробку та використання свої персональних даних, розпочали використовувати зображення як позичальників, так і третіх осіб, здобутих з відкритих джерел (зокрема мережі Facebook) з метою створення і розповсюдження фейкових, але дискредитуючих зображень порнографічного характеру за відмову сплатити борги⁵¹¹.

⁵⁰⁹ URL: https://old.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=114140&libid=100820

⁵¹⁰ Там само.

⁵¹¹ URL: https://www.npu.gov.ua/news/torgivlya-lyudmi/policzejski-chernigivshhinni-vikrili-kolektorsku-firmu-v-rozpovsyudzhenni-pidrobenix-pornografichnix-materialiv-na-kreditnix-borzhnikiv/?_cf_chl_jschl_tk__=bafc9e2a4ea25957803f6dcca5ccb5372cc22733-1607166898-0-AQr63PJG10Cb1AbPEjJ5Y6Fe5lJ4cnnG1_UXVlHROxR4BtboceKdjQnNHFf2zOyeKNwp3hxrVvuPQHcP3znoCgERAz8P9nl6DY67qwgN-wzFX63S0athFi0rLstwaUKqX3LNXDxHjof4l-sI797b9vH4BCcd2yvR8rSX6SWsvjOfz3Gg-A4R4oeYuCAZU1Srtl2LzmeTt3fsJUKPgr15MnenQdjac7_YdzWGvny8XxVE_UhWC2mAx9-ATRjY12vJjr-2RKE5Kf1lnWkZT921XjozlFuw8UWrm_5zQnRa8t8fXmKhj_6tSaN8KNJFniUK6E7i3tN-4GPX-KeZ2Mpl4T8Do5n6wnd6PgLakksjXevkVX_S9-51SiLmIdgJaas2pcJSPfgitO8Rs1Bq_C75uPYZk-tvFHs1ZMLziygOR220s0dpWTFXi-FyxzyEjIUURPXaklOC8QYez_075HeIzo6HQON-NaU5Pqc-m9ArP91KBrezQpwOLQXQ1uoJeiGsAMHPga_dl7BPkADxrl9djFWlJQ

Порівняльна таблиця кримінальних проваджень за ст.ст. 182, 301, 361-2, 362 ККУ		
Стаття ККУ	жовтень 2019	жовтень 2020
182	198 кримінальні справи (19 оголошено повідомлень про підозру)	267 кримінальні справи (15 оголошено повідомлень про підозру)
361-2	36 кримінальних справ (18 оголошено повідомлень про підозру)	85 кримінальні справи (52 оголошено повідомлень про підозру)
362	638 кримінальні справи (500 оголошено повідомлень про підозру)	872 кримінальні справи (746 оголошено повідомлень про підозру)
301	968 кримінальні справи (793 оголошено повідомлень про підозру)	1083 кримінальні справи (853 оголошено повідомлень про підозру)

8.2.3. Контроль та регуляція в сфері доступу суб'єктів господарської діяльності до персональних даних користувачів їх послуг. Загалом, повертаючись до проблематики попереднього розділу, діяльність банківських та небанківських установ викликає багато питань, починаючи як від отримання ними згоди на обробку персональних даних позичальників і третіх осіб, так і використання та збереження від «незаконних витоків» таких даних.

Найбільша кількість правопорушень в сфері фінансових послуг полягає у встановленні в умовах кредитних договорів прямих обмежень чи заборон на відкликання згоди на обробку персональних даних, обмеження юридичної можливості захисту своїх прав, як суб'єкта персональних даних, обробки персональних даних, що виходить за межі мети обробки, обумовленої зобов'язаннями за кредитним договором, обмеження способів і порядку поінформованості позичальника про умови і заходи обробки його персональних даних, неконкретизоване визначення кола суб'єктів, яким кредитор може нада-

вати повноваження обробляти персональні дані позичальника, тощо⁵¹².

Відповідно до частини першої статті 1 Додаткового протоколу до Конвенції № 108 від 08 листопада 2001 року, ратифікованого Законом України від 06 липня 2010 року № 2438-VI⁵¹³:

«Кожна Сторона передбачає один чи більше органів нагляду, відповідальних за забезпечення дотримання заходів, які передбачено їй внутрішньодержавним правом і які втілюють принципи, викладені в главах II і III Конвенції № 108 та в цьому Протоколі».

В Україні з 1 січня 2014 року змінами до Закону України «Про захист персональних даних» контрольно-наглядових повноважень у сфері захисту персональних даних було покладено з урядової Державної служби з питань захисту персональних даних на Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (далі – Уповноваженого). Таким чином, в Україні здійснюється парламентський контроль у сфері захисту персональних даних.

Відповідно до пункту 2 частини другої статті 23 Закону України «Про захист персональних даних», Уповноважений Верховної Ради України з прав людини проводить на підставі звернень або за власною ініціативою виїзних та безвиїзних, планових, позапланових перевірок володільців або розпорядників персональних даних в порядку, визначеному Уповноваженим, із забезпеченням відповідно до закону доступу до приміщень, де здійснюється обробка персональних даних.

Контроль Уповноваженим у сфері захисту персональних даних здійснюється шляхом проведення перевірок фізичних осіб, фізичних осіб-підприємців, підприємств, установ і організацій усіх

⁵¹² Заярний, О.А. (2020). Правовий аналіз підходів щодо забезпечення захисту прав суб'єктів персональних даних Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини у договірних кредитних правовідносинах (с. 16). Київ : Рада Європи. URL: <https://rm.coe.int/legal-analysis-on-protection-of-rights-in-credit-relations/16809f04e0>

⁵¹³ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2438-17#Text>

форм власності, органів державної влади та місцевого самоврядування, що є володільцями та/або розпорядниками персональних даних. Перевірки можуть бути планові, позапланові, виїзні та безвиїзні.

На підставі Акта перевірки, під час якої виявлено порушення вимог законодавства про захист персональних даних, складається припис про усунення порушень вимог законодавства у сфері захисту персональних даних, виявлених під час перевірки, за формою згідно з додатком 2 до «Порядку здійснення Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини» контролю за додержанням законодавства про захист персональних даних» затвердженого Наказом Уповноваженого від 08 січня 2014 року № 1/02-14⁵¹⁴ (далі – Порядок), (пункт 5.10 цього Порядку).

Відповідно до пункту 5 частини першої статті 23 Закону України «Про захист персональних даних», до компетенції Уповноваженого віднесено за підсумками перевірки, розгляду звернення видавати обов'язкові для виконання вимоги (приписи) про запобігання або усунення порушень законодавства про захист персональних даних, у тому числі щодо зміни, видалення або знищення персональних даних, забезпечення доступу до них, надання чи заборони їх надання третій особі, зупинення або припинення обробки персональних даних⁵¹⁵.

Разом з тим, для забезпечення своєчасного і послідовного інформування про факти порушень законодавства про захист персональних даних на ринку кредитних послуг, сприяння посиленню операційної спроможності Уповноваженого, доцільним вбачається підписання у майбутньому спільного меморандуму з Національним банком України про забезпечення взаємного інформування про

⁵¹⁴ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1_02715-14#Text

⁵¹⁵ Зяярний, О.А. (2020). Правовий аналіз підходів щодо забезпечення захисту прав суб'єктів персональних даних (с. 18)...

факти порушення законодавства України та сприяння у проведенні перевірок підконтрольних суб'єктів⁵¹⁶.

Однак, саме головне те, що Уповноважена в силу приписів статті виступає регулятором у сфері захисту персональних даних. Таким документом, зокрема, є Типовий порядок обробки персональних даних, Порядок повідомлення Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про обробку персональних даних, яка становить особливий ризик для прав і свобод суб'єктів персональних даних, про структурний підрозділ або відповідальну особу, що організовує роботу, пов'язану із захистом персональних даних при їх обробці, а також оприлюднення вказаної інформації та Порядок здійснення Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини контролю за додержанням законодавства про захист персональних даних⁵¹⁷.

Одним з обов'язків суб'єктів господарювання які володіють персональними даними є повідомляти Уповноваженого про обробку персональних даних, які становлять особливий ризик для прав і свобод суб'єктів персональних даних, упродовж тридцяти робочих днів з дня початку такої обробки. При цьому види обробки персональних даних, категорії суб'єктів, на яких поширюється вимога щодо повідомлення, а також форма та порядок визначаються також Уповноваженим.

За даними звіту⁵¹⁸ Уповноваженої, мобільні оператори ПрАТ «Київстар» та ПрАТ «МТС» обробляють з метою надання телекомунікаційних послуг дані про місцеперебування та шляхи пересування своїх абонентів. Ряд банків також обробляли ці дані, а також біометричні дані, з метою надання банківських послуг.

⁵¹⁶ Заярний, О.А. (2020). Правовий аналіз підходів щодо забезпечення захисту прав суб'єктів персональних даних (с. 29)...

⁵¹⁷ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1_02715-14/print1443613185179245#n92

⁵¹⁸ URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/zpd/obnarodovanie-informatsii/povidomlennya-pro-zdijsnennya-obrobki-personalnih-danix/>

Досить цікавим є те, що, наприклад, Національна поліція України повідомляє Уповноваженого про обробку персональних даних з метою протидії злочинності та здійсненню оперативно-розшукової діяльності, а саме: біометричні дані, про притягнення до кримінальної та адміністративної відповідальності, застосування заходів в рамках досудового розслідування, вжиття щодо особи заходів, передбачених Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність»⁵¹⁹. Однак, при цьому не повідомляє про обробку даних про місцеперебування та шляхи пересування осіб. Натомість, Державне бюро розслідувань про збір таких даних з метою правоохоронною діяльності (в тому числі і для транскордонної передачі і передачі третім особам) повідомило Уповноважену, але не повідомило про збір біометричних даних. Служба безпеки України також повідомила з метою контррозвідувальної та оперативно-розшукової діяльності про всі дані, що збирає Національна поліція України, окрім біометричних даних, а також, додатково, про притягнення осіб до адміністративної відповідальності. Національне антикорупційне бюро України взагалі не повідомило Уповноважену про збір будь-яких даних. Однак, всі вони так чи інакше, але використовують дані про місцеперебування та пересування операторів мобільних мереж.

Справа в тому, що в контексті порушення прав людини на приватне життя, в майбутньому може постати питання про визнання доказів, здобутих з порушенням порядку збирання персональних даних, недопустими. Наразі ж, у відкритому доступі відсутня інформація про перевірку Уповноваженої стану дотримання законодавства про захист персональних даних органами правопорядку.

Однак, окрім Уповноваженої, одним зі способів захисту є порушеного права захист персональних даних є звернення до суду.

⁵¹⁹ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text>

В червні 2018 року близько 750 осіб звернулися до суду із позовом до Публічного акціонерного товариства Комерційний банк «Приватбанк» про визнання дій банку з приводу витоку персональних даних неправомірними та стягнення моральної шкоди (по 11 тисяч гривень на кожную особу). В Єдиному державному реєстрі судових рішень вона знаходиться під номером № 757/27849/18-ц⁵²⁰, але рішення по суті досі немає. В тому ж році з'явилась новина⁵²¹ про продаж бази даних клієнтів Нової Пошти, але пізніше ці дані не підтвердились. Аналогічно в 2020 році з'явилися новини⁵²² про витоки даних з додатку Мінцифри «Дія», які пізніше були спростовані представниками міністерства.

Отже, на даний момент серед проблем в регулюванні відносин у сфері захисту персональних даних є відсутність значних штрафів за відповідні правопорушення як для суб'єктів господарювання, так і для посадових осіб, котрі мають справу з персональними даними, а практика їх застосування є незначною.

Проблема як в загальній неготовності суб'єктів господарювання до повноцінного впровадження принципів GDPR в своїй діяльності, так і відсутністю значної «політичної волі» Уповноваженої Верховної Ради з прав людини по виявленню і притягненню винних осіб до адміністративної відповідальності. Суб'єкти господарювання, відповідно до інформації з веб-сайту Уповноваженої⁵²³, взагалі не включені до плану проведення перевірок, хоча багато з них збирають дані як біометричні, так і про пересування користувачів їх послугами. Не включені в плани перевірок і органи правопорядку. В судовій практиці також поки що не виробились прецеденти стягнення моральної шкоди за порушення приватності, хоча вже трапляються

⁵²⁰ URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92281126>

⁵²¹ URL: <https://www.epravda.com.ua/rus/news/2018/02/6/633794/>

⁵²² URL: <https://www.epravda.com.ua/publications/2020/05/13/660405/>

⁵²³ URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/zpd/kontrol/plan-provedennya-perevirok/>

непоодинокі випадки несанкціонованих витоків та втрат персональних даних. Загалом культура дотримання принципів приватності в своїй діяльності знаходиться в край незадовільному стані.

Відсутні підзаконні нормативно-правові акти, котрі регулювали б порядок проведення спільних перевірок дотримання законодавства про захист персональних даних Уповноваженої з іншими органами влади та Національним банком України.

Вбачається за потрібне як внесення відповідних змін до законодавства з підвищенням штрафів (але з відстрочкою набрання ними чинності для підготовки бізнесу до них), так і розроблення нормативно-правової бази для проведення спільних перевірок Уповноваженої та органів влади і Національного банку України. Звичайно, наведення порядку в цій сфері буде неможливе без «політичної волі» головного контролера та регулятора в цій сфері – Уповноваженої Верховної Ради з прав людини. Всі ці заходи повинні призвести до головної мети: підвищення загальної культури розуміння важливості поваги приватності як серед представників органів влади, так серед бізнесу і пересічних громадян.

8.3. Економічна свобода юридичних осіб приватного права

8.3.1. Економічна свобода юридичних осіб залежно від порядку їх створення. Американські науковці Дж. Хаан та Дж. Стем дійшли висновку, що чим ширшими є економічні свободи, тим швидшим і стабільнішим виявляється зростання добробуту. Однак при цьому рівень стійкого економічного зростання не має зв'язку з рівнем економічної свободи⁵²⁴. Економічна свобода – це категорія,

⁵²⁴ Haan, J., Sturm, J. (2000). On the relationship between economic freedom and economic growth. *European Journal of Political Economy*, 215–241.

завдяки якій розкриваються відносини між учасниками цивільних відносин. До учасників цивільних відносин Цивільний кодекс України (далі – ЦК) відносить фізичних та юридичних осіб, а також Державу, АРК, територіальні громади, іноземні держави та інших суб'єктів публічного права (ст. 2). Фізичні особи мають економічну свободу в разі, якщо: а) власність, яку вони придбали без використання сили, обману або крадіжки, захищена від фізичного вторгнення інших осіб; б) вони можуть вільно використовувати, обмінювати або передавати свою власність іншим особам до тих пір, доки їх дії не порушують ідентичних прав інших. Таким чином, центральними елементами економічної свободи є персональний вибір, захист прав власності та вільний обмін⁵²⁵.

Відповідно до частини 2 статті 81 ЦК юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. Характерними ознаками юридичних осіб публічного права є те, що вони створюються безпосередньо законом або адміністративним актом як носії публічних завдань, їх організація регулюється приписами законів публічних інтересів і вони загалом виконують відповідні публічні функції. Поділ юридичних осіб на юридичних осіб публічного і приватного права насамперед має визначити саме для держави та територіальних громад, яку функцію – публічну чи приватну – виконує створена ними юридична особа, оскільки сьогодні через відсутність такого критерію виникає чимало питань щодо визначення правового статусу тих чи інших юридичних осіб, створених органами державної влади⁵²⁶.

⁵²⁵ Gwartney, J., Lawson, R. and Block, W. (1996). *Economic Freedom in the World, 1975–1995*. Vancouver : Fraser Institute.

⁵²⁶ Кучеренко, І.М. (2004). *Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права* : монографія (с. 27). Київ.

ЦК серед юридичних осіб публічного права називає: державні підприємства, навчальні заклади, створені державою (ч. 2 ст. 167 ЦК); навчальні заклади, створені АРК (ч. 2 ст. 168 ЦК); комунальні підприємства, спільні комунальні підприємства, заклади, створені територіальними громадами (ч. 2 ст. 169 ЦК). Слід зазначити, що Господарський кодекс України (далі – ГК) не закріплює формальний поділ на юридичних осіб публічного права та юридичних осіб приватного права. Однак, за ознаками, притаманними юридичній особі публічного права, можна віднести: казенні підприємства (ст. 76 ГК); комунальне унітарне підприємство (ст. 78 ГК).

Одним з критеріїв при кваліфікації юридичної особи публічного права є мета, яка полягає у задоволенні публічного інтересу, тобто визнаний державою і забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого слугує умовою та гарантією її існування і розвитку. Ознаками публічного інтересу є відповідність потребам, цілям всього суспільства або значної його частини; неперсоніфікованість носія інтересу; захист з боку спеціалізованих суб'єктів; законність; публічний інтерес закріплюється в законодавстві і відповідає йому; неприпустимість обмеження публічного інтересу. Публічні інтереси закріплюються у системі принципів, які є основою конституційного ладу України, формуються народом та реалізуються у правовідносинах юридичними особами публічного права.

Слід звернути увагу й на ту обставину, що має значення не лише мета створення юридичної особи, а й галузь, у якій має діяти та чи інша організація. Якщо юридична особа має діяти у галузі публічного права і виконувати відповідні адміністративні, освітні тощо функції, то вона є суб'єктом публічного права і має створюватися у порядку, визначеному для таких осіб. Якщо ж юридична особа має функціонувати у галузі приватного права як його суб'єкт, то вона повинна створюватися в порядку, встановленому для юридичних осіб приватного права.

Для юридичних осіб публічного права специфічним є правовий режим майна, яке їм належить. Державне майно належить їм на праві господарського відання чи оперативного управління. Юридичні особи публічного права не є власниками майна, для них майнова ознака має дещо формальний характер, оскільки майно належить їм на підставі речових прав. Право на управління державою юридичними особами публічного права базується на повноваженнях держави-власника, а управління державою юридичними особами приватного права – на володінні корпоративними правами⁵²⁷.

Окрім закріпленого права держави створювати юридичні особи публічного права, у ст. 167 ЦК України передбачається право держави створювати юридичні особи приватного права (підприємницькі товариства тощо), брати участь у їх діяльності на загальних підставах. Юридична особа приватного права створюється за волевиявленням засновників на підставі установчих документів. Установчим документом юридичної особи приватного права є затверджений учасниками статут або засновницький договір між учасниками, якщо інше не встановлено законом. Установчі документи повинні містити відомості про вид товариства, предмет і цілі його діяльності, склад засновників та учасників, найменування, розмір та порядок утворення статутного (складеного) капіталу, порядок розподілу прибутків та збитків, склад та компетенцію органів товариства та порядок прийняття ними рішень, включаючи перелік питань, по яких необхідна кваліфікована більшість голосів, порядок підписання установчих документів, порядок внесення змін до установчих документів

⁵²⁷ Васильєва, В.В. (2018, 5–6 жовт.). Критерії розмежування юридичних осіб публічного права та юридичних осіб приватного права». *Корпоративне право України та країн Європейського Союзу: новели законодавства*: збірник наук. праць за матер. XVI Міжнар. наук.-практ. конф. (с. 36 (с. 35–37)). Івано-Франківськ.

та порядок ліквідації і реорганізації товариства (ст. 4 Закону України «Про господарські товариства»⁵²⁸).

Юридичні особи приватного права створюються з метою задоволення інтересів окремих фізичних та/або юридичних осіб, у більшості випадків для отримання прибутку. Функціонування юридичних осіб безпосередньо пов'язано із становищем фізичних осіб, тому основні права та свободи людини і громадянина, викладені у розділі II Конституції України, поширюються, з урахуванням їх змісту, також і на юридичних осіб. Саме так вирішено це питання у конституціях деяких зарубіжних держав. Зокрема, частина друга статті 9 Конституції Естонської Республіки зафіксувала положення, за яким зазначені в Основному Законі права, свободи та обов'язки поширюються на юридичних осіб, оскільки це узгоджується із загальними цілями юридичних осіб та суттю таких прав, свобод і обов'язків. Такі положення містяться й в Конституції Грузії (стаття 45) та в Основному Законі ФРН (стаття 19). Однак, обмежувальне тлумачення статті 58 Конституції України як норми, що поширюється лише на фізичних осіб, є ущемленням прав особи на здійснення підприємницької діяльності у випадку створення юридичної особи⁵²⁹. Зроблений висновок надає можливість вирівняти у здійсненні суб'єктивних прав учасників цивільних відносин (фізичних та юридичних осіб), наділити їх економічною свободою у здійсненні підприємницької діяльності. У цьому аспекті визначальною є ознака рівності суб'єктів у цивільних правовідносинах.

До підприємницьких товариств, відповідно до ст. 84 ЦК, належать господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або вироб-

⁵²⁸ Про господарські товариства: Закон України від 19.09.1991 № 1576-XII.
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12#Text>

⁵²⁹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Скоморохи В.Є. у рішенні КСУ від 9 лютого 1999 р.

ничі кооперативи. Виходячи зі змісту ст. 84 ЦК, створення державою підприємницького товариства у формі акціонерного товариства є створенням юридичної особи приватного права.

Відповідно до ч. 1 ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства»⁵³⁰ акціонерне товариство – господарське товариство, статутний капітал якого поділено на визначену кількість часток однакової номінальної вартості, корпоративні права за яким посвідчуються акціями. Згідно з ч. 3 ст. 3 Закону «Про акціонерні товариства» акціонерне товариство може бути створено шляхом заснування або злиття, поділу, виділу чи перетворення підприємницького (підприємницьких) товариства, державного (державних), комунального (комунальних) та інших підприємств у акціонерне товариство. Той факт, що акціонерна компанія утворюється на основі власності держави, не зумовлює того, що новостворена особа є юридичною особою публічного права. Держава, передаючи майно у власність юридичної особи, набуває корпоративних прав щодо неї. Зміст корпоративного права становлять визначені законодавством, локальними правовими актами, майнові і немайнові права, що обумовлені участю особи у підприємницькому товаристві, які включають повноваження на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) цієї організації та активів у випадку ліквідації останньої у відповідності із законом, а також інші повноваження, передбачені законом та установчими документами. Для участі у приватноправових відносинах та у цивільному обороті на загальних засадах держава обирає ті ж організаційно-правові форми, що і суб'єкти приватного права⁵³¹. Згідно ст. 167 ЦК держава діє в цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин.

⁵³⁰ Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 № 514-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17>

⁵³¹ Васильєва, В.В. *Критерії розмежування юридичних осіб публічного права та юридичних осіб приватного права* (с. 37)...

Слід зазначити, що статус засновника (акціонера) господарського товариства та правовий режим його майна, що було внесено засновником до статутного капіталу цього товариства, не визначають і не впливають на статус самого господарського товариства та правовий режим цього товариства. Тому коли учасником господарського товариства є держава, то це не змінює режиму майна цього господарського товариства на режим майна державного підприємства, оскільки неможливе існування права власності держави одночасно і на майно компанії, і на її ж корпоративні права щодо останньої. Так, наприклад, якщо акціонерне товариство, 100% акцій якого належить державі (державна акціонерна компанія), не має статусу державної холдингової компанії, дія положень Закону України «Про управління об'єктами державної власності» поширюється на державну акціонерну компанію лише в частині управління 100% акцій, які емітовані зазначеною компанією і належать державі. Відповідно, дія Закону «Про управління об'єктами державної власності» не поширюється на правовідносини щодо розпорядження державною акціонерною компанією належними їй акціями інших акціонерних товариств (Постанова Вищого господарського суду України від 17.02.2009 р. у справі № 11/31-08).

Згідно зі ст. 85 ГК господарське товариство є власником: майна, переданого йому у власність засновниками і учасниками як внески; продукції, виробленої в результаті господарської діяльності товариства; доходів, одержаних від господарської діяльності товариства; іншого майна, набутого товариством на підставах, не заборонених законом. Відповідно до ст. 12 Закону «Про господарські товариства» товариство є власником майна, переданого йому учасниками у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу.

У п. 53 Інформаційного листа Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування норм Цивіль-

ного та Господарського кодексів України»⁵³² зазначено, що держава в особі її органів може бути не тільки засновником суб'єкта господарювання, а його акціонером.

Формування економічної свободи господарюючих суб'єктів відбувається в межах існуючого інституційного середовища. Його вплив проявляється у виборі моделі обґрунтування господарських рішень; у побудові системи контролю, повноважень і відповідальності; в моделях координації своєї поведінки з іншими господарюючими суб'єктами; у виборі правил, форм і методів вирішення конфліктних ситуацій на ринку і всередині фірми; у способах і масштабах відповідальності за своїми зовнішніми і внутрішніми зобов'язаннями⁵³³.

Таким чином, держава в особі уповноваженого органу є власником акцій акціонерного товариства, а звідси впливає, що акції та посвідчені ними корпоративні права перебувають у державній власності. У той самий час, власником майна акціонерного товариства є саме товариство, як юридична особа приватного права і, відповідно до ч. 1 ст. 325 ЦК, така власність належить до приватної.

Окрім цього підлягає розмежуванню і відповідальність юридичних осіб публічного та юридичних осіб приватного права, оскільки за юридичною особою публічного права завжди стоїть держава, як правило юридичні особи публічного права знаходяться під постійною опікою державних органів. Юридична особа приватного права відповідає самостійно за своїми зобов'язаннями, усім належним їй майном (ст. 96 ЦК).

⁵³² Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Вищий господарський суд; Лист від 07.04.2008 № 01-8/211. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08#Text (правда, такі листи це сумнівна практика з точки зору верховенства права та незалежності суду – прим. ред.)

⁵³³ Экономический порядок и экономическая свобода. URL: <http://www.razmut.com.ua/index.php/kvalifikacii/15-jekonomika/300-jekonomicheskij-porjadok-i-jekonomicheskajasvoboda>

Таким чином, держава регулює економічну свободу виступаючи як гарант забезпечення еквівалентно-відплатних ринкових відносин між суб'єктами через створення економічних, правових, організаційно-технічних та інших умов розвитку суб'єктів. Дієвість державного регулювання економіки і ступінь обмеження економічної свободи визначається дотриманням принципу верховенства права, надійністю захисту приватної власності, створенням системи мотивів і стимулів раціональної взаємодії суб'єктів ринку і дотримання ними прав один одного⁵³⁴.

8.3.2. Економічна свобода щодо спадкування корпоративних прав. Проголошення України правовою державою, в якій гарантується охорона і захист права власності громадян, вимагає адаптування цього положення до сучасних реальних правовідносин у державі, коли громадянам на праві власності належать не тільки будинки, а й корпоративні права стосовно господарських товариств. Корпоративні права – це права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами (ст. 167 ГК). Отже, права учасників господарського товариства є складними, до них належать як немайнові права (право брати участь в управлінні справами товариства, право виходу із товариства, право на інформацію тощо), так і майнові (право на частку прибутку, право на оплату вартості майна при виході з товариства тощо), визначені законом та установчими документами. Саме в установчому договорі між засновниками

⁵³⁴ Гордуновський, О.М. (2015). Сутність та форми економічної свободи та її особливості в Україні. *Фінансовий простір*, 4(20), 153 (151–156).

підприємства встановлюються права і обов'язки майбутніх володільців корпоративних прав, а тому обмежувати свободу їх вибору немає достатніх підстав.

Виникає питання: якими правами будуть наділятися спадкоємці в корпоративних правовідносинах? Положення статті 147 ЦК передбачає перехід до спадкоємця фізичної особи – учасника товариства – частки у статутному капіталі ТОВ з урахуванням вимог статуту такого товариства. Стаття 55 Закону «Про господарські товариства» надає спадкоємцям учасника товариства переважне право на вступ до цього товариства, а також визначає правові наслідки відмови цих осіб від вступу до товариства або відмови товариства у прийнятті до нього спадкоємця. Аналізуючи законодавство України слідуює, що в певних передбачених законом випадках, правонаступник (спадкоємець) може продовжити, за бажанням, справу померлої особи (спадкодавця). Отже, бажання здійснювати права та виконувати обов'язки правонаступником є немайновим. Відповідно на цій підставі не завжди діє правило передбачене статтею ч. 1 ст. 1219 ЦК, що не входять до складу спадщини особисті немайнові права спадкодавця. Таким чином, спадкоємці в корпоративних правовідносинах спадкують: 1) майнові права; 2) за бажанням можуть успадкувати особисті немайнові права спадкодавця.

Із цього виникає наступне питання, що є об'єктом корпоративних прав, які спадкуються: частка у статутному капіталі, корпоративні права загалом чи право на вступ до товариства?

Частина 5 ст. 147 ЦК передбачає, що частка у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю переходить до спадкоємця фізичної особи або правонаступника юридичної особи – учасника товариства, якщо статутом товариства не передбачено, що такий перехід можливий лише за згодою інших учасників товариства. Частина 1 ст. 100 ЦК визначає право участі у товаристві особистим немайновим правом. Водночас ст. 55

Закону «Про господарські товариства» містить протилежну норму та встановлює переважне право спадкоємців саме на вступ до товариства. При цьому, згідно з ч. 1 ст. 1219 ЦК, до складу спадщини не входять права та обов'язки, які нерозривно пов'язані з особою спадкодавця, зокрема особисті немайнові права... право на участь у товариствах та право членства в об'єднаннях громадян, якщо інше не встановлено законом або їх установчими документами.

Аналізуючи судову практику, можна дійти висновку, що суди по-різному трактували наведені норми та дотримувалися двох протилежних позицій, а саме:

- при спадкуванні спадкоємець отримує лише право на частку, а не право участі в його управлінні;
- спадкоємець спадкує не лише право на частку, але й автоматично вступає до складу його учасників (якщо статутом не передбачено інше); у такому випадку право на участь в управлінні товариством та на частку в статутному капіталі підтверджується документами, що посвідчують право на спадщину.

У 2016 р. постановою Пленуму Вищого господарського суду «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних відносин»⁵³⁵ було визначено, що у разі смерті (ліквідації) учасника товариства з обмеженою відповідальністю спадкоємцем (правонаступником) спадкується не право на участь, а право на частку в статутному (складеному) капіталі товариства. При цьому, якщо статутом не був детально врегульований порядок надання згоди на набуття частки та включення спадкоємця до складу учасників товариства, дійсні учасники могли маніпулювати своїм становищем з метою недопущення спадкоємця до управління товариством.

⁵³⁵ Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин: Вищий господарський суд; Постанова від 25.02.2016 № 4: URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16#Text>

На сьогодні відповідно до положень Закону «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»⁵³⁶ передбачено, що частка спадкодавця переходить до його спадкоємця чи правонаступника без згоди учасників товариства. Крім того, законом не передбачена вимога надання згоди інших учасників товариства на вступ спадкоємця до складу учасників. Тобто спадкоємець матиме такі ж права на володіння, користування та розпорядження часткою, а також на участь у діяльності товариства, як і його спадкодавець. Крім того, Закон «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» надає спадкоємцю можливість самостійно звернутися до органу державної реєстрації із заявою про внесення змін до складу учасників товариства. Рішення інших учасників для реєстратора не матиме жодного значення. До того ж інші учасники товариства не матимуть змоги виключити нового учасника зі складу учасників товариства. Саме цим положенням законодавець підкреслює економічну свободу спадкоємців вирішити питання щодо участі у товаристві.

Економічна свобода щодо учасників корпоративних відносин визнається й судовою практикою. Так, в одній із постанов ВС зазначив, що фізична особа, яка не має статусу суб'єкта підприємницької діяльності, може звернутися до господарського суду з вимогами до фізичної особи без статусу суб'єкта підприємницької діяльності лише у спорах, що виникають із корпоративних відносин у разі, якщо такий спір виник між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи (а не колишніми учасниками), пов'язаних із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності такої особи, правами та обов'язками учасників (засновників, акціонерів, членів)⁵³⁷.

⁵³⁶ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю від 06.02.2018 р. *Відомості Верховної Ради*, 2018, 13, 69.

⁵³⁷ Постанова ВС від 17.01.2018 р. у справі № 908/184/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71676338>

У ст. 23 Закону «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» визначені правові наслідки переходу частки до спадкоємця або правонаступника учасника товариства, у разі смерті, оголошення судом безвісно відсутнім або померлим учасника – фізичної особи чи припинення учасника – юридичної особи, частка якого у статутному капіталі товариства становить менше 50 відсотків, та якщо протягом року з дня закінчення строку для прийняття спадщини, встановленого законодавством, спадкоємці (правонаступники) такого учасника не подали заяву про вступ до товариства відповідно до закону, товариство може виключити учасника з товариства. Таке рішення приймається без врахування голосів учасника, який виключається. Якщо частка такого учасника у статутному капіталі товариства становить 50 відсотків або більше, товариство може приймати рішення, пов'язані з ліквідацією товариства, без врахування голосів цього учасника.

У будь-якому випадку учасник, якого виключено, має право отримати вартість оплаченої частини своєї частки, виходячи з її ринкової вартості. Відповідно до п. 13 Закону не пізніше 30 днів з дня прийняття загальними зборами учасників такого рішення, товариство зобов'язане повідомити колишньому учаснику (його спадкоємцю, правонаступнику) вартість його частки. Вартість частки визначається станом на день, що передував дню прийняття загальними зборами учасників рішення про виключення учасника з товариства.

Таким чином, при спадкуванні корпоративних прав, складом спадщини є немайнові та майнові права спадкодавця, які переходять після його смерті до спадкоємців за законом або за заповітом і, які забажали прийняти спадкоємці та належним чином їх оформили. Спадкування корпоративних прав є економічною свободою спадкоємців щодо здійснення чи нездійснення ними успадкованих корпоративних прав.

8.3.3. Обмеження економічної свободи при вирішенні окремих дискусійних питань, пов'язаних з діяльністю юридичних осіб. Загальна ідея соціальної держави, за класичним визначенням Л. фон Штейна, полягає у тому, що держава зобов'язана підтримувати абсолютну рівність у правах для різних суспільних класів, для окремої особистості, що самовизначається, завдяки своїй владі та має сприяти економічному і суспільному прогресу всіх громадян. Оскільки реалізація цих завдань передбачає певну матеріальну основу, держава змушена втручатися у процеси розподілу та перерозподілу суспільного продукту, обмежуючи майнові інтереси тих членів суспільства, що володіють більшою економічною владою.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону «Про публічні закупівлі» до замовників, які здійснюють закупівлі належать: 1) органи державної влади (орган законодавчої, органи виконавчої, судової влади), та правоохоронні органи держави, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, об'єднання територіальних громад; 2) Пенсійний фонд України, цільові страхові фонди зі страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань, медичного страхування та страхування на випадок безробіття (далі – органи соціального страхування); 3) юридичні особи, які є підприємствами, установами, організаціями (окрім тих, які визначені у пунктах 1 і 2 цієї частини) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі, за наявності однієї з таких ознак:

- юридична особа є розпорядником, одержувачем бюджетних коштів;
- органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі управління юридичної особи;

– у статутному капіталі юридичної особи державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків;

4) юридичні особи та/або суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в одній або декількох окремих сферах господарювання, визначених частиною другою цієї статті, та відповідають хоча б одній з таких ознак:

– органам державної влади, органам влади Автономної Республіки Крим, органам місцевого самоврядування або іншим замовникам належить частка у статутному капіталі юридичної особи та/або суб'єкта господарювання в розмірі більше ніж 50 відсотків або такі органи чи інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі юридичної особи та/або суб'єкта господарювання чи правом призначати більше половини складу виконавчого органу або наглядової ради юридичної особи та/або суб'єкта господарювання;

– наявність спеціальних або ексклюзивних прав – прав, наданих у межах повноважень органом державної влади або органом місцевого самоврядування на підставі будь-якого нормативно-правового акта та/або акта індивідуальної дії, що обмежують провадження діяльності у сферах, визначених цим Законом, однією чи кількома особами, що істотно впливає на здатність інших осіб провадити діяльність у зазначених сферах. Не вважаються спеціальними або ексклюзивними права, що надані за результатами конкурсів (тендерів, процедур закупівель), інформація про проведення яких разом з критеріями відбору попередньо оприлюднювалася та була наявна у публічному доступі, можливість участі у таких конкурсах (тендерах, процедурах закупівель) не була обмежена та якщо надання таких прав здійснювалося на основі об'єктивних критеріїв.

Коментована стаття визначає перелік осіб-замовників, на яких покладається обов'язок здійснювати свою діяльність відповідно до положень Закону України «Про публічні закупівлі», тобто Закон економічно обмежує дії зазначених осіб.

Цікавим є запропонована Законом ознака наявності спеціальних або ексклюзивних прав – прав, наданих у межах повноважень органом державної влади або органом місцевого самоврядування на підставі будь-якого нормативно-правового акта та/або акта індивідуальної дії, що обмежують провадження діяльності у сферах, визначених цим Законом, однією чи кількома особами, що істотно впливає на здатність інших осіб провадити діяльність у зазначених сферах.

Аналізуючи запропоноване визначення спеціальних або ексклюзивних прав, виникає питання щодо обмеження провадження діяльності (обмеження економічної свободи) та його застосування до окремих категорій осіб.

Зупинимо увагу, на окресленій проблемі.

Відповідно до ч. 1 ст. 1108 ЦК, особа, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензіар), може надати іншій особі (ліцензіату) письмове повноваження, яке надає їй право на використання цього об'єкта в певній обмеженій сфері (ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності), наприклад, у сфері виробництва теплової енергії, транспортування теплової енергії, постачання теплової енергії тощо.

Ліцензія (від. лат. – дозволений) означає дозвіл, право. Ліцензії засновані на монополії держави у визначених сферах виробництва і видаються компетентними державними органами на здійснення певного виду фахової діяльності або окремих операцій⁵³⁸.

Відповідно до ч. 2 ст. 14 ГК правові засади ліцензування, патентування певних видів господарської діяльності та квотування визначаються виходячи з конституційного права кожного на здійснення підприємницької діяльності, не забороненої законом, а також

⁵³⁸ За заг. ред. Булеци, С.Б., Чепис, О.І. (2019). *Право інтелектуальної власності* (с. 398 (488 с.)). Ужгород : РІК-У.

принципів господарювання, встановлених у статті 6 ГК. Серед цих принципів – забезпечення економічної багатоманітності та рівний захист державою усіх суб'єктів господарювання; свобода підприємницької діяльності у межах, визначених законом; вільний рух капіталів, товарів та послуг на території України; обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємництві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави; захист національного товаровиробника; заборона незаконного втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини. А, наприклад, у ст. 6 Закону «Про теплопостачання»⁵³⁹ визначено принципи державної політики у сфері теплопостачання. Серед них – сприяння розвитку конкурентних відносин на ринку теплової енергії. Відповідно до ст. 15 цього Закону, засадами державного регулювання діяльності у сфері теплопостачання є запобігання монополізації та створення умов для розвитку конкурентних відносин у сфері теплопостачання.

Згідно з п. 9 ч. 3 ст. 3 Закону «Про національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг»⁵⁴⁰ із основних завдань Регулятора є сприяння розвитку конкуренції на ринках у сферах енергетики та комунальних послуг. У ч. 1 ст. 20 Закону визначено, що Регулятор здійснює моніторинг функціонування ринків у сферах енергетики та комунальних послуг, який забезпечується шляхом проведення аналізу та оцінки, зокрема: рівня прозорості та конкуренції на ринках у сферах енергетики та комунальних послуг.

⁵³⁹ Про теплопостачання: Закон України від 02.06.2005 № 2633-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2633-15#Text>

⁵⁴⁰ Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг: Закон України від 22.09.2016 № 1540-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-19#Text>

Таким чином, в аналізованих Законах нічого не сказано щодо обмеження провадження діяльності (обмеження економічної свободи), а навпаки визначено про можливість здійснення діяльності (про економічну свободу).

У Листі Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 04.06.2020 р. № 3304-04/34929-06 зазначено, що конкретні критерії для визначення наявності спеціальних або ексклюзивних прав в контексті Закону можна сформулювати на підставі таких міркувань, які побудовані на логіці «від зворотного», тобто, через розуміння випадків, коли спеціальне/ексклюзивне право не виникає. Отже, *спеціальне/ексклюзивне право не виникає у разі якщо особи володіють такими правами не на підставі будь-якого нормативно-правового акта та/або акта індивідуальної дії органів державної влади або органом місцевого самоврядування; особи володіють такими правами, однак такі права не обмежують провадження діяльності у сферах, визначених цим Законом, однією чи кількома особами, що істотно впливає на здатність інших осіб проводити діяльність у зазначених сферах; особи отримала такі права за результатами конкурсів (тендерів, процедур закупівель), інформація про проведення яких разом з критеріями відбору попередньо оприлюднювалися та була наявна у публічному доступі, можливість участі у таких конкурсах (тендерах, процедурах закупівель) не була обмежена та якщо надання таких прав здійснювалося на основі об'єктивних критеріїв.*

Відповідно до пунктів 1 та 2 преамбули Міжінституційної угоди між Європейським парламентом, Радою ЄС та Комісією ЄС щодо загальних настанов, спрямованих на забезпечення якості проектування законодавства Співтовариства від 22 грудня 1998 року (1999/С 73/01), серед загальних принципів нормопроекування, що містяться в згаданій Міжінституційній угоді, вказується, що проекти актів законодавства ЄС мають викладатись ясно, просто та чітко. При цьому проекти актів мають викладатись у термінах

та синтаксичних структурах з урахуванням багатомовної природи законодавства ЄС; поняття чи термінологія, специфічна для будь-якої національної правової системи мають застосовуватись обережно. Термінологія, що використовується в певному акті, має бути стійкою, єдиною, як в межах такого акта, так і в усьому масиві вже чинних актів, особливо тих, що стосуються однієї сфери регулювання. Ідентичні поняття мають бути виражені однаковими термінами, наскільки це можливо, без відхилення від їх значення у звичайній, юридичній чи технічній мові. *Відповідно до пункту 14 Міжінституційної угоди, якщо терміни, що використовуються в акті не є однозначними, вони мають бути визначені разом в одній статті на початку нормативного акта.*

Таким чином, у Законі «Про публічні закупівлі» не чітко визначено нові для національного законодавства категорії спеціальних або ексклюзивних прав. Зрозуміло, що право здатне встановлювати певні орієнтири лише у тому випадку, коли воно саме є ясным і зрозумілим.

Правова визначеність – загальноправовий принцип, відповідно до якого формулювання правових норм є доступним і зрозумілим для пересічної особи настільки, що вона може прогнозувати правові наслідки своєї поведінки.

Власне бачення правової визначеності Конституційний Суд України сформулював у Рішенні від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками, в якому зазначається, що *«із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі»* (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини). Цим Конституційний Суд України наголосив, що невизначеність, нечіткість правової норми призводить до її неоднакового розуміння

та тлумачення, що в практичній площині призводить до різного застосування.

Доводячи визначену позицію, слід звернутися до практики ЄС.

Питанню спеціальних/виключних прав приділено увагу в Директиві ЄС. В частині 3 статті 4 Директиви 2014/25/ЄС (на відміну від українського законодавства) чітко вказано, що метою надання *«спеціального або ексклюзивного права» є намір обмежити однією або кількома організаціями кількість тих, що можуть здійснювати види діяльності у комунальній сфері»*.

Відповідно до аналізу положень Директиви ЄС, спеціальні та ексклюзивні права існують там, де необхідний дозвіл, зокрема ліцензія, для здійснення певного виду діяльності. Слід відмітити, що навіть у європейській практиці не завжди однозначно вирішується питання щодо спеціальних або ексклюзивних прав. Так, з моменту прийняття першої Директиви з державних закупівель у комунальному секторі економіки поступова лібералізація відповідних ринків, як на рівні ЄС, так і на національному (наприклад, щодо виробництва та постачання електроенергії та газу, надання поштових послуг тощо), значною мірою вплинуло на концепцію спеціальних/ексклюзивних прав. Наразі, у країнах-членах ЄС надання відповідного дозволу органом державної влади або місцевого самоврядування для здійснення певного виду діяльності не обов'язково становить спеціальні та ексклюзивні права. Відповідно до висновку зробленого Європейською комісією, важливо аналізувати окремо у кожному випадку, чи має суб'єкт господарювання спеціальні або ексклюзивні права або ні⁵⁴¹.

Важливою для розуміння поняття «ексклюзивних прав» також є позиція Європейської Комісії відповідно до статті 15 (1) Регламенту Ради 1/2003 від 16 грудня 2002 року про імплементацію встановлених правил щодо конкуренції в статтях 81 та 82 Договору

⁵⁴¹ Explanatory note – Utilities Directive. Definition of exclusive or special rights.

про ЄС та відповідно до статті 10 Договору про ЄС⁵⁴². У пункті 16 цього документу Європейська Комісія вказала, що

«спеціальні або ексклюзивні права у значенні статті 86 (1) ЄС можуть бути надані на цілій національній території або лише її частині. Виключні права існують там, де монополія була надана державою суб'єкту господарювання на конкретний економічний характер діяльності на ексклюзивній основі».

Визначення поняття виключних та спеціальних прав міститься в додатку XXIII до Глави 10 «Глосарій термінів» Угоди про асоціацію⁵⁴³:

(e) виключні права – це права, які надаються державою-членом певному підприємству будь-яким законодавчим, регуляторним чи адміністративним актом, що забезпечує йому право надавати послугу чи здійснювати діяльність у межах певної географічної одиниці;

(f) спеціальні права – це права, надані державою-членом обмеженій кількості підприємств, які в межах певної географічної території та в інший спосіб, ніж обумовлено об'єктивними, пропорційними та недискримінаційними критеріями:

– обмежують до двох чи більше кількості таких підприємств, яким дозволяється надавати послугу чи здійснювати діяльність, або

– визначають декілька конкуруючих підприємств, яким дозволяється надавати послугу чи здійснювати діяльність, або

– надають будь-якому підприємству або підприємствам будь-які правові чи регуляторні переваги, які істотно впливають на здат-

⁵⁴² Opinion of the European Commission pursuant to Article 15(1) of Council Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the EC Treaty and pursuant to Article 10 of the EC Treaty Vilnius District Court, Case No 2106852/05. URL: https://ec.europa.eu/competition/court/kaunas_municipality_opinion_en.pdf

⁵⁴³ Угода про асоціацію. URL: http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/simple.htm?language=EN&reference=COM_COM%282013%290290

ність будь-якого іншого підприємства надавати таку ж послугу або здійснювати таку ж діяльність у межах тієї ж географічної одиниці за практично однакових умов.

Отже, чинна в Україні нормативно-правова база є недостатньою для пом'якшення суперечностей між економічною свободою та забезпеченням рівності і реальності соціально-економічних прав. Тому її подальше вдосконалення передбачає складну роботу щодо пошуку таких економіко-правових механізмів, які б забезпечували вирівнювання умов господарювання для всіх без винятку суб'єктів економіки⁵⁴⁴.

Таким чином, щоб визначена законодавцем ознака наявності спеціального або ексклюзивного права почала працювати потрібно чітко прописати визначення цих прав, а саме, що таке наявність спеціального права, а що таке наявність ексклюзивного права, а також з якого моменту у сторін виникають ці права, тільки тоді можна стверджувати про наявність чи відсутність визначеної ознаки, а також й щодо обмеження/необмеження економічної свободи.

8.4. Економічні свободи учасників сімейних відносин

8.4.1. Економічні свободи подружжя. У літературі застосовують як поняття «економічна свобода», так і поняття «економічні права». На думку економістів, економічна свобода за своєю сутністю є елементом ринкової економіки, що ґрунтується на таких

⁵⁴⁴ Овсієнко, О.В. (2013). Обмеження економічної свободи як передумова розбудови соціальної держави в Україні: аргументи «за» і «проти». *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*, 2(13), 289 (287–289).

принципах як особистий вибір, добровільний обмін, свобода виходу на ринки та конкуренцію, безпека особи та приватна власність⁵⁴⁵. Савчин М.В. вважає, що зміст економічної свободи слід тлумачити у відповідності до доктрини верховенства права як межі втручання держави у вільне здійснення економічної діяльності⁵⁴⁶. На нашу думку людина володіє економічною свободою, що є складовою частиною її особистісної свободи і як наслідок вона реалізує такі економічні права як право на працю, зайняття підприємницької діяльністю, право приватної власності та ін. Сімейне життя людини має опосередкований, а іноді і безпосередній вплив на її економічні свободи та права⁵⁴⁷.

Підставою виникнення сімейних відносин є реєстрація шлюбу. З дати подання заяви про державну реєстрацію шлюбу чоловік та жінка набувають статусу наречених. Вони ще не є подружжям і по суті їх економічні свободи не обмежуються. Якщо вони набувають майно у власність на підставі договору купівлі-продажу і на стороні покупця є тільки один із наречених, то таке майно є його приватною власністю.

Проте Сімейний кодекс України врегулював майнові наслідки відмови від укладення шлюбу одним із наречених. Так, згідно статті 31 СК особа, яка відмовилася від шлюбу, зобов'язана відшкодувати другій стороні затрати, що були нею понесені у зв'язку з приготуванням до реєстрації шлюбу та весілля. Такі затрати не підлягають відшкодуванню, якщо відмова від шлюбу була викликана протиправною, аморальною поведінкою нареченої (нареченого), прихованням нею (ним) обставин, що мають для того, хто відмовився від

⁵⁴⁵ Сімахова, А.О., Скрипник, Н.С., Піддубний, О.О. (2017). Економічна політика в контексті вимірювання економічної свободи. *Економіка і суспільство*, 13, 26.

⁵⁴⁶ Устименко, В.А., Джабраїлов, Р.А. (ред.) (2011). *Конституційні засади економічної системи України* : монографія (с. 16). Донецьк : ТОВ «Юго-Восток».

⁵⁴⁷ Менджул, М.В., Савчин М.В. (ред.) (2020). *Економічна свобода та сімейні відносини* : монографія. *Правове регулювання та економічні свободи і права* (с. 176–177). Ужгород : Видавництво «РІК-У».

шлюбу, істотне значення (тяжка хвороба, наявність дитини, судимість тощо).

Після реєстрації шлюбу наречені набувають статусу подружжя. Згідно СК щодо набуття майна подружжям діє презумпція спільної сумісної власності, – все майно набуте за час шлюбу є спільною сумісною власністю, крім речей індивідуального користування. Безперечно винятком також є майно, що набуває кожен із подружжя у власність окремо на підставах, визначених статтею 57 СК.

Важливою гарантією є те, що майно, набуте подружжям є спільною сумісною власністю незалежно від того, чи один з них не мав з поважної причини (ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, навчання, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу). Тобто, у випадку якщо працює або отримує дохід від підприємницької діяльності один із подружжя, а інший займається доглядом за дітьми чи веденням домашнього господарства, то він все одно має право на половину спільного майна.

Сімейний кодекс України у статті 57 встановлює перелік способів набуття майна, що стає приватною власністю тільки одного із подружжя. Так, особистою приватною власністю дружини (чоловіка) є:

- 1) майно, набуте нею, ним до шлюбу;
- 2) майно, набуте нею, ним за час шлюбу, але на підставі договору дарування або в порядку спадкування;
- 3) майно, набуте нею, ним за час шлюбу, але за кошти, які належали їй, йому особисто;
- 4) житло, набуте нею, ним за час шлюбу внаслідок його приватизації відповідно до Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду»;
- 5) земельна ділянка, набута нею, ним за час шлюбу внаслідок приватизації земельної ділянки, що перебувала у її, його користуванні, або одержана внаслідок приватизації земельних ділянок державних і комунальних сільськогосподарських підприємств,

установ та організацій, або одержана із земель державної і комунальної власності в межах норм безоплатної приватизації, визначених Земельним кодексом України;

6) речі індивідуального користування, в тому числі коштовності, навіть тоді, коли вони були придбані за рахунок спільних коштів подружжя;

7) премії, нагороди, які вона, він одержали за особисті заслуги. Суд може визнати за другим з подружжя право на частку цієї премії, нагороди, якщо буде встановлено, що він своїми діями (ведення домашнього господарства, виховання дітей тощо) сприяв її одержанню;

8) кошти, одержані як відшкодування за втрату (пошкодження) речі, яка їй, йому належала, а також як відшкодування завданої їй, йому моральної шкоди;

9) страхові суми, одержані нею, ним за обов'язковим особистим страхуванням, а також за добровільним особистим страхуванням, якщо страхові внески сплачувалися за рахунок коштів, що були особистою приватною власністю кожного з них⁵⁴⁸.

Відповідно до ст. 58 СК якщо річ, що належить одному з подружжя, плодоносить, дає приплід або дохід (дивіденди), він є власником цих плодів, приплоду або доходу (дивідендів). Таким чином, якщо перебуваючи у шлюбі, один із подружжя придбає річ за кошти, які отримано як дохід (дивіденд) від власного майна, то така річ також є його особистою приватною власністю.

Суд може визнати особистою приватною власністю дружини, чоловіка майно, набуте нею, ним за час їхнього окремого проживання у зв'язку з фактичним припиненням шлюбних відносин. Судова практика з цього питання склалася і суди фактичне припинення шлюбних відносин застосовують як підставу віднесення

⁵⁴⁸ Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947-III. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>

майна набутого під час такого періоду до приватної власності того із подружжя, хто його набув. Наприклад, у постанові Верховного Суду від 15 квітня 2019 року колегія суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду дійшла висновку, що: *«Доводи касаційної скарги про те, що спірне майно, зокрема автомобіль набуто в період перебування сторін справи у шлюбі, а та обставина, що транспортний засіб зареєстровано за відповідачем, не позбавляє її права на частку у такому майні, не заслуговують на увагу, оскільки спірний автомобіль придбаний у період фактичного припинення шлюбних відносин, за кошти, які належали відповідачу особисто, тому є підставою спростування презумпції спільності майна подружжя».*

Здійснення подружжям права спільної сумісної власності регламентовано статтями 63 та 65 СК, згідно з якими дружина та чоловік мають рівні права на володіння, користування і розпорядження майном, що належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено домовленістю між ними.

Відповідно до ст. 69 СК дружина і чоловік мають право на поділ майна, що належить їм на праві спільної сумісної власності. Ділити майно подружжя можуть під час шлюбу та після його розірвання. У разі поділу майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, частки майна дружини та чоловіка є рівними, якщо інше не визначено домовленістю між ними або шлюбним договором.

Майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, ділиться між ними у натурі. Якщо дружина та чоловік не домовилися про порядок поділу майна, спір може бути вирішений судом. При цьому суд бере до уваги інтереси дружини, чоловіка, дітей та інші обставини, що мають істотне значення.

Вирішуючи питання про поділ майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, зокрема неподільної речі, суди мають застосовувати положення частин четвертої, п'ятої статті 71 СК щодо обов'язкової згоди одного з подружжя на

отримання грошової компенсації та попереднього внесення другим із подружжя відповідної грошової суми на депозитний рахунок суду.

У постанові Верховного Суду України від 18 січня 2017 року вказується, що в разі, коли один з подружжя не вчинив передбачених частиною п'ятою статті 71 СК дій щодо попереднього внесення відповідної грошової суми на депозитний рахунок суду, а неподільні речі не можуть бути реально поділені між сторонами відповідно до їх часток, суд визнає ідеальні частки подружжя в цьому майні без його реального поділу і залишає майно у їх спільній частковій власності⁵⁴⁹.

З аналізу СК можна вивести такі правові засади економічної свободи подружжя: 1) дружина та чоловік мають утверджувати повагу до будь-якої праці, що робиться в інтересах сім'ї (ст. 54); 2) дружина та чоловік зобов'язані спільно дбати про матеріальне забезпечення сім'ї (ст. 55); 3) той із подружжя, хто є власником майна, визначає режим володіння та користування ним з урахуванням інтересів сім'ї, насамперед дітей (ст. 59); 4) при розпорядженні своїм майном дружина, чоловік зобов'язані враховувати інтереси дитини, інших членів сім'ї, які відповідно до закону мають право користування ним (ст. 59); 5) якщо одним із подружжя укладено договір в інтересах сім'ї, то гроші, інше майно, в тому числі гонорар, виграш, які були одержані за цим договором, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя (ст. 61); 6) якщо подружжя не домовилися про порядок поділу майна, спір може бути вирішений судом, при цьому суд бере до уваги інтереси дружини, чоловіка, дітей та інші обставини, що мають істотне значення (ст. 71); 7) батьки зобов'язані дбати про збереження та використання майна дитини в її інтересах (ст. 177); 8) той із батьків або інших законних

⁵⁴⁹ Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 18 січня 2017 р. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/65537651>

представників дитини, на ім'я якого виплачуються аліменти, розпоряджається аліментами виключно за цільовим призначенням в інтересах дитини (ст. 179) та інші⁵⁵⁰. Також подружжя можуть обмежити свої економічні свободи у договірному порядку.

Крім того, можливі темпоральні обмеження економічної свободи подружжя. Насамперед йде мова про строк позовної давності. Відповідно до ст. 72 СК позовна давність не застосовується до вимог про поділ майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, якщо шлюб між ними не розірвано. Проте, до вимоги про поділ майна, заявленої після розірвання шлюбу, застосовується позовна давність у три роки. Позовна давність обчислюється від дня, коли один із співвласників дізнався або міг дізнатися про порушення свого права власності.

Окремо варто зупинитися на питанні режиму окремого проживання подружжя. Інститут сепарації є відносно новим для сімейного законодавства України. Згідно ст. 119 СК за заявою подружжя або позовом одного з них суд може постановити рішення про встановлення для подружжя режиму окремого проживання у разі неможливості чи небажання дружини і (або) чоловіка проживати спільно. Таким чином, це один із кроків до розлучення і в той же час, шлюб зберігається, відповідно у подружжя є можливість відновити шлюбні відносини. Щодо майнових правових наслідків, то згідно ст. 120 СК майно, набуте в майбутньому дружиною та чоловіком, не вважатиметься набутиим у шлюбі, тобто не буде діяти презумпція спільної сумісної власності.

У випадку укладення церковного шлюбу в Україні без державної реєстрації, він не створює правових наслідків для наречених як для подружжя. Водночас такі особи, як і ті, що проживають разом та ведуть спільне господарство можуть вважатися фактичним союзом та згідно ст. 74 СК на них будуть поширюватися положення глави 8,

⁵⁵⁰ Менджул, М.В. (2020). Економічна свобода та сімейні відносини (с. 186–187)...

у тому числі презумпція спільної сумісної власності. На практиці виникає складність у доказуванні факту спільного проживання. Доказами можуть бути довідка про спільне проживання, покази свідків, фотокартки, листування між сторонами тощо (див. постанову Верховного Суду від 20 березня 2019 р.⁵⁵¹).

Внаслідок шлюбу може виникнути і зобов'язання щодо утримання одного з подружжя іншим на підставі договору або норм закону. В силу закону, право на утримання має той із подружжя, який є непрацездатним (той із подружжя, який досяг пенсійного віку або є особою з інвалідністю I, II чи III групи), потребує матеріальної допомоги, і за умови, що другий із подружжя може надавати таку допомогу.

На нашу думку, зобов'язання по утриманню подружжя догвірної природи теж є своєрідним проявом економічної свободи, адже особа добровільно бере на себе економічні зобов'язання і розпоряджається частиною своїх коштів.

Розірвання шлюбу не припиняє права особи на утримання, яке виникло у неї за час шлюбу. Після розірвання шлюбу особа має право на утримання, якщо вона стала непрацездатною до чи протягом одного року від дня розірвання шлюбу і потребує матеріальної допомоги. Крім випадків, коли вона стала особою з інвалідністю, якщо її інвалідність була результатом протиправної поведінки щодо неї колишнього чоловіка (дружини) під час шлюбу. Якщо на момент розірвання шлюбу одному з подружжя до досягнення пенсійного віку залишилося не більш як п'ять років, то він (вона) матиме право на утримання після досягнення пенсійного віку, за умови, що у шлюбі вони спільно проживали не менш як десять років.

Якщо у зв'язку з вихованням дитини, веденням домашнього господарства, піклуванням про членів сім'ї, хворобою або іншими

⁵⁵¹ Постанова Верховного Суду від 20 березня 2019 р. у справі № 520/15238/14-ц. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80783145>

істотними обставинами, один із подружжя не мав можливості одержати освіту, працювати, зайняти відповідну посаду, то він має право на утримання у зв'язку з розірванням шлюбу і тоді, якщо є працездатним, за умови, що потребує матеріальної допомоги і що колишній чоловік (дружина) може надавати матеріальну допомогу. Проте, право на утримання у цьому випадку триває протягом трьох років від дня розірвання шлюбу.

8.4.2. Економічні свободи батьків та дітей. Окрема глава СК присвячена питанням прав батьків і дітей на майно. Якщо для подружжя діє презумпція спільної сумісної власності, то ст. 173 СК чітко закріплює роздільність майна батьків і дітей. Зокрема, батьки і діти які спільно проживають, можуть бути самостійними власниками майна. При вирішенні спору між батьками та дітьми, які спільно проживають, щодо належності їм майна вважається, що воно є власністю батьків, якщо інше не встановлено судом.

Виникає питання, яким майном можуть володіти діти? Відповідно до ст. 174 СК майно, придбане батьками або одним із них для забезпечення розвитку, навчання та виховання дитини (одяг, інші речі особистого вжитку, іграшки, книги, музичні інструменти, спортивне обладнання тощо), є власністю дитини. Крім того, батьки можуть подарувати дитині рухоме та нерухоме майно.

Стаття 175 СК встановлює, що майно, набуте батьками і дітьми за рахунок їхньої спільної праці чи спільних коштів, належить їм на праві спільної сумісної власності. У такому випадку, діти мають право на виділ у натурі майна, при цьому частки є рівними, якщо інше не встановлено домовленістю між ними, законом або рішенням суду. Водночас вказане положення статті 175 СК не зовсім коректне, так як, зменшення частки дітей у спільній сумісній власності з їх батьками на основі договору, явно не буде відповідати інтересам дитини.

Якщо виділ у натурі частки із спільного майна є неможливим (частина 2 статті 183 Цивільного кодексу), діти мають право на

одержання від інших співвласників грошової або іншої матеріальної компенсації вартості їх частки.

Важливою гарантією для дітей, і в той же час обмеженням економічної свободи батьків є положення статті 176 СК, яка встановлює, що батьки зобов'язані передати у користування дитини майно, яке має забезпечити її виховання та розвиток.

Економічна свобода передбачає не тільки можливість бути власником майна, а насамперед правомочності щодо користування та розпорядження таким майном. В силу віку правомірним є обмеження економічної свободи дітей в частині можливості розпоряджатися їх майном. ЦК чітко встановлює які дії може вчиняти малолітня дитина, що володіє частковою цивільною дієздатністю (ст. 31) та неповнолітня дитина з неповною цивільною дієздатністю (ст. 32). Зокрема малолітні діти можуть тільки вчиняти дрібні побутові правочини, а неповнолітні вже можуть також самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами, здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, самостійно укладати договір банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку). Інші правочини вчиняються виключно за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників. На вчинення неповнолітньою особою правочину щодо транспортних засобів або нерухомого майна повинна бути письмова нотаріально посвідчена згода батьків (усиновлювачів) або піклувальника і дозвіл органу опіки та піклування.

СК України покладає також обов'язок на батьків здійснювати управління майном, що належить малолітній дитині. При цьому батьки зобов'язані дбати про збереження та використання майна дитини в її інтересах.

Батьки малолітньої дитини не мають права без дозволу органу опіки та піклування вчиняти такі правочини щодо її майнових прав: укладати договори, які підлягають нотаріальному посвід-

ченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири; видавати письмові зобов'язання від імені дитини; відмовлятися від майнових прав дитини.

Дозвіл на вчинення правочинів щодо нерухомого майна дитини надається органом опіки та піклування після перевірки, що проводиться протягом одного місяця, і лише в разі гарантування збереження права дитини на житло.

Органи опіки та піклування можуть відмовити у наданні дозволу на вчинення правочинів щодо нерухомого майна дитини з одночасним зверненням до нотаріуса щодо накладення заборони відчуження такого майна лише у випадках, якщо ними встановлено, що:

1) мати та/або батько дитини позбавлені судом батьківських прав;

2) судом, органом опіки та піклування або прокурором прийнято рішення про відібрання дитини від батьків (або того з них, який звернувся за дозволом) без позбавлення їх батьківських прав;

3) до суду подано позов про позбавлення батьків дитини батьківських прав;

4) особа, яка звернулася за дозволом, повідомила про себе неправдиві відомості, що мають суттєве значення для вирішення питання про надання дозволу чи відмову в його наданні;

5) між батьками дитини немає згоди стосовно вчинення правочину щодо нерухомого майна дитини;

6) між батьками дитини або між одним з них та третіми особами існує судовий спір стосовно нерухомого майна, за дозволом на вчинення правочину щодо якого звернулися батьки дитини (або один з них);

7) вчинення правочину призведе до звуження обсягу існуючих майнових прав дитини та/або порушення охоронюваних законом інтересів дитини.

Батьки вирішують питання про управління майном дитини спільно, якщо інше не передбачено договором між ними. Спори, які виникають між батьками щодо управління майном дитини, можуть вирішуватися органом опіки та піклування або судом. Після припинення управління батьки зобов'язані повернути дитині майно, яким вони управляли, а також доходи від нього.

Якщо батьки неналежно виконують свої обов'язки щодо управління майном дитини, то це є підставою для покладення на них обов'язку відшкодувати завдану їй матеріальну шкоду та повернути доходи, одержані від управління її майном.

Справедливо покладений на батьків майновий обов'язок утримувати дитину до досягнення повноліття. СК визначає як порядок утримання неповнолітніх дітей (глава 15), так і виняткові підстави для утримання повнолітніх дочки, сина (глава 16). Батьки можуть у договірному порядку визначити розмір та порядок сплати аліментів, а у разі неможливості дійти згоди рішення приймається судом.

Відповідно до ст. 182 СК визначено обставини, що мають бути враховані при визначенні розміру аліментів судом, а саме: стан здоров'я, матеріальний стан дитини та платника аліментів; чи є у платника аліментів ще діти, непрацездатний інший із подружжя, мати (батько); чи має платник аліментів на праві власності (володіння, користування) майно (майнові права), у тому числі грошові кошти, корпоративні права, виключні права на результати інтелектуальної діяльності; чи були у платника аліментів витрати у зв'язку із придбанням нерухомого (рухомого) майна на суму понад десятикратний розмір прожиткового мінімуму для працездатної особи, і при цьому не доказано джерело походження коштів; інші істотні обставини.

Для забезпечення інтересів дитини також у ч. 2 ст. 182 СК закріплено, що розмір аліментів повинен бути достатнім і необхідним для гармонійного розвитку дитини. Мінімально гарантований розмір

аліментів – 50 відсотків прожиткового мінімуму, який корелюється відповідно до віку дитини. Крім того, ст. 182 СК окремо встановлює мінімально рекомендований розмір аліментів на одну дитину, що має становити прожитковий мінімум відповідного до її віку. Проте такий розмір призначається судом, якщо достатнім є заробіток (дохід) у платника аліментів.

У 2017 році ст. 183 СК доповнено частиною п'ятою, яка встановила можливість звернення до суду із заявою про видачу судового наказу про стягнення аліментів, і при цьому визначено розміри аліментів (на одну дитину – одна чверть, на двох дітей – одна третина, на трьох і більше дітей – половина заробітку (доходу), але не більше десяти прожиткових мінімумів на кожну дитину. На нашу думку, такі нововведення дуже доречні та сприяють створенню умов для належного виховання дитини.

Власником аліментів є сама дитина і згідно зі ст. 179 СК той із батьків (інший законний представник), хто отримує аліменти, має ними розпоряджатися тільки за цільовим призначенням і в інтересах дитини. Контроль за цільовістю використання аліментів покладено на орган опіки та піклування.

Варто проаналізувати зарубіжний досвід щодо регулювання зобов'язань з утримання. У Великобританії аліменти можуть бути стягнуті на користь дітей, народжених як у шлюбі, так і поза шлюбом. В рамках шлюбу (громадянського партнерства) або в процесі його розірвання, суд може стягнути аліменти на користь дитини у вигляді періодичних платежів, може також передати дитині майно у власність. Суд також може зобов'язати виплатити аліменти наперед або взамін зобов'язати передати певне майно. Крім того, майно може передаватися у довірчу власність на користь дитини до настання певної події (досягнення 18 років, здобуття повної середньої освіти або вищої освіти). Коли вказана подія настала, майно передається назад тому з батьків, хто його надав, у разі продажу майна, кошти від продажу повертаються батькам.

Аліменти у Великобританії сплачуються на дітей до досягнення 16-річного віку, а у випадку здобуття середньої освіти – до 20-річного віку. Дитина старше 18 років може звернутися до суду про стягнення аліментів на свою користь від одного чи обох батьків або отримати одноразову виплату, якщо вона має намір отримати освіту в навчальному закладі або якщо є особливі обставини (інвалідність, хвороба). Суд може змінити рішення про утримання дітей у таких випадках: покриття витрат, пов'язаних з навчанням або підготовкою до професії, навіть якщо дитина працює та отримує прибуток; якщо є додаткові витрати у зв'язку з інвалідністю дитини, незалежно від віку; якщо дитина продовжує здобувати повну середню освіту і є віком понад 20 років; якщо дитина проживає за кордоном, а платник аліментів (нерезидент) проживає в Англії та Уельсі; якщо дитина проживає в Англії та Уельсі, а платник аліментів (нерезидент) проживає за кордоном і не працює в цивільних, дипломатичних чи військових службах Великобританії; якщо платник аліментів помер. За ірландським законодавством дитина має право на утримання до досягнення 18-річного віку або 23-річного віку, якщо вона продовжує навчання в школі, а також не залежно від віку – у випадку непрацездатності, якщо вона не в змозі утримувати себе.

Немає чіткої формули для розрахунку платежів по утриманню в державах ЄС. В той же час на рівні законодавства та судової практики є напрацьовані критерії, які мають бути враховані, зокрема фінансове становище кожної із сторін, а також потреби отримувача аліментів для досягнення справедливості в розрахунку відповідного утримання⁵⁵².

Стаття 172 СК встановлює обов'язок повнолітніх дочки (сина) піклуватися про батька та матір, що передбачає як турботу, так

⁵⁵² Менджул, М.В. (2019). Принципи сімейного права (сутність та проблеми застосування) : монографія (с. 385–388). Ужгород : Видавництво Олександри Гаркуші.

і надання допомоги, у тому числі в грошовій формі. Підстави та порядок утримання дітьми батьків регулюється у окремій главі СК (ст. 202–206). З аналізу вказаних положень, можна зробити висновок, що обов'язок утримувати батьків виникає у дочки (сина) якщо: 1) дочка (син) є повнолітніми та працездатними; 2) батько (матір) не були позбавлені батьківських прав; 3) батьки чи один із них непрацездатні та мають потребу у матеріальній допомозі; 4) батько (мати) не ухилялися від виконання батьківських обов'язків, якщо інше не встановлено судом; 5) батько (матір) сплачували аліменти і відсутня заборгованість по несплаті понад три роки.

За невиконання зобов'язання із сплати аліментів виникає майнова відповідальність у вигляді неустойки (пені), порядок розрахунку і сплати якої визначено ст. 196 СК. Велика Палата Верховного Суду у постанові від 3 квітня 2019 р. підтвердила підхід, що вірним є загальне правило до вирахування пені, згідно з яким обчислення загальної суми передбачає вираховування розміру несплачених аліментів за кожен місяць із врахуванням кількості прострочених днів за кожен платіж окремо⁵⁵³. Строк прострочення починає перебіг з першого дня наступного місяця, за яким мав бути внесений періодичний платіж, до попереднього дня, в якому сплачено заборгованість. Крім того, запропоновано більш чітку формулу розрахунку місячної заборгованості: розмір заборгованості аліментів за місяць помножений на кількість днів заборгованості та помножений на 1%.

8.4.3. Свобода договору учасників сімейних відносин. Диспозитивність у сімейному праві надає можливість учасникам сімейних відносин здійснювати саморегуляцію своїх прав та обов'язків договорами.

СК встановлює, що можливі такі договори, які певним чином регулюють економічні свободи: 1) договір про способи захисту

⁵⁵³ Постанова Великої Палати Верховного суду від 3 квітня 2019 р. № 333/6020/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81573936>

прав та інтересів, у тому числі підстави та порядок компенсації матеріальної та моральної шкоди (ч. 2 ст. 18); 2) договори між подружжям щодо відчуження майна (ст. 64), порядку користування майном (ст. 66) та поділу спільного сумісного майна (ст. 69); 3) наречені та подружжя мають право укласти шлюбний договір (ст. 92-103); 4) подружжя може укласти договір про надання утримання (ст. 78) та припинення утримання (ст. 89); 5) батьки можуть укласти договір розмір аліментів на дитину (ч. 2 ст. 109, ст. 189); 6) батьки можуть укласти договір про припинення виплати аліментів через набуття дитиною права власності на нерухоме майно (ст. 190). Це не вичерпний перелік, так як учасники сімейних відносин можуть укладати і інші договори, які не мають суперечити нормам закону та моральним засадам суспільства.

Договір у сімейному праві розглядають по-різному, як: 1) юридичний факт, що призводить до виникнення, зміни чи припинення сімейних індивідуальних правових відносин⁵⁵⁴; 2) різновид приватно-правового договору, що залежить від сімейно-правового статусу особи, і тому при його укладенні важливе значення відіграють такі факти як шлюб, споріднення, влаштування дитини без батьківського піклування⁵⁵⁵; 3) правочин між фізичними особами, які пов'язані сімейно-правовим статусом, що зумовлює виникнення, зміну чи припинення сімейних особистих немайнових та (або) майнових прав і обов'язків⁵⁵⁶. Вказані позиції не є суперечливими, а скоріше взаємодоповнюючими. На нашу думку, сімейно-правовий договір є різновидом приватноправових договорів, що

⁵⁵⁴ Явор, О. (2014). Договір як юридичний факт у сімейному праві. *Вісник Національної академії правових наук України*, 4(79), 123–132, 128.

⁵⁵⁵ Дутко, А.О. (2013). Договір як регулятор сімейних відносин: особливості конструкції. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*, 3, 135–142, 136–137.

⁵⁵⁶ Михальнюк, О. (2013). Поняття та особливості сімейно-правового договору». *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*, 4(98), 31, 27–32.

укладається учасниками сімейних відносин з дотриманням принципу рівності, внаслідок якого можуть виникати, змінюватися чи припинятися сімейні права та обов'язки.

Досить виражено економічна свобода подружжя проявляється в інституті шлюбного договору. Згідно статті 93 СК саме у шлюбному договорі подружжя визначає свої майнові права та обов'язки, а також може визначити майнові права та обов'язки як батьків.

Статті 97-99 СК по своїй суті визначають межі економічної свободи у регулюванні майнових відносин подружжя, зокрема подружжя (наречені) можуть: домовитися про непоширення на майно, набуте ними за час шлюбу, презумпції спільної сумісної власності та вважати її спільною частковою або приватною власністю кожного з них; визначити яке майно передається для використання на спільні потреби сім'ї; встановити правовий режим майна, подарованого на весілля; визначити можливий порядок поділу майна, у тому числі під час розірвання шлюбу; передбачити порядок використання належного їм майна для забезпечення потреб їхніх дітей чи інших осіб; визначити порядок користування іншим із подружжя чи родичами житловим приміщенням, що належить іншому з подружжя; домовитися про надання утримання одному з подружжя незалежно від непрацездатності та потреби у матеріальній допомозі. Більше того, згідно ч. 5 ст. 97 СК подружжя (наречені) можуть включити до шлюбного договору будь-які інші умови щодо правового режиму майна, якщо вони не суперечать моральним засадам суспільства.

Обмеження економічної свободи щодо змісту шлюбного договору наступні: по-перше, договір не повинен ставити одного із подружжя у надзвичайно не вигідне матеріальне становище порівняно із законодавством; по-друге, за шлюбним договором не може передаватись у власність одному із подружжя нерухоме майно та інше майно, право на яке підлягає державній реєстрації. Тобто у шлюбному договорі найбільш повно може проявитися економічна свобода подружжя.

В Україні вже склалася судова практика щодо визнання шлюбних договорів не дійсними. Наприклад, у постанові від 30 січня 2018 року по справі № 756/7489/15-ц Верховний Суд прийшов до висновку, що критерієм правозгідності (правомірності) шлюбного договору є, по-перше, відсутність суперечностей між його змістом та вимогами закону, тобто відповідність договору імперативним нормам та, по-друге, дотримання моральних засад суспільства. Саме з такого розуміння правових норм виходили суди першої та апеляційної інстанцій при ухваленні рішень у цій справі про відмову у задоволенні позовних вимог. Верховний Суд так само залишив касаційну скаргу без задоволення, оскільки не було доказано, що шлюбний договір було вчинено внаслідок помилки, і такий договір поставив позивача в надзвичайно не вигідне матеріальне становище⁵⁵⁷.

Таким чином, саме при договірному регулюванні майнових відносин учасниками сімейних відносин найбільш повно можуть проявитися, як їх економічні свободи, так і обмеження такої свободи. При укладенні договорів учасниками сімейних відносин їх економічна свобода обмежується інтересами сім'ї, іншого з подружжя, дитини чи інших членів сім'ї.

Висновки

Приватноправовий аспект правового регулювання діяльності економічних свобод імпліцитно передбачає збалансованість втручання у горизонтальні відносини, які будуються на засадах довіри, які служать основою для досягнення домовленостей та ведення комерційної діяльності. Тому втручання держави у зазначену сферу має бути делікатним і сприяти підвищенню ділової активності та

⁵⁵⁷ Постанова Верховного Суду від 30 січня 2018 року по справі № 756/7489/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72073900>

здійснення економічних свобод. Для цього держава має дбати про розвиток ринкової інфраструктури. Однак на прикладі боротьби з пандемією коронавірусу видно, що власне механізми свободи договору, вільної і конкурентної ринкової економіки недостатньо. Тому навіть усередині ринкового середовища є усвідомлення меж самообмеження учасників економічних відносин для визначення меж здійснення суб'єктивного права контрагентів на ринку.

Розділ 9

Довірча власність в умовах глобалізації: сучасний стан, проблеми та перспективи

Вступ

9.1. Особливості фідуюції як континентальної моделі довірчої власності

9.2. Специфіка правового регулювання довірчої власності в Україні

9.3. Забезпечувальна довірча власність в українському законодавстві: проблеми та перспективи

Висновки

Вступ

Сьогодні в Європейському приватному праві можна виділити дві моделі регулювання фідуюційних відносин: британську модель (траст) та французьку модель (фідуюція)⁵⁵⁸. Незважаючи на те, що фідуюція була відома ще римському праву⁵⁵⁹, тривалий час країни континентального права утримувались від повернення до цього правового інституту у зв'язку з побоюваннями можливості виникнення «розділеної» власності, як це має місце у випадку з трастом. Тому інститут фідуюції був запроваджений у французьке законодавство лише у 2007 році, а з часом був імплементований і у законо-

⁵⁵⁸ Dedu, C.R. (2015). Fiducia in the light of the New Civil Code institution of law with unregulated finality. *Challenges of the Knowledge Society*, 5(1), 211–224.

⁵⁵⁹ Дождев, Д.В. (под ред. В.С. Нерсесянца) (2003). Римское частное право : учебник (с. 37). Москва : НОРМА.

давства інших країн континентального права, зокрема, Румунії. В Україні після короткої спроби імплементувати в законодавство англо-американської моделі регулювання фідучіарних відносин (трасту) відбулося запровадження інституту довірчої власності в її континентальній інтерпретації⁵⁶⁰.

Однак питання щодо доцільності існування у континентальній правовій системі довірчої власності і до сьогодні є гостро дискусійним. Деякі представники пострадянської цивілістичної доктрини піддавали критиці навіть можливість запровадження в континентальну правову систему інституту довірчої власності, оскільки «одним з основних постулатів континентальної правової системи є неможливість встановлення двох однакових прав власності на одне й те саме майно»⁵⁶¹.

Тому метою цього дослідження є виявлення специфіки французької моделі регулювання фідучіарних відносин (фідучії), її відмінностей від англо-американського трасту, а також аналіз специфіки правового регулювання довірчої власності в українському законодавстві з приділенням окремої уваги особливостям правового регулювання спеціального випадку встановлення довірчої власності – з метою забезпечення виконання зобов'язань.

9.1. Особливості фідучії як континентальної моделі довірчої власності

У наукових дослідженнях часто зустрічаються твердження, що при встановленні довірчої власності має місце «дуальність» права власності, що є природним для країн загального права, але

⁵⁶⁰ Некіт, К.Г. (2012). *Договір довірчого управління майном: порівняльно-правовий аналіз* : монографія (с. 184). Одеса : Вид. Букаєв В.В.

⁵⁶¹ Витрянский, В.В., Ем, В.С., Козлова, Н.В. и др. (под ред. Е.А. Суханова) (2000). *Гражданское право* : учебник, 2, 2, 129. Москва : БЕК.

неможливим для країн континентального права⁵⁶². Адже, як відомо, особливостями трасту в країнах загального права є те, що титул власника розділяється між кількома особами, при цьому частина з них має законний титул власника, а інша частина – титул за правом справедливості⁵⁶³.

Однак модель довірчої власності країн цивільного права тим і відрізняється від класичного англо-американського інституту трасту, що в першому випадку право власності не набуває дуального характеру. Як зазначають дослідники, істотною відмінністю трасту та фідучії залишається дуальність права власності як типова характеристика трасту⁵⁶⁴.

У країнах цивільного права при передачі майна довірчому власнику в управління, в останнього виникає й особливе право на нього – право довірчої власності. При цьому довірчий власник є єдиним суб'єктом речового права на передане майно, установнику довірчої власності і вигодонабувачеві належать лише зобов'язальні права. Інтереси установника забезпечуються за допомогою обтяження майна, переданого в довірчу власність, низкою обмежень і цільовим призначенням⁵⁶⁵.

Отже, при встановленні фідучії довірчий власник є по суті *sui generis* власником, що є головною відмінністю фідучії від трасту. Механізм трасту допускає існування двох власників: одного (довірчого власника) на підставі закону, відповідно до *common law system* та другого (бенефіціарія) відповідно до *equity system*. В рамках фідучії довірчий власник визнається носієм права

⁵⁶² Курпас, Ю.В. (2004). *Становлення та розвиток інституту управління майном в Україні* (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03, с. 54). Київ, 2004.

⁵⁶³ Lefter, C., Duagi, G. (2016). The fiduciary guarantee in the Romanian and European legal context". *Juridical Tribune*, 6(2), 105.

⁵⁶⁴ Pearce, R., Barr, W. (2015). *Trusts and equitable obligations* (6th ed., p. 13). New York : Oxford University Press.

⁵⁶⁵ Майданик, Р.А. (2005). Природа довірчої власності як особливого об'єкта цивільних прав за законодавством України. *Бюлетень Міністерства юстиції України*, 8(46), 18.

довірчої власності, тоді як бенефіціарій має права з економічної точки зору⁵⁶⁶.

Специфіка фідучії, як особливої моделі довірчої власності, полягає, у першу чергу, у тому, що межі права власності фідучіарія визначаються не лише законом, але й установником фідучії. Крім того, якщо, за загальним правилом, власник здійснює належні йому правоможності на свій розсуд, незалежно від інших осіб, і діє при цьому в своїх власних інтересах, фідучіарій при здійсненні повноважень щодо переданого йому майна, перш за все, керується вказівками власника і діє виключно в його інтересах або в інтересах визначеного ним бенефіціарія.

Слід підкреслити, що при встановленні фідучії, майно установника передається фідучіарію з певною метою, а саме, для використання його на користь установника або вказаного ним вигодонабувача. Однак при цьому фідучіарій виступає у відносинах з третіми особами як власник, укладаючи будь-які правочини і здійснюючи інші акти з використання майна з урахуванням встановлених установником або законом обмежень⁵⁶⁷.

Відмінності між фідучією та трастом проявляються також у підставах їх виникнення. Так, фідучія може виникати лише на підставі договору або закону. Тоді як траст може бути встановлений заповітом або на підставі судового рішення⁵⁶⁸.

Ще одна істотна відмінність між фідучією та трастом проявляється в тому, що фідучія повинна відповідати численним формальним вимогам. Формалізм фідучії проявляється як

⁵⁶⁶ Gheorghe, L. (2014) Fiducia in the New Civil Code: an example of vitalization by international business law of the relationship between Romanian Law and Common Law. *Perspectives of Business Law Journal*, 3(1), 281.

⁵⁶⁷ Майданик, Р.А. (2004). Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття). *Українське комерційне право*, 5, 57–61.

⁵⁶⁸ Gheorghe, L. (2014), "Fiducia in the New Civil Code: an example of vitalization by international business law of the relationship between Romanian Law and Common Law". *Perspectives of Business Law Journal*, 3(1), 281.

у необхідності укладання договору про встановлення фідучії у суворо визначеній формі та його реєстрації у державних реєстрах⁵⁶⁹, так і у визначенні доволі суворих вимог щодо статусу довірчого власника.

За законодавством країн цивільного права довірчий власник має відповідати спеціальним, доволі суворим, вимогам. Так, довірчими власниками у Румунії можуть виступати лише кредитні установи, інвестиційні, фінансові, страхові компанії, а також нотаріуси та адвокати (ст. 776 ЦК Румунії)⁵⁷⁰. У Франції перелік осіб, які можуть бути довірчими власниками, ще вужчий (ст. 2015 ЦК Франції). Разом із тим, у країнах загального права будь-яка особа без обмежень може виступати довірчим власником. Істотні обмеження щодо статусу довірчого власника спрямовані на попередження використання фідучії з метою відмивання грошей та ухилення від податків. Так само і сувора регламентація форми та істотних умов договору про встановлення фідучії спрямовані на попередження використання фідучії з нелегальними цілями⁵⁷¹.

Незважаючи на вагомість підстав обтяження фідучії зайвими формальностями, така ситуація істотно стримує застосування цього інституту. Саме відсутність формалізму визначає суттєву відмінність трасту від фідучії, властивої країнам цивільного права, та забезпечує його поширене застосування на практиці, на відміну від фідучії.

⁵⁶⁹ Oglinda, B. (2016). Practical aspects regarding fiduciary operations. *Perspectives of Business Law Journal*, 5(1), 220–221.

⁵⁷⁰ Рябчинська, А.О. (2019). Право довірчої забезпечувальної власності в зарубіжних країнах: досвід Франції та Румунії. *Вчені записки ТНУ ім. В.І. Вернадського: Серія Юридичні науки*, 30(69), 3, 54.

⁵⁷¹ Gheorghe, L. (2014). Fiducia in the New Civil Code: an example of vitalization by international business law of the relationship between Romanian Law and Common Law. *Perspectives of Business Law Journal*, 3(1), 281.

9.2. Специфіка правового регулювання довірчої власності в Україні

Вперше поняття права довірчої власності з'явилося в українському цивільному законодавстві після прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 19 червня 2003 року⁵⁷², який доповнив ЦК України положеннями про довірчу власність. Однак фактично, під час закріплення інституту довірчої власності у ЦК України, законодавець обмежився лише визначенням поняття довірчої власності як «особливого різновиду права власності» у ч. 2 ст. 316 ЦК України, не деталізуючи розуміння сутності цієї правової конструкції, тобто чіткого легального визначення поняття довірчої власності запропоновано не було.

Спочатку цивільним законодавством України було закріплено поняття права довірчої власності на іпотечні активи. У ч. 1 ст. 26 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 року⁵⁷³ довірча власність визначалась як особлива форма договірних майнових відносин, яка регулює розпорядження платежами за іпотечними активами, переданими установником у володіння, користування і розпорядження управителю. Проте згодом дане положення було відмінено Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 15 грудня 2005 року⁵⁷⁴.

⁵⁷² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон України від 19 червня 2003 р. № 980-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980-15#Text>

⁵⁷³ Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати: Закон України від 19 червня 2003 р. № 979-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/979-15/ed20030619#Text> (у редакції від 19 червня 2003 року) (втратив чинність).

⁵⁷⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон України від 15 грудня 2005 р. № 3201-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3201-15#Text>

Тобто поняття права довірчої власності в українському законодавстві було відсутнє.

На жаль, незважаючи на те, що довірча власність у цивільному законодавстві України існує вже більше вісімнадцяти років, прогалини у правовому регулюванні відносин довірчої власності ще досі не заповнені.

Спеціальних норм про довірчу власність у ЦК України тривалий час взагалі не існувало, законодавець обмежився лише вказівкою, що до відносин довірчої власності застосовуються положення про довірче управління майном. Це призводило до того, що на практиці до довірчої власності зверталися вкрай обережно і цей інститут не отримав широкого поширення.

Лише у 2019 році у ЦК України з'явилися спеціальні норми, що стосуються довірчої власності. Але замість виділення спеціальної глави, присвяченій поняттю та особливостям регулювання відносин довірчої власності, про необхідність чого наголошувалося дослідниками, нововведення звелися до визначення поняття лише окремого випадку встановлення довірчої власності – як способу забезпечення виконання зобов'язань.

Розуміння сутності довірчої власності за законодавством України досягається завдяки комплексному аналізу усіх норм, що стосуються довірчої власності, зокрема, положень про довірче управління майном, які застосовуються у випадку встановлення довірчої власності з метою управління, та доктринальних роз'яснень.

В українській доктрині право довірчої власності визначається як належне довірчому власнику право власності на визначене майно, обтяжене обов'язком його здійснення з метою і з обмеженнями, встановленими договором управління майном чи законом⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ Майданик, Р.А. (2004). Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття). *Українське комерційне право*, 5, 57.

Сутність відносин довірчої власності зводиться до того, що установник довірчої власності (як правило, власник майна) передає довірчому власникові на певний строк майно, наділяючи останнього відповідними правоможностями з володіння, користування й розпорядження вказаним майном, а довірчий власник, у свою чергу, зобов'язується за плату здійснювати від свого імені ефективно управління цим майном в інтересах установника або вказаної ним особи (вигодонабувача) (ст. 1029 ЦК України).

Специфіка інституту довірчої власності зумовлює певну специфіку її суб'єктів. Суб'єктами довірчої власності є установник довірчої власності, довірчий власник та вигодонабувач. У деяких випадках довірча власність може бути встановлена в інтересах самого установника, який, у такому разі, виступає одночасно й вигодонабувачем. Тоді у правовідносинах довірчої власності фігурують лише два суб'єкти. Вимоги щодо суб'єктів довірчої власності за українським законодавством є ідентичними тим, що висуваються при встановленні довірчого управління майном.

Установником довірчої власності є особа, в результаті волевиявлення якої виникають правовідносини довірчої власності. У якості установника може виступати як фізична, так і юридична особа, що володіє необхідним обсягом правоздатності та дієздатності. Також установником може бути держава в особі її органів, які діють від імені власників майна у зв'язку з неможливістю останніх здійснювати своє право власності на це майно⁵⁷⁶.

Загальні правила щодо визначення установників довірчої власності встановлені ст. 1032 ЦК України, яка закріплює перелік осіб, що можуть виступати установниками довірчого управління майном. Але у випадку, коли з договору довірчого управління майном виникає право довірчої власності на отримане в управління майно,

⁵⁷⁶ Майданик, Р.А. (2002). Проблеми довірчих відносин в цивільному праві (с. 310). Київ : Київський університет.

вимоги, які передбачені законодавством щодо установника довірчого управління, поширюються й на установників довірчої власності. Зокрема, установником довірчої власності, за загальним правилом, виступає власник майна, проте, у деяких випадках установниками можуть виступати опікуни, піклувальники, а також органи опіки та піклування, які діють на користь власників майна (малолітніх, недієздатних чи обмежено дієздатних або визнаних безвісно відсутніми осіб). При цьому суб'єкти цивільних відносин, що володіють обмеженим речовим правом на майно, не можуть бути установниками довірчої власності, оскільки вони не в змозі наділити довірчого власника можливістю здійснювати правоможності власника, з тієї причини, що самі ними не володіють.

Довірчим власником є особа, якій передається в довірчу власність майно, і яка від свого імені володіє, користується та розпоряджається цим майном в інтересах вигодонабувача та з урахуванням встановлених обмежень. Довірчим власником може бути суб'єкт підприємницької діяльності, як фізична, так і юридична особа. Не може бути довірчим власником орган державної влади, орган влади АРК або орган місцевого самоврядування, якщо інше не встановлене законом. Така заборона, очевидно, пояснюється тим, що довірчий власник несе субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями майном, що належить особисто йому. Наведені висновки впливають з положень ст. 1033 та ст. 1043 ЦК України.

У деяких випадках до довірчого власника (управителя майном) пред'являються спеціальні вимоги. Так, наприклад, згідно ст. 2 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19 червня 2003 року⁵⁷⁷, управителем (довірчим власником) повинна бути фінансова установа, яка від свого імені діє в інтересах уста-

⁵⁷⁷ Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю: Закон України від 19 червня 2003 р. № 978-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/978-15#Text>

новників управління майном і здійснює управління залученими коштами згідно із законодавством, Правилами фонду та встановленим законом вимогам. Статутний капітал такої установи має становити не менше одного мільйона євро, і повинен бути повністю сплачений виключно грошовими коштами до початку залучення коштів від установників управління майном.

Вимоги щодо об'єктів довірчої власності також тривалий час визначалися лише положеннями, присвяченими довірчому управлінню майном. Якщо виходити з цих положень як загального правила, об'єктом права довірчої власності може бути майно, яке належить установникові довірчої власності на праві власності, а також пов'язані з ним майнові та особисті немайнові права. До того ж, це може бути не тільки майно, що існує на момент виникнення довірчої власності, але й майно, яке може виникнути в майбутньому, зокрема майно, придбане довірчим власником у результаті здійснення своїх обов'язків.

До категорії майна, яке не може бути об'єктом довірчої власності, належить майно, що не є власністю установника довірчої власності, тобто що належить йому в силу іншого речового права, майно, що не допускає відокремлення, а також майно, прямо заборонене законом.

Правило щодо неможливості передачі у довірчу власність майна, яке не може бути відокремлене, впливає з положень ст. 1030 ЦК України, згідно з якою майно, передане в управління (а, отже, і майно, яке передається у довірчу власність), відокремлюється від іншого майна установника управління (довірчої власності), а також від майна управителя (довірчого власника). Отже, у довірчу власність можуть бути передані лише речі, які можна відокремити як від майна установника довірчої власності, так і від майна довірчого власника. Необхідність відокремлення майна, що передається в довірчу власність, від іншого майна установника пояснюється тим фактом, що, за загальним правилом, не допускається

звернення стягнення на це майно за вимогами кредиторів установника, за винятком випадків, коли останній оголошений банкрутом або майно, що було передане в довірчу власність, є предметом договору застави (ст. 1040 ЦК України).

Ще одна вимога, якій має відповідати майно, що передається в довірчу власність, полягає в тому, що останнє має бути неспоживаним, оскільки після припинення дії договору, за допомогою якого майно передається в довірчу власність, довірчий власник зобов'язаний повернути саме це, а не таке саме майно (ч. 3 ст. 1044 ЦК України).

Українським законодавством допускається передача в довірчу власність також корпоративних, зобов'язальних і майнових прав, цінних паперів, підприємства як єдиного майнового комплексу.

Об'єктом довірчої власності можуть бути також і грошові кошти, що є однією з найбільш суттєвих відмінностей довірчої власності, яка встановлюється з метою управління майном, від інституту довірчого управління майном, оскільки передавати грошові кошти у довірче управління прямо заборонено законом. Можливість передачі у довірчу власність грошових коштів повинна бути прямо визначена законом. Така ситуація передбачена, зокрема, Законом України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла і операціях з нерухомістю» від 19 червня 2003 року. Грошові кошти передаються у довірчу власність спеціально для досягнення встановленої договором мети і не можуть бути використані довірчим власником не за цільовим призначенням. Договором, на підставі якого встановлюється довірча власність на такі засоби, передбачається конкретна мета, для якої вони призначені, і низка обмежень відносно дій довірчого власника, пов'язаних з переданим йому майном. При цьому зберігається вимога про відокремлення майна, що передається в довірчу власність. Згідно ст. 6 Закону, грошові кошти, передані в довірчу власність, відокремлюються

від іншого майна довірчого власника і формують, таким чином, цільову майнову масу, яка використовується за призначенням, передбаченим договором.

З урахуванням того, що ЦК України визначає право довірчої власності як особливий різновид права власності (ч. 2 ст. 316) та беручи за основу сучасне законодавче визначення змісту права власності, припустимо говорити про те, що зміст права довірчої власності складають правоможності довірчого власника з володіння, користування та розпорядження переданим у довірчу власність майном. Підтвердженням тому є положення ч. 5 ст. 1033 ЦК України, відповідно до якого управитель, якщо це визначено договором про управління майном, є довірчим власником цього майна, яким він володіє, користується й розпоряджається відповідно до закону та договору управління майном. Якщо розглядати зміст права довірчої власності крізь призму традиційної «тріади правоможностей» власника, то необхідно звернути увагу, на те, що окремі правоможності довірчого власника мають свою специфіку.

Правоможність володіння в контексті права довірчої власності зберігає своє традиційне значення – це юридично забезпечена можливість господарського панування над річчю або можливість фактичного впливу на річ. Довірчий власник виступає як законний (титульний) володілець переданого в довірчу власність майна.

Правоможність користування стосовно права довірчої власності потребує уточнення. За загальним правилом, корисний ефект від речі привласнює особа, яка правомірно нею володіє і впливає на неї. Але довірчий власник не набуває права користування майном власника, він наділяється лише можливістю використовувати його для досягнення вказаної установником мети. Тому у даному випадку правильніше вести мову не про право користування, а про використання цього майна, що є не тільки правом, але й обов'язком довірчого власника. При цьому право на

привласнення корисного ефекту від майна належить установнику довірчої власності або вказаній ним особі (вигодонабувачеві)⁵⁷⁸.

Правоможність розпорядження в контексті довірчої власності також має свою специфіку. За загальним правилом, довірчий власник може розпоряджатися переданим в довірчу власність майном, тобто йому належить юридично забезпечена можливість визначати фактичну та юридичну долю цього майна, проте, така можливість для нього обмежена особливими вказівками власника і розпорядженнями закону. Так, довірчий власник може відчужувати майно, передане в управління, укласти щодо нього договір застави лише за згодою установника довірчої власності (ч. 5 ст. 1033 ЦК України). Логічно буде також припустити, що довірчий власник не може знищити довірене майно, оскільки це явно суперечить інтересам власника. Тобто правоможність довірчого власника щодо розпорядження довіреним майном не включає права знищення речі (*jus abutendi*).

Характерною рисою права довірчої власності як особливого виду права власності є те, що довірчий власник здійснює належні йому правоможності на свій розсуд, але з урахуванням встановлених власником обмежень, і лише на користь самого власника або вказаної ним особи, але не в своїх інтересах.

Разом з тим, у відносинах з третіми особами довірчий власник виступає як власник довіреного майна, тобто володіє правом вимагати усунення втручання всіх третіх осіб в сферу його господарського панування, а у разі порушення цих прав, може використовувати речово-правові засоби їх захисту і пред'являти речово-правові позови про витребування майна з чужого незаконного володіння та про усунення перешкод в його використанні. Складається ситуація, за якої у довірчого власника виникає певне зобов'я-

⁵⁷⁸ Слипченко, С.А. (2020). *Право доверительной собственности* : монографія (с. 53–54). Харков : Консум.

зання щодо установника довірчої власності. Основним обов'язком довірчого власника є управління майном у точній відповідності до положень договору та вказівок установника. При здійсненні своїх обов'язків довірчий власник повинен проявляти необхідну дбайливість. Довірчий власник також має виконувати свій основний обов'язок з передачі бенефіціару всіх доходів, отриманих від довірчої власності.

Довірча власність припиняється після досягнення мети, заради якої вона встановлювалася, або після заздалегідь передбаченого строку, або через обставини, настання яких за умовами договору повинне припинити її існування, або в разі смерті бенефіціарія.

Після припинення дії договору, за допомогою якого було встановлено право довірчої власності, майно, що було передане довірчому власнику, повертається установникові довірчої власності, якщо договором або законом не встановлені інші наслідки припинення права довірчої власності.

Одним з питань, яке активно дискутується науковцями, є проблема співвідношення довірчої власності та довірчого управління майном, між якими є настільки багато спільного, що постає питання про доцільність існування двох таких подібних правових конструкцій, призначених для однієї й тієї самої мети. Визначальна відмінність між вказаними інститутами зводиться до наступного: при встановленні довірчого управління у довірчого управителя права власності на передане в управління майно не виникає, а у разі передачі майна в довірчу власність, у довірчого власника виникає особливий вид права власності – довірча власність на передане в управління майно. І, попри те, що право довірчої власності є похідним від права власності, статус власника у відносинах з третіми особами має саме довірчий власник⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ Майданик, Р.А. (2005). Природа довірчої власності як особливого об'єкта цивільних прав за законодавством України. *Бюлетень Міністерства юстиції України*, 8(46), 21.

Крім того, названі інститути відрізняються об'єктами управління, а, відповідно, і сферою застосування. Як вже було зазначено, об'єктом довірчого управління не можуть бути грошові кошти, тому в цьому випадку слід звертатися до інституту довірчої власності. Найчастіше до довірчої власності звертаються у разі необхідності досягнення довгострокових цілей (наприклад, у сфері спадкового права)⁵⁸⁰. Тому логічним було б надання відносинам довірчої власності більш тривалого характеру.

9.3. Забезпечувальна довірча власність в українському законодавстві: проблеми та перспективи

Перша спроба запровадити в українське законодавство довірчу власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань відбулася ще на початку 2016 року, коли було запропоновано проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язань» від 10.03.2016 № 4188. Вказаний проект очікувано зазнав критики, більшою мірою слушної, що й не дивно з урахуванням неоднозначного становища самого інституту довірчої власності у вітчизняному законодавстві⁵⁸¹. Нагадаємо, що незважаючи на досить тривале існування цього правового інституту, навколо нього все ще точаться дискусії, обумовлені не завжди правильним сприйняттям його сутності, що викликає до життя питання про можливість існування у континентальному

⁵⁸⁰ Венедіктова, І.В. (2005). Співіснування інститутів довірчої власності і управління майном у цивільному законодавстві України. *Вісник Одеського інституту внутрішніх справ*, 5, 28.

⁵⁸¹ Некіт, К.Г. (2016). Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань: аналіз вітчизняного та зарубіжного законодавства. *Часопис цивілістики*, 21, 78–82.

праві інституту, який припускає «розщеплення» права власності між кількома суб'єктами. Ситуація ускладнювалася тим, що визначивши довірчу власність як різновид права власності, законодавець так і не навів її легального визначення. Однак, після трьох років дискусій навколо такого способу забезпечення виконання зобов'язань, як довірча власність, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні» від 20 вересня 2019 року⁵⁸² довірчу власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань все ж таки було закріплено у Цивільному кодексі України.

Сам факт використання довірчої власності у якості способу забезпечення виконання зобов'язань не дивує, навпаки, є логічним і очікуваним. Адже як відомо, фідучіарна власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань використовувалась ще у римському праві. Власне кажучи, саме *fiducia cum creditore* була історично першою формою застави. За цим договором боржник передавав за допомогою манципації (або *in jure cessio*) у забезпечення боргу річ на праві власності, з умовою, що у разі задоволення за зобов'язанням, забезпеченим заставою, закладена річ повинна бути повернута назад у власність боржника⁵⁸³. На тому етапі зобов'язання фідучіарія повернути річ фідучіанту після досягнення мети правочину носило виключно моральний характер і забезпечувалося лише сумлінністю кредитора. З часом фідучіарні угоди отримали свій захист завдяки діяльності преторів, у ході якої було вироблено конкретні юридичні підстави і умови притягнення до відповідальності за порушення фідучіарних угод за допомогою особистого позову *actio fiducia* для захисту фідучіарного відчужувача.

⁵⁸² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон України від 19 червня 2003 р. № 980-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980-15#Text>

⁵⁸³ Пухан, И., Поленак-Акимовская, М. (1998) (под ред. В.А. Томсинова), «Римское право (базовый учебник)» // пер. с макед. В.А. Томсинова, Ю.В. Филиппова (с. 189–190). Москва : Зерцало.

Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань сьогодні використовується у деяких європейських країнах (де відома як фідучія-забезпечення), наприклад, у Німеччині (де, разом із тим, інститут фідучії не отримав законодавчого закріплення і регулюється судовою практикою) та Франції. Фідучія як спосіб забезпечення виконання зобов'язань використовується також у Швейцарії та Люксембургу.

У Німеччині доволі широко використовується фідучія-забезпечення, коли дебітор передає кредитору у якості забезпечення свою власність, яку кредитор зобов'язується повернути дебітору за умови повної виплати боргу. Цей спосіб забезпечення має назву *sicherungsuebereinigung* для майна і *sicherungsabtretung* для майнових прав, та був свого часу розроблений у Німеччині судовою практикою з метою уникнення низки законодавчих обмежень, пов'язаних з використанням застави. За допомогою цієї правової конструкції позичальник передає кредитору право власності на рухому річ, що передається як забезпечення зобов'язання. З цією метою укладається угода про збереження речі у володінні позичальника і про встановлення опосередкованого володіння кредитора. Дозволивши опосередковане володіння на підставі довірчої угоди, правосуддя легалізувало забезпечення кредиту рухомістю без її передачі у володіння кредитора⁵⁸⁴.

Як зазначають німецькі дослідники, інститут забезпечувального привласнення був розроблений у зв'язку з тим, що застава рухомого майна з передачею його у володіння заставодержателю виявилася незручною. Для власника застава рухомих речей з передачею їх кредитору має той недолік, що не дозволяє йому користуватися закладеним предметом. Крім того, виникають труднощі зі збереженням факту застави в таємниці від третіх осіб. Для кредитора даний вид застави також не має практичної цінності, оскільки

⁵⁸⁴ Егоров, А.В., (2001). Управление имуществом, зарубежный опыт: Германия». *Вестник ВАС РФ*, 9, 136–137.

йому доводиться забезпечувати збереження речі. Враховуючи вказані складнощі, як кредитор, так і боржник прагне до встановлення застави за договором без передачі речі, що ЦК Німеччини не регламентує. Тому замість передачі речі у володіння заставодержателю, на практиці сформувався інструментарій так званої «забезпечувальної» передачі у власність: до кредитора в цілях забезпечення його інтересів переходить право власності, а з ним і особливо важливе право розпорядження річчю; за боржником залишається безпосереднє володіння і повноваження на користування річчю⁵⁸⁵.

У такому випадку становище кредитора дещо відрізняється від становища повноправного власника. Так, при оголошенні конкурсу щодо майна кредитора, боржник має право на вилучення переданого у фідуціарну власність майна. Крім того, угода про те, що кредитор має вважати себе невластником, яка укладається між кредитором та боржником, має зобов'язальну силу, тобто у разі її порушення кредитор повинен відшкодувати боржникові відповідні збитки⁵⁸⁶.

Як вже зазначалось, такий вид договору не регламентується німецьким правом (ЦК Німеччини не містить положень щодо фідуції, а лише стосовно опосередкованого володіння), однак, такий правочин вважається абстрактним правочином, який укладається, як правило, у письмовій формі. Він може передбачати також підставу, за якою боржник у подальшому буде володіти таким майном (наприклад, позичка чи зберігання)⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Венкштерн, М. (2001). Основы вещного права, в кн. *Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии* (с. 216). Москва : Издательство БЕК.

⁵⁸⁶ Эннекперус, Л., Кипц, Т., Вольф, М. (1950). Курс германского гражданского права (Т. 1, 2, 128–130). Москва : Издательство иностранной литературы.

⁵⁸⁷ Бирюкова, Л.А. (2000) (под ред. С.С. Алексеева, Л.А. Бирюкова). Фидуциарная собственность как способ обеспечения защиты кредитора». *Актуальные проблемы гражданского права: сборник статей*, 198–199. Москва: Статут ; Овсейко, С. (2008). Перевод правового титула на кредитора как способ обеспечения исполнения обязательств (исторический и сравнительно-правовой анализ). *Банковское право*, 4. URL: <http://www.center-bereg.ru/o4186.html>

У правову систему Франції фідучія була впроваджена Законом № 2007-211 «Про фідучію» від 19 лютого 2007 року⁵⁸⁸, яким ЦК Франції було доповнено окремим розділом, присвяченим фідучії. Згідно зі ст. 2011 ЦК Франції, фідучія – це правочин, за допомогою якого один або декілька установників передають майно (існуюче чи те, що буде придбано в майбутньому), або його частку, фідучіарію (фідучіаріям), які відокремлюють його від власного майна для здійснення з обумовленою метою дій на користь одного або декількох бенефіціарієв. У ст. 2488-1 ЦК Франції передбачено можливість передачі в якості забезпечення виконання зобов'язання нерухомого майна на підставі договору фідучії. А ст. 2372-1 ЦК Франції передбачає можливість передачі в якості забезпечення виконання зобов'язання на підставі договору фідучії рухомого майна або права⁵⁸⁹.

Отже, зарубіжна практика доволі успішно використовує довірчу власність для забезпечення виконання зобов'язань. Тому не дивує звернення законодавця до такого способу забезпечення виконання зобов'язань. Але запропонований підхід викликає багато питань.

Аналіз останніх змін ЦК України щодо довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язань приводить до невтішного висновку. Запропоновані українським законодавцем нововведення стосовно довірчої власності не прояснили ситуацію стосовно її правової природи та особливостей застосування, а скоріше, погіршили неоднозначність у сприйнятті цього правового інституту.

Перше питання виникає вже тому, що законодавець знову ухилився від надання визначення поняттю права довірчої власності. Визначення надано по суті лише окремому випадку встановлення права довірчої власності. Така ситуація знову призвела до заперечення проти довірчої власності з посиланням на те, що

⁵⁸⁸ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. Version consolidée au 10 avril 2019. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000821047>

⁵⁸⁹ Code civil français (version en vigueur au 01 janvier 2021). URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2021-01-01/

це «інструмент загального права»⁵⁹⁰, що свідчить про нерозуміння навіть юристами сутності цього інституту та його відмінностей від інституту трасту. Набагато логічніше було б закріплення окремої глави у ЦК України про довірчу власність (про що тривалий час велися дискусії) з наданням легального визначення цього поняття, розкриттям суті та випадків, коли довірча власність може використовуватись у практиці та задоволенню яких потреб спрямована слугувати.

З визначень, запропонованих у ст. 597 з позначкою 1 ЦК України слідує, що довірча власність є різновидом права власності на майно, за яким кредитор, який отримав майно у довірчу власність (довірчий власник), не має права самостійно відчужувати таке майно, крім як для звернення стягнення на нього, а також викупу його для суспільних потреб у порядку, встановленому законом. При цьому відповідно до ч. 1 вказаної статті за договором про встановлення довірчої власності одна сторона (довірчий засновник) передає майно другій стороні (довірчому власнику) на праві довірчої власності для забезпечення зобов'язання боржника за кредитним договором, договором позики. Формальний аналіз наведеного визначення договору про встановлення довірчої власності фактично нівелює інші можливості встановлення довірчої власності за договором, крім як для забезпечення виконання зобов'язань. Разом із тим, ст. 1029 ЦК України передбачає можливість засвідчити виникнення довірчої власності за договором (довірчого) управління майном. Очевидно, що в такому випадку договір управління майном також стає договором про встановлення довірчої власності (з метою управління). Однак у цьому випадку майно передається довірчому власникові з іншою метою, ніж забезпечення зобов'язання боржника за кредитним договором. Це породжує плутанину в розумінні

⁵⁹⁰ Адвокати вказали на суттєві ризики після запровадження довірчої власності. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/149980-advokati-vkazali-na-suttyevi-riziki-pislya-zaprovadzhennya-dovirchoyi-vlasnosti>

сутності довірчої власності та актуалізує питання про необхідність доповнення ЦК України спеціальною главою про довірчу власність з розмежуванням її окремих різновидів – довірчої власності, що встановлюється з метою управління майном та довірчої власності, що встановлюється з метою забезпечення виконання зобов'язань.

Ситуація погіршується тим, що Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні» від 20 вересня 2019 року були внесені зміни також у Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 01 липня 2004 року щодо порядку державної реєстрації права довірчої власності на нерухоме майно. Запропоновані зміни вносять ще більшу плутанину у розуміння правової природи довірчої власності. Так, у ч. 1 ст. 4 вказаного Закону зазначено, що державній реєстрації підлягають «право власності та право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язання». Таке визначення фактично прирівнює довірчу власність до різновиду права власності (як це й вказано у ст. 316 ЦК України). Але у ч. 2 ст. 4 вказаного Закону довірча власність вже згадується серед речових прав, похідних від права власності, тут зазначається, що державній реєстрації підлягає таке похідне від права власності речове право як право довірчої власності (крім права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язань). Незрозуміло, чим пояснюється така ситуація – вадами юридичної техніки чи наміром законодавця віднести один різновид права довірчої власності до особливого виду права власності, а інший – до обмеженого речового права, похідного від права власності. Звичайно, така ситуація є небезпечною для практичного застосування цього інституту, оскільки викликатиме питання як у державних реєстраторів, нотаріусів, так і у суду.

Слід також звернути увагу на недосконалість запропонованого підходу при визначенні об'єкту довірчої власності. У ст. 597 з позначкою 2 ЦК України визначається, що «об'єктом довірчої

власності може бути будь-яке майно, яке може бути відчужене і на яке може бути звернене стягнення». І це зрозуміло, адже основне, що цікавить кредитора, який отримує майно у довірчу власність в якості забезпечення виконання зобов'язання, це можливість звернути стягнення на таке майно. Однак при такому визначенні втрачаються основні вимоги, що зазвичай висуваються до майна, яке може бути передане в довірчу власність – а саме, що це має бути індивідуально визначене, неспоживане майно, яке може бути відокремлене як від майна довірчого власника, так і від майна установника довірчої власності. Разом із тим, така можливість відокремлення майна та необхідність ведення окремого обліку стосовно нього впливає хоча б з передбаченого у ст. 597 з позначкою 10 ЦК України положення про те, що звернення стягнення на об'єкт довірчої власності за зобов'язаннями довірчого власника не допускається. Для того ж, щоб не допустити випадкового звернення стягнення на об'єкт довірчої власності за зобов'язаннями довірчого власника необхідно, щоб майно, яке передається у довірчу власність могло бути індивідуалізоване. Тобто об'єктом довірчої власності не може бути будь-яке майно, що може бути відчужене. Тому до вирішення питання про створення окремої глави, присвяченої довірчій власності у ЦК України, пропонується викласти ч. 1 ст. 597 з позначкою 2 ЦК України у такій редакції: «Об'єктом довірчої власності може бути індивідуально визначене, неспоживане майно, яке можливо відокремити, відчужити і на яке можна звернути стягнення».

У коментарях нововведень стосовно довірчої власності зустрічаються думки, що довірча власність може виступати способом забезпечення зобов'язань лише за кредитними зобов'язаннями⁵⁹¹. Але аналіз позиції законодавця дозволяє дійти висновку, що, незва-

⁵⁹¹ Кобець, Р. (2019), Іпотека чи право довірчої власності: за чим майбутнє у кредитних правовідносинах. URL: <http://jur-gazeta.com/golovna/ipoteka-chi-pravo-dovirchoyi-vlasnosti-za-chim-maybutne-u-kreditnih-pravovidnosinah.html>

жаючи на назву ст. 597 з позначкою 1 ЦК України «Право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язання за кредитним договором», такого роду забезпечення зобов'язань може використовуватись і у відносинах позики. Цей факт також викликає нерозуміння, очевидно спочатку планувалося використовувати такий спосіб забезпечення виконання лише у кредитних зобов'язаннях, але згодом було прийнято рішення поширити його й на випадки позики. Отже, довірча власність може виступати способом забезпечення виконання зобов'язань, укладених і між фізичними особами. Однак, не зовсім зрозуміло, як тут слід тлумачити положення ст. 1033 ЦК України про те, що довірчим управителем (відповідно, і довірчим власником) має бути лише суб'єкт підприємницької діяльності. Якщо розглядати норми про забезпечувальну довірчу власність як спеціальні, то можливість її використання для забезпечення зобов'язання, що виникає за участі фізичної особи формально не можна заперечувати. Проте з урахуванням принципів регулювання фідучії-забезпечення у зарубіжних країнах, де до довірчих власників висуваються ще більш суворі вимоги, ніж в українському законодавстві (щодо довірчої власності з метою управління), можливість використання цього інституту для забезпечення позики за участі фізичних осіб слід піддати сумніву. Крім того, у законодавствах зарубіжних країн встановлюються обмеження і щодо установників забезпечувальної довірчої власності. Так, відповідно до ст. 2014 ЦК Франції, установниками фідучії можуть бути лише юридичні особи, що здійснюють підприємницьку діяльність.

Видається, що варто обмежити використання такого способу забезпечення виконання зобов'язань лише сферою підприємницької діяльності, принаймні на початковому етапі, тобто встановити спеціальні вимоги, яким має відповідати довірчий власник та довірчий засновник. Це потрібно, по-перше у зв'язку з недосконалістю законодавчих положень про довірчу власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань, що може потягнути зайві

ризиків для непрофесійних учасників ринку, по-друге, радикальністю цього способу забезпечення, адже він супроводжується позбавленням боржника права власності на майно, що передається у забезпечення виконання зобов'язання. Така думка знаходить підтримку в доктринальних дослідженнях⁵⁹². З урахуванням наведеного, заслуговують на підтримку пропозиції А.О. Рябчинської щодо необхідності внесення змін у ст. 597 з позначкою 3 ЦК України щодо суб'єктного складу відносин забезпечувальної довірчої власності⁵⁹³, однак з деякими уточненнями. А саме, видається за доцільне доповнити ч. 2 ст. 597 з позначкою 3 ЦК України другим реченням у такій редакції: «Довірчим засновником може бути лише суб'єкт підприємницької діяльності», а ч. 3 зазначеної статті другим реченням у такій редакції: «Довірчим власником може бути фінансова установа, яка має відповідну ліцензію на надання фінансових послуг».

Слід зазначити, що з положень українського законодавства неможливо зробити однозначний висновок, чи може довірчий власник (кредитор) одночасно виступати бенефіціарієм за договором про встановлення довірчої власності. Адже відповідно до ст. 1033 ЦК України, не допускається можливість поєднання функцій довірчого управителя (власника) та вигодонабувача в одній особі. А нововведені положення про право довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання за кредитним договором (які, очевидно, слід вважати спеціальними нормами) не дають чіткої відповіді на питання, чи може довірчий власник бути вигодонабувачем. У ст. 597 з позначкою 4 ЦК України лише встановлено, що користувачем може бути інша особа, визначена договором про встановлення довірчої власності. Чи може ця особа бути самим довірчим власником – незрозуміло. Також у п. 3 вказаної статті зазначено, що

⁵⁹² Скворцов, В.В. (2002). Развитие залога в коммерческой сфере. *Актуальные проблемы коммерческого права: сборник статей*, 135–151. Москва : ИКД «ЗЕРЦАЛО-М.

⁵⁹³ Рябчинська, А.О. (2021). Право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язання в Україні (дис. ... докт. філ. наук: 081 «Право», с. 28). Київ.

користувач, який не є довірчим власником, втрачає право користування об'єктом довірчої власності з дня отримання ним повідомлення про прийняття довірчим власником рішення про звернення стягнення на такий об'єкт. З такого формулювання випливає, що ситуація, коли майно, що є об'єктом довірчої власності, використовується не довірчим власником, є скоріше винятком. Така неоднозначність положень законодавства знову ж таки може призвести до непорозумінь на практиці. Хоча в цьому випадку видається, що була б логічною можливість призначити бенефіціарієм за даним договором кредитора, тобто самого довірчого власника, який міг би управляти майном на свою користь в рахунок погашення боргу.

Саме такий підхід закріплено в законодавстві Франції, де зазначається, що як установник довірчої власності, так і фідучіарій можуть бути одночасно бенефіціаріями або одним з бенефіціарієв (ст. 2016 ЦК Франції). Такий підхід, ймовірно, якраз обумовлений саме тією обставиною, що французька фідучія передбачає можливість передачі майна в довірчу власність з метою забезпечення виконання зобов'язань, при цьому фідучіарій виступає кредитором за основним зобов'язанням і, відповідно, одержує право управляти цим майном на свою користь⁵⁹⁴.

Так само і в Румунії у випадках встановлення фідучії-забезпечення бенефіціарами зазвичай є кредитори – банки та фінансові установи. Звернемо увагу, що за законодавством Румунії (так само, як і у Франції) чітко визначено обмежений суб'єктний склад відносин довірчої власності. Довірчими власниками тут можуть виступати лише кредитні установи, інвестиційні, фінансові, страхові компанії, а також нотаріуси та адвокати (ст. 776 ЦК Румунії)⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ Некит, Е.Г. (2013). Право доверительной собственности в гражданском законодательстве Франции. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юриспруденція*, 5, 134–135.

⁵⁹⁵ Рябчинська, А.О. (2019). Право довірчої забезпечувальної власності в зарубіжних країнах: досвід Франції та Румунії. *Вчені записки ТНУ ім. В.І. Вернадського: Серія Юридичні науки*, 30(69), 3, 54.

Зазначимо, що сьогодні у румунській доктрині розгортаються активні дискусії щодо можливості поєднання в одній особі установника довірчої власності та довірчого власника. Оскільки законодавством прямо не встановлено жодних обмежень, деякі дослідники вважають, що це дає підстави для висновку, що установник управління може бути одночасно довірчим власником⁵⁹⁶. Інші вчені піддають сумніву таку можливість⁵⁹⁷. На підтримку такої позиції вони посилаються на ст. 774 ЦК Румунії, яка визначає підстави виникнення фідучії. Оскільки підставами виникнення фідучії можуть бути лише закон чи договір, це нібито дозволяє зробити висновок, що підставою виникнення фідучії не може бути одностороння угода, а отже, не допускається поєднання фідучіарія та установника фідучії в одній особі⁵⁹⁸. Однак у випадку встановлення фідучії як гарантії виконання зобов'язання, установником фідучії є боржник, а фідучіарієм – кредитор (банк чи кредитна установа). У такій ситуації є можливість, що як установник фідучії (боржник), так і фідучіарій (кредитор) одночасно є бенефіціаріями⁵⁹⁹. Зазначають також, що у випадку, коли кредитні установи поєднують в собі дві властивості – бенефіціарія та фідучіарія, може виникнути конфлікт інтересів. Для запобігання цьому мають бути застосовані попереджувальні заходи. У такому випадку повинно бути функціональне та управлінське розділення між особами, відповідальними за управління активами (довірча діяльність), та особами, відповідальними за позику⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ Tripon, C. (2010). Fiducia – result of the interference of the two big law systems: the continental civil law and the Anglo-Saxon law. Concept, classification, evolution and conditions of validity of fiducia. *Romanian Magazine of Private Law*, 2, 162–199.

⁵⁹⁷ Bolduț, D.-D. (2014). Fiducia – operațiune juridică insolită în dreptul românesc (I). *Revista română de drept al afacerilor*, 9, 67–84.

⁵⁹⁸ Oglinda, B. (2016). Practical aspects regarding fiduciary operations. *Perspectives of Business Law Journal*, 5(1), 223.

⁵⁹⁹ Dedu, C.R. (2015). Fiducia in the light of the New Civil Code institution of law with unregulated finalty. *Challenges of the Knowledge Society*, 5(1), 216.

⁶⁰⁰ Lefter, C., Duagi, G. (2016). The fiduciary guarantee in the Romanian and European legal context. *Juridical Tribune*, 6(2), 106.

У цілому, запропоновані нововведення очевидно спрямовані на задоволення потреб кредиторів та покладають невідправдані ризики на боржників. Наприклад, відповідно до ст. 597 з позначкою 6 ЦК України, у випадку, якщо боржник хоча б на 20 календарних днів прострочить виконання основного зобов'язання, довірчий власник має право звернути стягнення на об'єкт довірчої власності. Відповідно до ст. 597 з позначкою 8 ЦК України, довірчий власник зобов'язаний не пізніше ніж за 30 днів до укладення договору купівлі-продажу об'єкту довірчої власності письмово повідомити боржника, користувача та довірчого засновника про свій намір укласти цей договір та мінімальну ціну продажу. У разі невиконання зазначеної вимоги довірчий власник зобов'язаний відшкодувати таким особам завдані збитки. Які саме збитки можуть бути завдані невиконанням цього обов'язку, як визначити їх розмір та порядок відшкодування також поки що незрозуміло. Так само незрозуміло, як буде визначатися вартість об'єкту довірчої власності, який підлягає відчуженню в рахунок погашення основного зобов'язання. На сьогодні законодавством передбачено, що ціна продажу об'єкта довірчої власності буде встановлюватися довірчим власником одноособово. Така ціна не може бути меншою за мінімальну ціну, повідомлену боржникові (користувачеві, довірчому засновникові), але жодної прив'язки до ринкових цін вказане положення не містить, що фактично дає можливість кредитору продати об'єкт довірчої власності за будь-якою ціною на свій розсуд, навіть якщо сума боргу є значно меншою, ніж ринкова вартість об'єкту забезпечення.

Фактично порядок звернення на об'єкт довірчої власності визначається домовленістю сторін. Хоча серед змін до Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» закріплено положення про те, що особливості звернення стягнення на об'єкт права довірчої власності встановлюються законом, фактично такого закону немає.

Крім того, запропоновані нововведення зняли низку раніше встановлених мораторіїв. Так, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні» внесені зміни до Кодексу України з процедур банкрутства, якими встановлено, що дія мораторію на задоволення вимог кредиторів не поширюється на будь-які дії довірчого власника щодо об'єкта довірчої власності, довірчим засновником якої є боржник. Дія мораторію не поширюється на процедуру обов'язкового звернення стягнення на об'єкт довірчої власності.

З позитивних рис запропонованих у ЦК України змін можна відмітити хіба що зауваження законодавця про те, що з моменту встановлення довірчої власності право власності особи, яка передала своє майно у довірчу власність, припиняється. Такий підхід якраз і відображає сутність континентального інституту фідучії та його відмінності від трасту. Однак чомусь законодавець підкреслює факт припинення права власності на передане у довірчу власність майно лише у випадках, коли довірча власність виступає способом забезпечення виконання зобов'язань. Хоча варто було б закріпити ці правові наслідки і для випадку встановлення довірчої власності з метою управління, оскільки саме в цьому й полягає сутність встановлення довірчої власності на певне майно.

Логічним також видається положення ст. 597 з позначкою 2 ЦК України про те, що «режим довірчої власності не поширюється на плоди, продукцію та доходи, одержані від використання об'єкта довірчої власності, якщо інше не встановлено договором, на підставі якого була встановлена довірча власність». Такий підхід є цілком логічним, адже довірча власність встановлюється для забезпечення вимог кредитора, і ніщо не заважає сторонам домовитись, що кредитор буде користуватися переданим йому в довірчу власність майном, отримувати від нього плоди та доходи, які будуть зараховуватись у погашення боргу перед ним.

Висновки

У відповідь на дискусію щодо доцільності існування «чужорідного» інституту довірчої власності в континентальному праві, можна навести чіткі аргументи на користь того, що в українське законодавство була запроваджена континентальна модель довірчої власності, яка відрізняється від класичного англо-американського інституту трасту тим, що при встановленні фідучії право власності не набуває дуального характеру. У країнах цивільного права при передачі майна в управління довірчому власнику, в останнього виникає на нього особливе право власності – довірчої. Єдиним суб'єктом речового права на передане майно при цьому виступає саме довірчий власник, установнику довірчої власності і вигодонабувачеві належать лише зобов'язальні права. Отже, при встановленні фідучії довірчий власник є по суті *sui generis* власником, що є головною відмінністю фідучії від трасту.

Українська довірча власність як різновид фідучії має ще низку істотних відмінностей від трасту. Зокрема, на відміну від трасту, фідучія повинна відповідати численним формальним вимогам. Вважається, що саме відсутність формалізму забезпечує поширене застосування трасту на практиці, на відміну від фідучії. Формалізм фідучії проявляється як у необхідності укладання договору про встановлення фідучії у визначеній формі та його реєстрації у державних реєстрах, так і у визначенні доволі суворих вимог щодо статусу довірчого власника. Якщо у країнах загального права довірчим власником може бути практично будь-яка особа без обмежень, то законодавством країн цивільного права встановлюються істотні обмеження щодо статусу довірчого власника, спрямовані на попередження використання фідучії з метою відмивання грошей та ухилення від податків. Хоча в Україні вимоги до статусу довірчого власника є менш суворими порівняно із законодавствами інших країн континентального права, зокрема, Франції та Румунії, де чітко визначено вузький перелік осіб, які можуть бути довірчими

власниками (кредитні установи, інвестиційні, фінансові, страхові компанії, нотаріуси, адвокати). Відмінності між фідуцією та трастом проявляються також у підставах їх виникнення. Якщо фідуція може виникати лише на підставі договору або закону, траст може бути встановлений також заповітом або на підставі судового рішення.

Специфіка української довірчої власності як особливого виду права власності проявляється, перш за все, в її цільовому характері. При встановленні довірчої власності майно установника передається довірчому власникові з певною метою, а саме, для використання його на користь установника або вказаного ним вигодонабувача. Тобто на відміну від традиційного права власності, майно, що є об'єктом цих відносин, використовується в чужому інтересі. Цільовий характер довірчої власності обумовлює і особливості її змісту та здійснення. Зокрема, межі права довірчої власності визначаються не лише законом, але й установником довірчої власності, відповідно до мети її встановлення.

Зміст права довірчої власності, якщо розглядати його крізь призму традиційної «тріади правоможностей» власника, також має свою специфіку. Якщо правоможність володіння в контексті права довірчої власності зберігає своє традиційне значення, то правоможності користування та розпорядження не зовсім відповідають класичному розумінню. Оскільки довірчий власник управляє майном не в своєму інтересі, а в інтересі власника чи бенефіціарія, він фактично має не право користування майном власника, а лише можливість використання його для досягнення вказаної установником мети. Тобто правоможність користування тут перетворюється на правоможність використання – корисні властивості майна видобуваються на користь іншої особи. Правоможність розпорядження в контексті довірчої власності обмежується лише можливістю визначення юридичної долі переданого в управління майна, і тільки в межах, визначених договором та законом. Можливості визначати фактичну долю переданого майна, зокрема, його

знищення (*jus abutendi*), довірчий власник не має, адже після закінчення дії договору, він повинен повернути майно установнику.

Суб'єктний склад та об'єкт відносин довірчої власності також відрізняється від традиційного права власності. Адже довірчим власником може бути лише особа, що відповідає визначенням у законі вимогам, зокрема, це має бути суб'єкт підприємницької діяльності, а іноді він повинен відповідати ще й додатковим вимогам, визначеним спеціальним законодавством. Об'єктом довірчої власності також може бути не будь-яке майно, а лише те, що відповідає встановленим вимогам, зокрема, індивідуалізоване, відокремлюване та неспоживане.

Що стосується забезпечувальної довірчої власності, то її запровадження в українське цивільне законодавство не було неочікуваним з урахуванням зарубіжного досвіду в цій сфері. Однак спосіб її закріплення у ЦК України не витримує критики. Запропонований законодавцем підхід не прояснив і без того складну ситуацію з розумінням правової природи та особливостей застосування довірчої власності, а скоріше, погіршив неоднозначність у сприйнятті цього правового інституту. Це актуалізує питання про необхідність доповнення ЦК України спеціальною главою про довірчу власність з наданням узагальненого легального визначення цього поняття, розкриттям її суті та розмежуванням її окремих різновидів – довірчої власності, що встановлюється з метою управління майном та довірчої власності, що встановлюється з метою забезпечення виконання зобов'язань.

Особливу небезпеку несуть в собі положення щодо державної реєстрації права довірчої власності, відповідно до яких право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язання розглядається як особливий вид права власності, а право довірчої власності з метою управління майном – як обмежене речове право, похідне від права власності. Така ситуація видається неприпустимою, необхідним є закріплення уніфікованого

розуміння права довірчої власності як особливого виду права власності.

Деяких уточнень потребує і законодавчий підхід до визначення суб'єктів та об'єктів забезпечувальної довірчої власності. Зокрема, видається, що на початковому етапі становлення цього правового інституту в нашій країні варто обмежити використання довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язань лише сферою підприємницької діяльності, тобто встановити спеціальні вимоги, яким має відповідати довірчий власник та довірчий засновник. А саме, закріпити, що довірчим засновником може бути лише суб'єкт підприємницької діяльності, а довірчим власником – лише фінансова установа, що має відповідну ліцензію на надання фінансових послуг. Це обумовлено, по-перше, недосконалістю законодавчих положень про довірчу власність як способу забезпечення виконання зобов'язань, що може потягнути зайві ризики для непрофесійних учасників ринку, по-друге, радикальністю цього способу забезпечення, адже він супроводжується позбавленням боржника права власності на майно, що передається у забезпечення виконання зобов'язання. До того ж, такий підхід більше відповідає зарубіжному досвіду в цій сфері. Крім того, видається за доцільне чітко визначити можливість призначення бенефіціарієм за договором про встановлення довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язань кредитора, тобто самого довірчого власника, який міг би управляти майном на свою користь в рахунок погашення боргу.

Недосконалість законодавчого підходу до визначення об'єкту забезпечувальної довірчої власності проявляється в тому, що у запропонованому визначенні не враховані основні вимоги, що зазвичай висуваються до майна, яке може бути передане в довірчу власність – а саме, що це має бути індивідуально визначене, неспоживане майно, яке може бути відокремлене як від майна довірчого власника, так і від майна установника довірчої власності.

Розділ 10

Ліцензійний договір у сфері авторського права

Вступ

10.1. Загальні вимоги до ліцензійного договору

10.2. Загальна характеристика істотних умов договору

10.3. Істотні умови ліцензійного договору

Висновки

Вступ

Майнові права автора або іншого суб'єкта авторського права охоплюють таку правомочність як виключне право дозволяти використання твору іншими особами (п. 2 ч. 1 ст. 440 Цивільного кодексу України⁶⁰¹, у подальшому ЦК, ч. 1 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права»⁶⁰²). Дозвіл на тимчасове використання твору є одним з найпоширеніших способів розпорядження майновими авторськими правами, при цьому до договору, за яким надається такий дозвіл, у вітчизняному законодавстві вживається різна термінологія: ліцензійний договір (ст. 1109 ЦК), авторський договір про передачу права на використання твору (ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Згідно з ч. 1 ст. 1109 ЦК за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на викорис-

⁶⁰¹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. ВВР. 2003. № 40–44. С. 356.

⁶⁰² Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII. ВВР. 1994. № 13. Ст. 64.

тання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог цього Кодексу та іншого закону. З положень ч. 3, 4 ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права» слідує, що авторський договір про передачу права на використання твору стосується використання твору певним способом і у встановлених межах. Отже, це договір, за яким автор чи інший суб'єкт авторського права надає іншій особі дозвіл використовувати твір певними способами на певній території протягом певного строку.

Кожен договір щодо розпорядження майновими правами на твір має значні особливості. Для досягнення вичерпного знання про зміст ліцензійного договору у сфері авторського права та специфіку його укладення необхідно дослідити його істотні умови та всі основні вимоги, яким він має задовольняти. Окресленим питанням буде присвячено цю частину роботи.

10.1. Загальні вимоги до ліцензійного договору

Існує низка загальних вимог, які висуваються законом до форми, змісту і моменту укладення ліцензійного договору, котрі повинні додержуватися в кожному випадку і незалежно від того, якими є конкретні домовленості сторін договору.

10.1.1. Форма ліцензійного договору. Договір про надання дозволу на використання твору може укладатися у двох формах, усній і письмовій. Усна форма обмежена тими випадками, коли договір стосується використання (опублікування) твору у періодичних виданнях (ч. 1 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Дозвіл на використання твору у таких виданнях може надаватися в усній формі, хоча за бажанням сторони можуть оформити цей дозвіл письмово. Згідно з ДСТУ 3017:2015:

«видання – це публікація, примірник, твір (документ), що містить інформацію, призначену для поширення, пройшов редакційно-видавниче опрацювання, відтворений друкуванням, тисненням або виготовлений електронним записом на будь-якому носіїві чи іншим способом, видавниче оформлення, поліграфічне й технічне виконання якого відповідає вимогам правових і нормативних документів. Періодичним є серіальне видання, що виходить через певні, рівні проміжки часу та має заздалегідь визначену постійну щорічну кількість нумерованих (датованих) випусків й однакову назву. До періодичних видань належать газета, журнал, бюлетень і календар.»⁶⁰³

В усіх інших випадках для ліцензійного договору законом передбачена письмова форма, у разі недодержання якої такий договір є нікчемним (ч. 2 ст. 1107 ЦК) – недійсним в силу того, що його недійсність встановлена законом, який не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю (ч. 2 ст. 215, ч. 1 ст. 216 ЦК).

Письмова форма ліцензійного договору характеризується тим, що зміст договору зафіксований в одному або кількох документах, включаючи електронні документи, якими сторони обмінялися безпосередньо або шляхом надсилання до використовуваної ними інформаційно-телекомунікаційної системи. Письмова форма договору включає його підписання сторонами договору (ч. 1, 2 ст. 207 ЦК).

Ліцензійний договір не потребує обов'язкового нотаріального посвідчення чи державної реєстрації. За бажанням сторони можуть нотаріально посвідчити ліцензійний договір, однак це не створює якихось правових наслідків, зокрема, не має значення для набрання договором чинності. Що стосується державної реєстрації, згідно з ч. 1 ст. 1114 ЦК вона здійснюється на вимогу ліцензіара або ліцензіата у порядку, встановленому законом, а її відсутність не впливає

⁶⁰³ ДСТУ 3017-2015. Видання: основні види. Терміни та визначення понять. [Чинний від 2016-07-01] (п. 3.1, 4.3.2.1, 4.14.

на чинність прав, наданих за ліцензією або іншим договором, та інших прав на відповідний об'єкт права інтелектуальної власності, зокрема, на право ліцензіата на звернення до суду за захистом свого права. Державна реєстрація договорів, що стосуються прав на твір, може бути здійснена у будь-який час протягом строку охорони авторського права (ч. 5 ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права») і має формальний характер. Процедура державної реєстрації не передбачає проведення експертизи твору чи встановлення факту виникнення авторства (п. 17 Порядку державної реєстрації авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір⁶⁰⁴) і зводиться до перевірки поданих документів на предмет їх відповідності встановленим вимогам. Право використовувати твір виникає у ліцензіата внаслідок укладення ліцензійного договору, а не внаслідок його державної реєстрації, котра не впливає також на обсяг прав за договором, набрання ним чинності, визнання його укладеним тощо. Тому ця процедура не має дійсного практичного значення, а є додатковою можливістю фіксації факту укладення ліцензійного договору, яка реалізовується за бажанням сторін.

10.1.2. Існування прав на твір, дозвіл на використання якого надається. Згідно з положеннями ч. 5 ст. 1109 ЦК, ч. 3 ст. 33 Закону «Про авторське право і суміжні права» предметом договору про передачу прав на використання твору не можуть бути права, яких не існувало на момент укладення договору, які не були чинними на цей момент. Це означає, що укладенню ліцензійного договору повинно передувати:

1) якщо ліцензіаром є автор – створення твору чи його частини, яка має самостійне значення і розглядається як твір. За логікою авторського-правової охорони використання твору може розпочатися лише після того, як задуми автора будуть втілені у певній

⁶⁰⁴ Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір: Постанова Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 р. № 1756. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1756-2001-%D0%BF#Text>

об'єктивній формі, що увінчує створення твору. З цього моменту твір починає охоронятися, а у автора виникає право дозволяти використання твору іншими особами. Поки твір не створено, відсутні як об'єкт використання, так і право дозволяти його використання. З цих міркувань ліцензійний договір прив'язаний до моменту виникнення авторського права і не може укладатися заздалегідь стосовно потенційного майбутнього твору;

2) якщо ліцензіаром є інша особа – набуття майнових авторських прав на твір на підставі договору або закону; одержання дозволу на використання твору з правом укладення субліцензійного договору. Фізична чи юридична особа може набути майнові авторські права на твір у порядку спадкування чи правонаступництва або у зв'язку з відчуженням на її користь прав на твір, в силу чого така особа стає суб'єктом авторського права. Також фізична чи юридична особа може стати ліцензіатом на умовах виключної ліцензії з правом видачі субліцензії, що утворить для неї можливість надати дозвіл на використання цього твору третій особі. До моменту набуття майнових авторських прав на твір чи отримання відповідного дозволу на використання твору не існуватиме правової підстави для укладення ліцензійного (субліцензійного) договору, оскільки відповідна особа не матиме права дозволяти використання цього твору.

Водночас закон регламентує інший договір, який може містити ліцензійні умови, однак укладається тоді, коли твір ще не створено, а права на нього ще не є чинними, – договір замовлення. Згідно з ч. 1 ст. 1112 ЦК за договором про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності одна сторона (творець – письменник, художник тощо) зобов'язується створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог другої сторони (замовника) та в установленний строк. За вимогою ч. 2 ст. 1112 ЦК у договорі замовлення повинні бути визначені способи та умови використання цього об'єкта замовником. Відчуження автором майнових прав на твір на користь замовника не є обов'язковою умовою договору замов-

лення, а отже, автор може залишитися суб'єктом авторського права на твір і надати замовнику дозвіл на використання ще не створеного твору, умови якого повинні викладатися у цьому ж договорі замовлення, як це передбачено у ч. 2 ст. 1112 ЦК.

З наведеного вбачається, що договір замовлення має змішану природу: з однієї сторони, він регулює порядок створення твору, з іншої – порядок використання твору, який буде створено у майбутньому. ЦК у ч. 2 ст. 628 визначає, що сторони мають право укласти змішаний договір, у якому містяться елементи різних договорів. До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору.

Коли автор залишається суб'єктом авторського права на твір і надає замовнику дозвіл на використання твору, ніщо інше не впливає із суті договору замовлення, окрім як створення твору і надання замовнику дозволу на його використання. До відносин щодо використання твору у договорі замовлення застосовуються положення законодавства, які визначають умови ліцензійного договору, оскільки не існує іншого договору про надання дозволу на використання твору⁶⁰⁵. Однак вимога ч. 5 ст. 1109 ЦК, ч. 3 ст. 33 Закону «Про авторське право і суміжні права» щодо чинності прав на твір на момент укладення договору у цьому разі не додержується,

⁶⁰⁵ У п. 1 ч. 1 ст. 1107 ЦК до одного з видів договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності віднесено ліцензію. Згідно з ч. 1, 2 ст. 1108 ЦК ліцензія може бути оформлена як окремий документ – письмове повноваження на використання об'єкта права інтелектуальної власності в обмеженій сфері – або бути складовою частиною ліцензійного договору. Позиція законодавця щодо віднесення ліцензії до окремого виду договорів є дискусійною. Я належу до числа представників юридичної спільноти, які вважають цю законодавчу позицію помилковою, оскільки ліцензія як така – це дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності, що безпосередньо слідує з положення ч. 1 ст. 1109 ЦК. Ліцензія є не договором, а частиною ліцензійного договору, яка визначає умови використання об'єкта права інтелектуальної власності, а тому єдиним видом договору, відповідно до якого може надаватися дозвіл на таке використання, є ліцензійний договір.

оскільки ЦК у ч. 2 ст. 1112 зобов'язує сторін договору заздалегідь узгодити порядок використання майбутнього твору. Тому ліцензійні положення договору замовлення формулюються з відкладальною умовою і набувають чинності після того, як твір буде створено.

У зв'язку з цим постає питання, чи слід за аналогією дозволити укладення ліцензійних договорів у момент, коли ліцензіар ще не набув права на твір, з умовою про набрання чинності договором після настання події, у зв'язку з якою ліцензіар стане суб'єктом авторського права чи користувачем твору з правом укладення субліцензійного договору. Ця можливість не видається доречною з огляду на таке.

Вірогідність набрання чинності ліцензійними умовами договору замовлення дуже висока, адже автор бере на себе зобов'язання створити твір, а відмова від виконання цього зобов'язання чи договору замовлення у цілому тягне для автора настання негативних наслідків. Коли йдеться про ліцензійний договір, автор ні перед ким не зобов'язаний і може відмовитися від створення твору без понесення якої-небудь відповідальності за це, інший потенційний ліцензіар може не набути права на твір в силу будь-яких обставин (наявність заповіту, за яким права на твір успадковує інша особа; відмова суб'єкта авторського права здійснити відчуження прав на користь потенційного ліцензіара тощо), і заздалегідь укладений ліцензійний договір так і не набере чинності. Оскільки використання твору, здійснюване за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права, має місце в основному у підприємницькій чи незалежній професійній діяльності, спрямованій на отримання прибутку, ліцензійні договори з такою відкладальною умовою породжуватимуть невинуваті бізнес-ризик, тому що не існуватиме жодної гарантії, що договір в принципі почне діяти. Окрім того, наявність такої відкладальної умови у ліцензійних договорах може призвести до зловживань як з боку потенційного ліцензіара, так і потенційного ліцензіата. Тому у контексті авторського права законодавець вірно обмежив можливість укладення ліцензійного дого-

вору щодо використання лише того твору, майнові авторські права на який вже є чинними. При цьому ніщо не заважає сторонам договору завчасно узгодити його умови і укласти договір одразу після набуття ліцензіаром майнових прав на твір чи дозволу на його використання на умовах виключної ліцензії з правом субліцензії.

Чинність майнових прав означає також те, що строк дії авторського права на твір ще не сплинув, інакше твір перестає бути об'єктом правової охорони, в силу чого майнові права на нього припиняються. Окрім того, ліцензіар повинен бути суб'єктом авторського права на твір у момент укладення ліцензійного договору, адже у разі відчуження майнових авторських втрачається правомочність дозволяти використання твору іншими особами. Коли йдеться про субліцензійний договір, первинний ліцензійний договір повинен ще діяти, інакше у ліцензіата не існуватиме права надати дозвіл на використання твору третій особі. Таким чином, умова щодо існування права інтелектуальної власності на момент укладення ліцензійного договору означає, що майнові права на твір повинні бути чинними як такі та одночасно чинними для особи, котра укладає ліцензійний (субліцензійний) договір.

10.1.3. Відсутність умов, що погіршують становище автора. Принцип свободи договору дозволяє сторонам самостійно і на власний розсуд визначати перелік і конкретний зміст умов договору. При цьому повинні дотримуватися вимоги, встановлені законом, звичаї ділового обороту, вимоги розумності і справедливості (ч. 1 ст. 627 ЦК). Згідно з ч. 4 ст. 426, ч. 1 ст. 1109 ЦК ліцензійний договір укладається з додержанням вимог законодавства. Однією таких вимог є положення про те, що умови договору не повинні погіршувати становище автора чи його правонаступників у порівнянні із становищем, встановленим чинним законодавством (ч. 5 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Ця вимога стосується передбачених законом прав автора чи іншого суб'єкта авторського права, які не можуть скасовуватися

чи обмежуватися договором, а також обов'язків за договором, які не можуть суперечити засадам авторсько-правової охорони творів, правовому статусу автора чи іншого суб'єкта авторського права. Так, договір не може покладати на автора чи його спадкоємців обов'язок уступити на користь третьої особи право на частку від суми продажу оригіналу твору (право слідування), оскільки це право є невідчужуваним (ст. 448 ЦК). Автору не може заборонятися створення майбутніх творів на зазначену у договорі тему чи у зазначеній галузі в силу того, що Конституція України у ч. 1 ст. 54 гарантує свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості, а така заборона визнається недійсною (ч. 7 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Таким чином, усі умови договору про надання дозволу на використання твору повинні узгоджуватися з положеннями законодавства.

Умови договору, які суперечать положенням ЦК, є нікчемними (ч. 9 ст. 1109 ЦК). Якщо у ліцензійному договорі міститься будь-яка умова, яка погіршує становище автора (його правонаступників) у порівнянні із становищем, встановленим законом, така умова є недійсною, однак її наявність не тягне недійсність договору в цілому, якщо інші його умови відповідають вимогам закону.

10.2. Загальна характеристика істотних умов договору

Ліцензійний договір, як і будь-який інший з договорів, є домовленістю сторін, що спрямована на встановлення, зміну або припинення їх прав та обов'язків, а тому він повинен виражати цю домовленість у конкретній формі. Значна кількість положень цивільного законодавства має диспозитивний характер і надає сторонам договору можливість вибору власної поведінки, відтак у договорі має відобразитися цей вибір, інакше він не буде очевидним та ясним.

Закон ставить укладення договору в залежність від погодження сторонами усіх істотних умов договору (ч. 1 ст. 638 ЦК). Такий підхід обумовлюється тим, що договір може виконувати функцію регулятора відносин між сторонами лише тоді, коли він містить спільно вироблені ними рішення по суті кожної умови, яка важлива для цих відносин. Тому істотність означає обов'язковість умов для договору, їх неодмінну наявність у договорі, оскільки без їх погодження неможливе укладення цього виду договору.

За визначенням, наведеним у ч. 1 ст. 638 ЦК, істотні умови договору діляться на чотири групи:

- 1) умови про предмет договору;
- 2) умови, що визначені законом як істотні;
- 3) умови, необхідні для договорів цього виду;
- 4) умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін повинна бути досягнута згода.

З огляду на останній пункт може скластися враження, що всі і будь-які умови, які включаються у договір, є істотними, адже принаймні одна сторона виявила ініціативу щодо їх наявності у тексті договору. Проте положення ч. 1 ст. 638 ЦК свідчить, що окрім істотних у договорі можуть міститися й інші умови. У разі визнання істотною кожної умови, що увійшла до договору, втрачається зміст вимоги про досягнення згоди щодо всіх істотних умов договору як підстави визнання його укладеним, тому істотність умови договору не слід пов'язувати лише з ініціативою сторони договору щодо погодження цієї умови. З положення ч. 1 ст. 628 ЦК слідує, що умови договору поділяються на ті, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства, і ті, що визначені на розсуд сторін і погоджені ними. Однак не вбачається підстав вважати, що перші є істотними, а другі – неістотними, адже до істотних умов у ч. 1 ст. 638 ЦК віднесено ті, включення яких у договір не вимагається законом, однак здійснюється за заявою хоча б однієї сторони. Отже, відмінність між істотними та неістотними умовами договору не в тому, що

перші повинні погоджуватися в силу законодавчої вказівки, а другі – ні. Те, що всі умови договору стають обов'язковими для його сторін в силу загального принципу обов'язковості договору (ч. 1 ст. 629 ЦК), також не свідчить, що будь-яка умова стає істотною у разі її включення у договір. Отже, класифікація умов договору на істотні та неістотні потребує виділення ознаки, яка дозволить вичерпно і однозначно зрозуміти відмінність між обома видами умов.

На мою думку, критерієм для розмежування істотних і неістотних умов договору виступають правові наслідки їх включення у договір. За цим критерієм умови договору поділяються на ті, які обов'язково повинні міститися у договорі, щоб він вважався укладеним (істотні умови), і ті, відсутність яких не породжує визнання договору неукладеним (неістотні умови).

Віднесення умов договору до істотних обумовлюється предметом договору, який конкретизується у правах та обов'язках сторін і порядку їх реалізації чи виконання. Істотні умови відображають зміст діяльності сторін у зв'язку з дією, що викладена у предметі договору. Це усі домовленості між сторонами щодо їх прав та обов'язків, порядку, умов, меж та строків їх реалізації або виконання, які у сукупності спрямовуються на досягнення мети предмету договору. Залежність набуття договором статусу укладеного від погодження його істотних умов можна обґрунтувати тим, що відсутність будь-якої з цих умов утворює прогалину у розумінні прав та обов'язків сторін, меж їх дозволеної поведінки, порядку виконання дії, що становить предмет договору.

Інші умови, що не пов'язані з предметом договору, не належать до істотних, навіть якщо усі сторони договору виявили ініціативу щодо погодження таких умов. Наприклад, умова про те, що договір укладається у певній кількості примірників, по одному для кожної із сторін або кожної з осіб, які діють як одна сторона договору, не стосується прав та обов'язків, які впливають з предмету договору і повинні виникнути, змінитися або припинитися у зв'язку з його

укладенням. Положення про порядок внесення змін і доповнень до договору, зазначення на те, що у разі невиконання чи неналежного виконання умов договору сторони несуть відповідальність відповідно до закону, та інші подібні умови можуть включатися до будь-яких договорів, незалежно від їх виду. Такі умови не впливають на те, яким чином будуть реалізовуватися права та виконуватися обов'язки сторін відповідно до предмета договору, а тому можуть погоджуватися чи не погоджуватися на розсуд сторін, і це не має значення для визнання договору укладеним.

У цивілістичній доктрині існує теорія про поділ інших умов договору на звичайні та випадкові, проте щодо їх тлумачення висловлено дуже різні думки. Наприклад, звичайні умови договору, з однієї точки зору, «визначені диспозитивною нормою закону, а тому їх не обов'язково зазначати у тексті договору»⁶⁰⁶, а з іншої – «є обов'язковими для сторін відповідно до актів цивільного законодавства, тому при укладенні договору вони можуть не погоджуватися»⁶⁰⁷. У другій тезі, судячи з усього, йдеться про імперативні законодавчі вимоги, які застосовуються незалежно від включення їх у договір. Випадковим умовам договору також надається різний зміст, зокрема, зазначено, що вони «взагалі не передбачені законодавством як такі, що є характерними для певного виду договорів, але щодо них існує домовленість між сторонами»⁶⁰⁸, і навпаки, «випадкові умови договору слід сприймати як потенційно можливі для цього договору умови; щойно вони стають елементом домовленості сторін, їх слід розглядати як умови, що є істотними для цього договору»⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ Яновицька, Г.Б., Кучер, В.О. (ред) (2011). Цивільне право України : навчальний посібник (с. 247). Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ.

⁶⁰⁷ Мороз, О.В. (2019). Істотні умови цивільно-правового договору. *Право та інновації*, 1, 45.

⁶⁰⁸ Яновицька, Г.Б., Кучер, В.О. (ред) (2011). Цивільне право України : навчальний посібник (с. 247). Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ.

⁶⁰⁹ Зазуляк, І.І. (2008). Співвідношення істотних умов договору з іншими договірними умовами. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*, 40, 280.

Неоднозначне розуміння суті звичайних і випадкових умов договору та запропонована трансформація випадкових умов в істотні не дозволяє чітко розмежувати між собою ці різновиди. З урахуванням висловлених вище аргументів, надання іншим умовам значення істотних умов лише у зв'язку з їх включенням у договір видається помилковим, адже від них не залежить набуття договором статусу укладеного. Також складно обґрунтувати практичне значення у розмежуванні різновидів неістотних умов договору, оскільки всі їх потенційно можливі види позначають одні і ті ж правові наслідки: наявність чи відсутність таких умов не впливає на визнання договору укладеним. Тому вбачається більш доцільним розглядати неістотні умови договору в рамках однієї категорії – інші умови договору.

10.3. Істотні умови ліцензійного договору

Що стосується істотних умов ліцензійного договору згідно з ч. 1 ст. 638 ЦК, кожна із цих груп включає різного роду умови, які у своїй сукупності визначають зміст домовленостей сторін щодо порядку, меж і строків використання твору, усіх пов'язаних з цим прав та обов'язків сторін.

10.3.1. Умови про предмет ліцензійного договору. Цивільне законодавство не визначає поняття предмета договору і окреслює його індивідуально для кожного виду договорів. З багатьох норм ЦК впливає, що предметом договору можуть виступати майно або майнові права (ч. 1 ст. 116, ч. 1 ст. 209, ч. 5 ст. 221, ч. 3 ст. 222, ч. 3 ст. 226, ч. 1 ст. 576, ч. 1, 2 ст. 656, ч. 1, 2 ст. 718, ч. 1, 2 ст. 760, ч. 1 ст. 788, ч. 3 ст. 1066 та інші), у тому числі майнові права інтелектуальної власності (ч. 3 ст. 424), а також право вимоги, яка не має особистого характеру (ч. 3 ст. 656, ч. 1 ст. 1078), результати виконання робіт, які з'являться у майбутньому (ч. 1 ст. 892), послуги

(ч. 1 ст. 901), майнові інтереси (ч. 1 ст. 980). Тобто, предмет багатьох договорів здебільшого кореспондує категорії об'єктів цивільних прав. Водночас у п. 7 ч. 1 ст. 268 ЦК згадується правочин, предметом якого є відчуження гуртожитку або його частини, на який поширюється дія Закону «Про забезпечення реалізації житлових прав мешканців гуртожитків»; тобто, предметом договору у цьому разі виступають дії.

Певна непослідовність законодавця у формулюванні предмету різних видів договорів та критичне осмислення сутності цієї категорії призвели до того, що у науці цивільного права склалося три основних підходи до розуміння того, що виступає предметом договору:

1) об'єкт цивільних прав, щодо якого укладається договір, зокрема, права на використання об'єкта права інтелектуальної власності⁶¹⁰;

2) дії, вчинення яких передбачається договором⁶¹¹;

3) одночасно об'єкт цивільних прав та дії, що повинні бути вчинені з цим об'єктом⁶¹².

З усіх цих точок зору мені найбільше імпонує друга, що можна обґрунтувати так. Предмет договору повинен виражати основний зміст домовленостей сторін щодо дій, які будуть ними вчинені, а не просто позначати річ, майнові права чи інший об'єкт, з приводу якого досягаються ці домовленості. Зазначення у предметі договору на відповідний об'єкт цивільних прав ще не робить зрозумілим те, про що конкретно домовляються сторони договору, які дії будь ними вчинюватися. Якщо розглянути це на прикладі сфери авторського права, то майнові авторські права можуть виступати «предметом» договору про надання тимчасового дозволу на використання твору і договору про відчуження (продаж) прав на твір.

⁶¹⁰ Бажанов, В.О. (2013). Загальна характеристика ліцензійного договору. *Європейські перспективи*, 11, 126.

⁶¹¹ Шимон, С. (2011). Об'єкт і предмет договору і цивільного правовідношення: нотатки до наукової дискусії. *Юридична Україна*, 4, 63.

⁶¹² Стрижак, І.В. (2010). Проблема визначення поняття «предмет договору». *Вісник Академії митної служби України. Серія Право*, 2, 129.

І якби предметом договору були власне майнові авторські права, це не дозволяло б визначити, про який з цих двох – абсолютно різних! – договорів йдеться. Те, з приводу чого укладається договір – річ, майнові права тощо, – виступає не предметом, а об'єктом договору. Сам же предмет договору становить та основна дія, про вчинення якої домовилися сторони.

З норми ч. 1 ст. 1109 ЦК слідує, що предметом ліцензійного договору є надання дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Закон «Про авторське право і суміжні права» підходить до цього питання дещо інакше: хоча у ч. 1 ст. 32 закріплений дозвіл на використання твору, назва цієї статті сформульована як «Передача права на використання твору», у назві і положеннях статті 33 також йдеться про передачу права на використання твору, а не надання дозволу.

Питання термінології не є вирішальним, проте видається більш коректним вести мову про надання дозволу, а не права, оскільки право – це категорія, яку не можна передати у користування чи позичити, а потім повернути собі. Окрім того, виходячи із законодавчих тлумачень, право може передбачати різні способи його реалізації, зокрема, право на оприлюднення твору охоплює такі дії, як опублікування, публічне виконання, публічний показ, публічну демонстрацію, публічне сповіщення (ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права»), які мають різний зміст. У той час як дозвіл на використання твору стосується конкретної дії, можливість вчинення якої надається ліцензіату, наприклад, оприлюднення твору шляхом його публічного виконання.

Виходячи з цього, предметом ліцензійного договору є надання дозволу на використання твору на умовах, визначених договором.

10.3.2. Умови ліцензійного договору, що визначені законом як істотні. Перелік умов, що визначені законом як істотні для ліцензійного договору, охоплює умови про вид ліцензії, способи використання твору, розмір, порядок і строки виплати винагороди за

використання твору, строк та територію, на які поширюється дія дозволу (ч. 3 ст. 1109 ЦК, ч. 2 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Ці умови стосуються усіх ліцензійних договорів, незалежно від сфери діяльності, у якій використовується твір.

10.3.2.1. Вид ліцензії. Закон України «Про авторське право і суміжні права» у ч. 2-4 ст. 32 розрізняє виключне право на використання твору і невиключне право на використання твору. Цьому відповідно кореспондують поняття виключної і невиключної ліцензій, вжиті у ч. 3 ст. 1108 ЦК, однак кодифікований акт у цій же нормі містить вказівку також на одиничну ліцензію, про яку не згадується у спеціальному законі. Таку розбіжність можна пояснити тим, що одиничні ліцензії не в повній мірі властиві авторському праву через їх специфічний характер.

Згідно з тлумаченням, наведеним у ч. 3 ст. 1108 ЦК, одинична ліцензія видається лише одному ліцензіату і виключає можливість видачі ліцензіаром іншим особам ліцензій на використання об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, але не виключає можливості використання ліцензіаром цього об'єкта у зазначеній сфері. Іншими словами, одинична ліцензія означає, що суб'єкт права надає дозвіл на використання відповідного об'єкта лише одній особі, і вони обоє можуть одночасно використовувати цей об'єкт в одній і тій самій сфері. Отже, мається на увазі існування двох повноправних користувачів певного об'єкта в межах одних і тих же умов його використання, які діють не спільно, а окремо і незалежно один від одного. У сфері авторського права застосування одиничних ліцензій теоретично можливе, однак практика їх надання не є поширеною, а найбільш часте застосування мають виключні і невиключні ліцензії.

Сутність виключної ліцензії полягає у тому, що дозвіл на використання твору певним способом (способами) і у визначених договором межах надається тільки одній особі. Протягом строку дії дозволу жодна інша особа, в тому числі автор чи інший суб'єкт

авторського права, не мають права використовувати твір цим же способом (способами) на цій же території. Виключний характер дозволу означає існування лише одного користувача визначеним у договорі способом (способами), у встановлених договором межах та протягом строку дії дозволу⁶¹³. За автором чи іншим суб'єктом авторського права, котрий видає виключну ліцензію, в межах строку її дії зберігається право використовувати цей твір лише тими способами та/або на тій території, що не входять до умов договору.

Виключна ліцензія може передбачати право ліцензіата надати субліцензію – дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності іншій особі, яка не є стороною ліцензійного договору (ч. 4 ст. 1108 ЦК, ч. 3 ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Для таких випадків у ч. 2 ст. 1109 ЦК встановлено лише дві вимоги:

1) можливість укладення субліцензійного договору, за яким ліцензіат надає іншій особі (субліцензіату) субліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності, повинна безпосередньо передбачатися у ліцензійному договорі;

2) у разі укладення субліцензійного договору відповідальність перед ліцензіаром за дії субліцензіата несе ліцензіат, якщо інше не встановлено ліцензійним договором.

Жодних інших положень про субліцензію у сфері права інтелектуальної власності законодавство не містить, а існуючі норми не розкривають суть субліцензійних відносин у достатній мірі. Цілком очевидно, що умови субліцензійного договору не можуть виходити за межі ліцензійного договору, адже ліцензіат не може дозволити іншій особі здійснити те, що він сам не може здійснювати за ліцензійним договором. Оскільки законом не встановлено інше, сублі-

⁶¹³ Штефан, А.С. (2017). *Авторське право і суміжні права: особливості правової охорони, здійснення та захисту* : монографія (с. 84). Київ : НДІ інтелектуальної власності НАПрНУ; Інтерсервіс.

цензія може мати як невиключний, так і виключний характер. В останньому випадку єдиним користувачем твору в межах способів, строків і території, визначених субліцензійним договором, буде субліцензіат. В силу того, що на ліцензіата може покладатися відповідальність за дії субліцензіата, останній повинен зобов'язуватися до виконання усіх чи частини обов'язків, що були покладені на ліцензіата за ліцензійним договором. Субліцензійний договір є залежним від ліцензійного договору: у разі дострокового припинення первинних правовідносин, що виникли між ліцензіаром і ліцензіатом з приводу використання твору, припиняється і субліцензійний договір. Наведене тлумачення умов субліцензійного договору логічно впливає з природи відносин щодо використання об'єктів права інтелектуальної власності. Водночас деякі питання залишаються відкритими, зокрема, чи може ліцензіат вимагати від субліцензіата виконання якихось інших обов'язків понад ті, що визначені ліцензійним договором. Тому видається, що детальна законодавча регламентація субліцензійного договору сприятиме забезпеченню повноти правового регулювання цієї сфери та дозволить уникнути помилок і порушень при укладенні субліцензійних договорів.

Невиключна ліцензія має місце тоді, коли при наданні іншій особі дозволу на використання твору певним способом (способами) і в певних межах за автором чи іншим суб'єктом авторського права зберігається право використовувати твір цим же способом (способами) і в цих же межах, а також дозволяти таке ж використання іншим особам. Невиключний характер дозволу означає можливість існування декількох користувачів з однаковими повноваженнями щодо способу (способів) і меж використання твору протягом строку дії дозволу.

Якщо вид ліцензії у договорі не зазначений, вважається, що за таким договором надається невиключна ліцензія (ч. 4 ст. 1109 ЦК, ч. 6 ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Слід мати на увазі, що ліцензійний договір може одночасно передбачати надання і виключної, і невиключної ліцензій, котрі можуть стосуватися усіх умов використання твору, наприклад:

- виключна ліцензія на використання твору на одній території та невиключна ліцензія на використання твору на іншій території;
- виключна ліцензія на використання твору певними способами і невиключна ліцензія на використання твору іншими способами;
- виключна ліцензія на використання твору протягом певного строку і невиключна ліцензія на використання твору цими ж способами або окремими з них і на цій же території протягом іншого строку, перебіг якого починається після спливу строку дії виключної ліцензії, або навпаки.

10.3.2.2. Способи використання твору. Вимога щодо зазначення у ліцензійному договорі конкретних способів використання твору встановлена у ч. 3 ст. 1109 ЦК, ч. 2 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Перелік способів використання твору повинен бути чітко визначеним, а відсутність певного способу у договорі означає, що дозвіл на використання твору цим способом не надано (ч. 6 ст. 1109 ЦК, ч. 8 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Тобто, коли у договорі зазначено, наприклад, що ліцензіату надається дозвіл на відтворення твору, розповсюдження його примірників та використання усіма іншими способами, передбаченими законом, насправді ліцензіату надається дозвіл лише на відтворення твору і розповсюдження відтворених примірників.

Повна й абсолютна конкретизація цього аспекту необхідна тому, що навіть виключна ліцензія може поширюватися лише на окремі способи використання твору, у той час решта способів не охоплюється цією ліцензією. Використання твору способами, що не передбачені ліцензійним договором, залишається за автором чи іншим суб'єктом авторського права і може становити предмет окремого

ліцензійного договору, укладеного з третьою особою щодо використання цього ж твору у цей же період часу на цій же території.

10.3.2.3. Розмір, порядок і строки виплати винагорода за використання твору. Відповідно до ч. 5 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» винагорода за використання твору може виплачуватися у формі одноразового (паушального) платежу, або відрахувань за кожний проданий примірник чи кожне використання твору (роялті), або комбінованих платежів, які поєднують одноразовий платіж та періодичні відрахування.

Тлумачення цих термінів наведено у п. 3 Національного стандарту № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності»:

- паушальний платіж – одноразовий платіж, який становить фіксовану суму і не залежить від обсягів виробництва (продажу) продукції (товарів, робіт, послуг) з використанням об'єкта права інтелектуальної власності;
- роялті – ліцензійний платіж у вигляді сум, які сплачуються періодично, залежно від обсягів виробництва або реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) з використанням об'єкта права інтелектуальної власності;
- комбінований платіж – ліцензійний платіж, що включає роялті та паушальний платіж⁶¹⁴.

Дещо інше визначення терміну роялті міститься у пп. 14.1.225 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України (у подальшому ПК): це будь-який платіж, отриманий як винагорода за використання або за надання права на використання об'єкта права інтелектуальної власності⁶¹⁵. Такий підхід був сприйнятий з нині не чинного Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств», який

⁶¹⁴ Про затвердження Національного стандарту № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності»: Постанова Кабінету Міністрів України від 03 жовтня 2007 р. № 1185. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1185-2007-%D0%BF#Text>

⁶¹⁵ Податковий кодекс України від 02 грудня 2010 р. № 2755-VI. ВВР. 2011. № 13–14, № 15–16, № 17. Ст. 112.

у п. 1.30 ст. 1 розглядав роялті як платежі будь-якого виду, одержані як винагорода за користування або за надання права на користування будь-яким об'єктом права інтелектуальної власності⁶¹⁶. Аналогічно сформовано підхід у законодавстві у сфері бухгалтерського обліку: зокрема, п. 4 Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 15 «Дохід» відтворює поняття роялті, що містилося у п. 1.30 ст. 1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств»⁶¹⁷. Поняття паушального та комбінованого платежів у ПК не розкривається.

У багатьох публікаціях, присвячених питанням роялті, стверджується, що податкове законодавство не розрізняє види авторської винагороди за ліцензійним договором, тому усі види платежів за використання об'єктів права інтелектуальної власності відносяться до роялті. Такий висновок нескладно зробити зі змісту словосполучення «будь-який платіж», вжитого у пп. 14.1.225 п. 14.1 ст. 14 ПК. Тотожний зміст поняттям «винагорода» та «роялті» надано також у Постановах Кабінету Міністрів України «Про затвердження розміру, порядку та умов виплати винагороди (роялті) за комерційне використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань»⁶¹⁸, «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав»⁶¹⁹.

⁶¹⁶ Про оподаткування прибутку підприємств: Закон України від 28 грудня 1994 р. № 334/94-ВР. ВВР. 1995. № 4. Ст. 28.

⁶¹⁷ Про затвердження Положення (стандарту) бухгалтерського обліку: Наказ Міністерства фінансів України від 29 листопада 1999 р. № 290. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0860-99#Text>

⁶¹⁸ Про затвердження розміру, порядку та умов виплати винагороди (роялті) за комерційне використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань: Постанова Кабінету Міністрів України від 18 січня 2003 р. № 71. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/71-2003-%D0%BF#Text>

⁶¹⁹ Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав: Постанова Кабінету Міністрів України від 18 січня 2003 р. № 72. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/72-2003-%D0%BF#Text>

Чітке розуміння того, які платежі відносяться до роялті, необхідне, оскільки операції з виплати роялті не є об'єктом оподаткування податком на додану вартість (пп. 196.1.6 п. 196.1 ст. 196 ПК). Водночас у положеннях, які стосуються ПДВ, ПК містить норми, які свідчать, що винагорода за ліцензійним договором може оподатковуватися ПДВ.

Так, у пп. а) п. 185.1 ст. 185 ПК зазначено, що об'єктом оподаткування ПДВ є операції платників податку з постачання товарів, місце постачання яких розташоване на митній території України, відповідно до його статті 186. Згідно зі ст. 186.3 (а) ПК місцем постачання послуг з надання майнових прав інтелектуальної власності, створення за замовленням та використання об'єктів права інтелектуальної власності, у тому числі за ліцензійними договорами вважається місце, в якому отримувач послуг зареєстрований як суб'єкт господарювання або – у разі відсутності такого місця – місце постійного чи переважного його проживання. Тобто, операції за ліцензійним договором у цих нормах розглядаються як такі, що є об'єктом оподаткування ПДВ.

З цього слідує цілком закономірні питання: які ж платежі за ліцензійним договором належать до роялті і не оподатковуються ПДВ, які операції за ліцензійним договором не є роялті і тягнуть сплату ПДВ та як їх розмежувати, якщо роялті у ПК визначене як будь-який платіж за ліцензійним договором? Неодоліки формулювань, вжитих у податковому законодавстві, утворили правову невизначеність та як наслідок – можливість варіативного тлумачення наведених норм контролюючими органами, що зовсім не дивно, адже ці норми можна розуміти як завгодно.

На моє переконання, визначення роялті у ПК необхідно викласти так, як воно розтлумачене у п. 3 Національного стандарту № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності». Тоді до роялті належатимуть лише ті платежі, що сплачуються періодично у сумі, обрахованій в залежності від обсягів виробництва

або реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) з використанням об'єкта права інтелектуальної власності. Операції з виплати таких періодичних платежів не підлягатимуть оподаткуванню ПДВ незалежно від того, чи є платником ПДВ ліцензіар як постачальник послуг з надання майнових прав інтелектуальної власності у розумінні ПК. Одноразові (паушальні) платежі у визначеній договором фіксованій сумі однозначно належатимуть до операцій, які оподатковуються на загальних підставах, у тому числі ПДВ, якщо ліцензіар є платником ПДВ відповідно до положень податкового законодавства. Таке уточнення усуне існуючу невизначеність та зробить податкове планування більш ясным.

Що стосується виплати винагороди за використання твору як істотної умови ліцензійного договору, у договорі повинні встановлюватися розмір винагороди за використання твору, порядок, за яким здійснюватимуться виплати, та строки, протягом яких ліцензіат повинен здійснити ці виплати. Визначення конкретного змісту цих умов покладається на розсуд сторін.

10.3.2.4. Строк використання твору і строк дії договору.

Чинне законодавство демонструє два різних підходи до формулювання вимоги щодо строку, який має зазначатися у ліцензійному договорі: у ч. 2 ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права» йдеться про строк дії договору, у ч. 3 ст. 1109 ЦК – про строк, на який надаються права, тобто, строк дії дозволу на використання твору. Це дві окремі умови ліцензійного договору, які можуть містити різні строки, що не збігаються у датах закінчення їх перебігу. На практиці трапляються випадки, коли дозвіл на використання твору дається на один строк, а зобов'язання ліцензіата з виплати винагороди триває ще певний час після припинення дії дозволу, тобто, строк дії договору є довшим, ніж встановлений ним строк дії дозволу на використання твору.

Законом встановлено два основних правила щодо строку ліцензійного договору.

По-перше, ліцензійний договір укладається на строк, який повинен спливати не пізніше спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності (ч. 1 ст. 1110 ЦК). Логіка цього положення цілком зрозуміла: право дозволяти використання твору іншим особам діє доти, доки твір має авторсько-правову охорону. Як тільки майнові права перестають охоронятися, право дозволяти використання твору припиняється як таке. Сплив строку правової охорони означає перехід твору у суспільне надбання, у зв'язку з чим будь-яка особа може вільно використовувати твір без необхідності отримання дозволу на його використання (ч. 1, 2 ст. 30 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Формулювання положення ч. 1 ст. 1110 ЦК вказує на строк дії договору, а не дозволу на використання твору. Однак чинність авторського права впливає безпосередньо на строк дії дозволу, в той час як виконання інших зобов'язань за договором (повернення ліцензіару оригіналу твору, виплата винагороди за використання твору тощо) може відбуватися пізніше, коли твір перестане охоронятися, і це не суперечить засадам авторсько-правової охорони. Правове значення має лише те, що дія дозволу на використання твору повинна припинитися не пізніше, ніж сплине строк дії авторського права на твір. Загальний строк дії договору може перевищувати строк правової охорони твору, якщо це перевищення стосується виконання інших зобов'язань за договором, які не пов'язані використання твору. Тому видається, що норма ч. 1 ст. 1110 ЦК повинна бути уточнена та містити вказівку на строк дії дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності.

По-друге, у разі відсутності у ліцензійному договорі умови про строк договору він вважається укладеним на строк, що залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності, але не більше ніж на п'ять років. Якщо за шість місяців до спливу

зазначеного п'ятирічного строку жодна із сторін не повідомить письмово другу сторону про відмову від договору, договір вважається продовженим на невизначений час. У цьому випадку кожна із сторін може в будь-який час відмовитися від договору, письмово повідомивши про це другу сторону за шість місяців до розірвання договору, якщо більший строк для повідомлення не встановлений за домовленістю сторін (ч. 3 ст. 1110 ЦК). З урахуванням наведених вище аргументів, у цьому випадку правове значення також має строк дії дозволу на використання твору, а не загальний строк дії договору. Розглядувана умова на перший погляд може здатися такою, що спрощує підготовку тексту договору: якщо сторони домовилися про п'ятирічний строк його дії, цей строк може не зазначатися у договорі та обраховуватися автоматично в силу наявності вказівки про це у законі. Однак відсутність у ліцензійному договорі умови про строк його дії означає необхідність завчасного попередження другої сторони про відмову від договору. Фактично це уявне полегшення, яке мало місце при укладенні договору, трансформується у необхідність слідкувати за часом, щоб не пропустити шестимісячний або інший встановлений договором термін та попередити другу сторону про намір відмовитися від договору. Тому цінність зазначеного правила є дещо сумнівною, у сфері авторського права ліцензійні договори, сторони яких не вказали строк дії договору, а поклалися у цьому на норму ч. 3 ст. 1110 ЦК, на практиці не зустрічаються.

10.3.2.5. Територія, на яку поширюється дозвіл. Зазначення на територію, на яку поширюється дія дозволу на використання твору, має велике значення для ліцензійного договору, оскільки твір може використовуватися на умовах виключної ліцензії в один і той же час різними ліцензіатами на різних територіях. Водночас закон пропонує альтернативне вирішення цього питання: відповідно до ч. 7 ст. 1109 ЦК у разі відсутності у ліцензійному договорі умови про територію, на яку надається дозвіл на використання

твору, дія цього дозволу поширюється на територію України. Отже, за відсутності у ліцензійному договорі умови про територію вона автоматично визначається як територія України.

Те, що умови про строк дії ліцензійного договору та територію, на яку поширюється його дія, передбачені законом, а отже, їх відсутність у договорі не є підставою вважати договір неукладеним, дало деяким науковцям підстави вважати, що зазначені умови не належать до істотних умов ліцензійного договору⁶²⁰. Аналогічно щодо норми ч. 4 ст. 1109 ЦК, яка передбачає автоматичну невиключну ліцензію у разі, якщо це не конкретизовано у договорі, існує думка про те, що «ця умова не має значення істотної, а може бути кваліфікована як звичайна умова для договорів цього виду»⁶²¹. Однак з такими висновками складно погодитися, адже вид ліцензії, строк та територія дії дозволу на використання твору визначають межі цього дозволу і поряд зі способами використання твору є ключовими характеристиками змісту ліцензії. Визнання цих умов неістотними означало б, що вони не мають принципового значення для договору, але ж ліцензія без вказівки на її виключність чи невиключність, строк і територію її дії стає невизначеною, нечіткою і незрозумілою. Те, що закон встановлює, яким є зміст певних умов на випадок їх відсутності у ліцензійному договорі, доцільно сприймати як гарантію повноти договору та одночасно безспірності його умов на випадок, коли сторони недостатньо уважно поставилися до підготовки тексту договору. Тому усі умови, які визначають сутність дозволу на використання твору, належать до істотних умов ліцензійного договору незалежно від того, чи містить закон певні вказівки щодо їх змісту.

⁶²⁰ Бажанов, В. (2013). Загальна характеристика ліцензійного договору. *Європейські перспективи*, 11, 128–129.

⁶²¹ Коваль, І., Ткачук, Г. (2019). Щодо істотних умов ліцензійного договору на використання торговельної марки. *Теорія і практика інтелектуальної власності*, 2, 34.

10.3.3. Умови ліцензійного договору, необхідні для договорів цього виду. Необхідність включення у ліцензійний договір істотних умов понад ті, що визначені законом як істотні, обумовлюється особливостями використання творів у певних сферах. У деяких випадках закон безпосередньо визначає, які умови повинні погоджуватися при укладенні того чи іншого виду ліцензійного договору: так, відповідно до ч. 8 ст. 1109 ЦК якщо у ліцензійному договорі про видання або інше відтворення твору винагорода визначається у вигляді фіксованої грошової суми, то в договорі має бути встановлений максимальний тираж твору. Необхідні умови договору можуть також спрямовуватися на дотримання інших вимог закону або включаються у договір для конкретизації порядку реалізації прав і виконання обов'язків сторін.

Зокрема, для видавничого договору необхідними є умови про строк надання автором рукопису до видавництва, порядок і строк редагування рукопису, строк підготовки макету, порядок узгодження обкладинки видання, строк його випуску. Окрім того, якщо за видавничим договором на автора покладено обов'язок підготувати анотацію до видання, наявність якої вимагається відповідно до ч. 6 ст. 23 Закону України «Про видавничу справу»⁶²², необхідними умовами будуть також визначення строку та порядку надання анотації видавництву, якщо вона надається окремо від рукопису твору.

У разі, коли вже існуючий музичний, хореографічний чи інший твір використовується у кінофільмі, у ліцензійному договорі, з урахуванням вимог ч. 1 ст. 13 Закону України «Про кінематографію»⁶²³, слід погодити, яким чином інформація про твір та його автора (авторів), а у відповідних випадках також виконавця

⁶²² Про видавничу справу: Закон України від 05 червня 1997 р. № 318/97-ВР. ВВР. 1997. № 32. Ст. 206.

⁶²³ Про кінематографію: Закон України від 13 січня 1998 р. № 9/98-ВР. ВВР. 1998. № 22. Ст. 114.

(виконавців) зазначатиметься у вихідних даних (титрах) фільму та у яких саме титрах – початкових, кінцевих чи обох видах титрів – вона зазначатиметься.

Якщо дозвіл на використання твору має на увазі передачу оригіналу цього твору, зокрема, твору образотворчого мистецтва, для такого договору необхідними можуть бути умови про порядок і строки передачі оригіналу твору ліцензіату, порядок і строки повернення оригіналу твору ліцензіару, порядок оплати витрат, що пов'язані з передачею твору (наприклад, доставка скульптури чи картини великого розміру), відповідальність у разі пошкодження чи втрати оригіналу твору.

Окрім того, у ліцензійних договорах, за якими винагорода за використання твору виплачується у вигляді роялті як відрахувань, що залежать від обсягів виробництва або реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) з використанням твору, необхідною умовою стає те, яким чином, у які строки та за допомогою яких документів ліцензіат інформує ліцензіара про відповідні показники, на підставі яких обраховується роялті.

Отже, умови, що необхідні для певного виду ліцензійних договорів, можуть бути найрізноманітнішими, а об'єднує їх те, що узгодження таких умов потребується для досягнення договором здатності чітко і вичерпно регулювати відповідні відносини.

10.3.4. Умови ліцензійного договору, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін повинна бути досягнута згода. Виходячи з висловленої вище позиції про те, які умови договору доцільно вважати істотними, до істотних умов ліцензійного договору, які мають бути узгоджені за заявою хоча б однієї із сторін, можна віднести дві групи умов.

По-перше, це умови, що конкретизують права та обов'язки сторін у зв'язку з використанням твору. Наприклад, якщо автор згідно з п. 3 ч. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» вимагає зазначення його псевдоніму при

використанні твору, ліцензійний договір повинен містити написання, а у разі необхідності – й транскрипцію (вимову) цього псевдоніму.

По-друге, це умови, що можуть набувати значення для реалізації прав та виконання обов'язків сторін у разі настання певних обставин. Це, зокрема, визначення сторонами конкретних випадків, які кваліфікуватимуться як істотна зміна обставин, що тягне зміну умов договору, і, за бажанням сторін, встановлення тих умов договору, що діятимуть у разі істотної зміни обставин. Наприклад, сторони можуть узгодити, якими будуть порядок або строк використання твору та/або розмір і порядок виплати винагороди за його використання у разі введення карантинних обмежень через пандемію COVID-19, що потягне скасування певних заходів або перенесення дат їх проведення та відповідно позначиться на виконанні договору. Також до таких умов відноситься визначення випадків, які вважатимуться істотною зміною обставин, що унеможлиблює подальше виконання договору, і, у разі потреби, порядок розрахунків за фактичне використання твору, яке відбулося до настання відповідного випадку. Цей різновид умов охоплює й положення про відповідальність за неналежне виконання договору у вигляді конкретних правових наслідків, таких як сплата неустойки за прострочення виплати винагороди за використання твору. Окрім того, до таких умов належить чітке визначення випадків, коли сторона може розірвати договір в односторонньому порядку.

Таким чином, умови ліцензійного договору, які мають бути узгоджені за заявою хоча б однієї із сторін, можуть включати різноманітні положення, що передбачають порядок певних дій сторін як у разі нормального виконання договору, так і у випадку настання обставин, котрі ускладнюють або унеможлиблюють його виконання, змінюють межі його виконання чи дозволяють сторонам відмовитися від договору.

Висновки

Ліцензійний договір є засобом реалізації права автора чи іншого суб'єкта авторського права дозволяти використання твору іншими особами. Повнота і чіткість відображення у ліцензійному договорі усіх його істотних умов, максимальна конкретизація порядку вчинення дій за договором є запорукою його належного взаємного виконання, а у разі неналежного виконання чи невиконання може значно посприяти ефективності захисту прав заінтересованої сторони договору.

Незважаючи на тривалу історію правового регулювання договорів, існує ряд дискусійних питань, що пов'язані як з ліцензійними договорами, так і з вченням про цивільно-правовий договір у цілому. Зроблений в рамках цього дослідження висновок про критерій для розмежування істотних та інших умов договору є новим для науки цивільного права і може стати предметом подальших наукових обговорень. Окремої уваги потребує питання про те, чи може ліцензійний договір мати безоплатний характер, особливо з урахуванням вільних ліцензій, котрі вже успішно застосовуються у різних сферах. Понад це, предметом наукового аналізу можуть стати право ліцензіара відмовитися від ліцензійного договору у разі порушення ліцензіатом встановленого договором терміну початку використання об'єкта права інтелектуальної власності (ч. 2 ст. 1110 ЦК) та інші підстави для відмови від ліцензійного договору; доцільність розроблення типових ліцензійних договорів та порядок їх застосування. А отже, актуальні проблеми ліцензійних договорів не вичерпуються цим дослідженням, тому хочеться висловити сподівання, що воно закладе підґрунтя для подальших пошуків у цій сфері.

Розділ 11

Комерційне право та економічні інституції

Вступ

11.1. Окремі аспекти правового статусу господарських товариств

11.2. Основні риси та роль цифрової економіки у комерційній діяльності

11.3. Доктрина заборони суперечливої поведінки як засіб виявлення недобросовісності

11.4. Проблема співвідношення публічного та приватного інтересу при вирішенні земельних спорів

Висновки

Вступ

У світлі дискусій про рекодифікацію приватного права та цілісного застосування права, напевно, слід говорити про комерційне або економічне право, вірніше, сферу законодавства. Ступінь упорядкування і кодифікація законодавства залежить від стану узагальнення юридичної доктрини та сталої судової практики. Право є мистецтвом тлумачення основоположних принципів та юридичних норм, на чому власне слід робити наголос і основний акцент. Зокрема, оця проблематика та інструментарій її подолання підіймається у матеріалі, присвяченому доктрині заборони суперечливої поведінки як засобу виявлення недобросовісності. Так само інновації у праві є антитезою догматизації у праві, бо догма права є лише базою, від якої слід відштовхуватися і в контексті економічних відносин верифікувати ступінь ефек-

тивності чинності певних правил і процедур, здійснення їх модифікації, пристосовуючи до нових економічних реалій. У світлі цього проблематика діяльності господарських товариств вочевидь постає у нових барвах.

11.1. Окремі аспекти правового статусу господарських товариств

В умовах ринкових відносин значна питома вага у виробничій та інших сферах економіки належить господарським товариствам. У силу приписів Господарського кодексу, господарські товариства – це господарські організації, які створюються фізичними та/або юридичними особами на договірних засадах, шляхом об'єднання майна та підприємницької діяльності з метою отримання прибутку⁶²⁴.

Діяльність господарських товариств регулюється Господарським кодексом України, Цивільним кодексом України, Законом України «Про господарські товариства». Останній визначає поняття і види господарських товариств, правила їх створення, діяльності, а також права і обов'язки їх учасників та засновників. Закон України «Про акціонерні товариства» визначає порядок створення, діяльності, припинення, виділу акціонерних товариств, їх правовий статус, права та обов'язки акціонерів. Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» деталізує правовий статус товариств з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю, порядок їх створення, діяльності та припинення, права та обов'язки їх учасників та іншими нормативно-правовими актами, які стосуються правової природи господарського товариства.

⁶²⁴ Господарський Кодекс України від 16.01.2003 року № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19–20, № 21–22, ст. 144.

Отже, за результатами проведеного дослідження важливо зазначити, що на сучасному етапі розвитку вітчизняної економіки існують певні перешкоди, що негативно впливають на розвиток акціонерних товариств:

1) складність введення цієї організаційно – правової форми господарювання;

2) недостатній рівень розвитку фондового ринку;

3) низький рівень виплати дивідендів порівняно з їх нарахуванням;

4) конфлікти між власниками у зв'язку з великою кількістю суб'єктів управління та різними поглядами на ту чи іншу ситуацію; розвитку;

5) недостатня компетентність керівних органів підприємств у сфері корпоративного управління;

6) високі організаційні витрати на створення та введення в дію акціонерних товариств;

7) низька інвестиційна привабливість у зв'язку з переважанням приватних акціонерних товариств.

Євроінтеграційний напрямок розвитку України став рушійною силою у здійсненні реформування усіх її систем, в тому числі й правової. Необхідність приведення українського законодавства до формату європейських стандартів стала причиною як прийняття низки нових законів у сфері господарської діяльності, так і вдосконалення вже існуючих. Оскільки в Україні найбільш популярною формою підприємницької діяльності є товариство з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ), тому й не дивно, що виникла потреба, насамперед, у гармонізації законодавства України із законодавством Європейського Союзу, саме даного виду господарських товариств. Як результат, 17 червня 2018 р. набрав чинності Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», який було прийнято 06 лютого 2018 р. Насамперед привертає увагу швидкість набрання чинності положень даного

закону (три місяці з дня його опублікування). Окрім положень статті 23 «Перехід частки до спадкоємця або правонаступника учасника товариства». Вони наберуть чинності лише з 17 червня 2019 р. Критичний аналіз Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» дозволив виокремити найбільш важливі новели, які стосуються діяльності ТОВ, порядку їх заснування та управління, і, що важливо, здійснюють суттєвий вплив на бізнес України в цілому. Даний закон: – не містить лімітовану максимальну кількість учасників товариства, як це передбачав у попередній своїй редакції Закон України «Про господарські товариства» (100 учасників товариства); – впроваджує корпоративні договори (*shareholder agreements*), що мають на меті передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник товариства має право або зобов'язаний купити або продати частку в статутному капіталі (її частину), а також визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає. Передбачено, що корпоративний договір, яким буде встановлено обов'язок учасників товариства забезпечити голосування згідно з вказівками органів управління товариства, – нікчемний; – передбачає, що інформація про розмір статутного капіталу та кількість учасників товариства повинна бути відображена в єдиному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, а не в статуті товариства (як раніше цього вимагав законодавець). Дана законодавча новела зумовила необхідність внесення зміни і до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань»; – суттєво змінив порядок виключення учасника з товариства. Так, несправного учасника можна буде виключити лише на підставі рішення суду. 288 Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» внесено зміни і в питання, що стосуються права на здійснення управління товариством.

Таким чином, враховуючи тенденції розвитку акціонерних товариств в Україні, доцільно сказати про нестабільність їх

функціонування за роки незалежності перш за все через недосконалість нормативно-правової бази та нерозвиненість фондового ринку. Правова основа діяльності акціонерних товариств була закладена ще у 1991 році, однак визначальним моментом було прийняття Закону «Про акціонерні товариства» у 2008 році, що одночасно створило численні складнощі у діяльності цього виду господарського товариства.

Сучасні тенденції розвитку характеризуються зменшенням кількості акціонерних товариств, численними реорганізаціями, переважанням приватного виду їх організації та зменшенням активності на ринку цінних паперів. Враховуючи численні проблеми функціонування цієї організаційно-правової форми господарювання, доцільно запропонувати низку удосконалень, що сприятимуть зростанню ефективності існування акціонерних товариств в Україні та підвищать їх привабливість як форму ведення бізнесу.

Основними напрямками змін слід вважати:

- забезпечення захищеності прав акціонерів шляхом змін законодавства;
- стимулювання діяльності публічних акціонерних товариств;
- підвищення рівня розвитку фондового ринку;
- удосконалення рівня кваліфікації керівного складу;
- забезпечення добросовісної конкуренції;
- підвищення рівня інвестиційного клімату в Україні;
- забезпечення прозорості та відкритості ведення діяльності;
- активізація державного моніторингу і регулювання діяльності акціонерних товариств;
- стимулювання емісійної політики.

З 17.06.2018 р. набрав чинності Закон № 2275-VIII «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»⁶²⁵, який визначає

⁶²⁵ Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 13. Ст. 69. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19>

правовий статус товариств з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю, порядок їх створення, діяльності та припинення, права та обов'язки їх учасників. Ним встановлено права і обов'язки учасників товариства, корпоративний договір, безвідкличну довіреність з корпоративних прав, умови створення товариства, визначено статут товариства, переважне право учасника товариства, особливості звернення стягнення на частку учасника товариства тощо⁶²⁶.

У силу того, що зараз набув чинності Закон про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю, процедури нарахування та виплати дивідендів у ТОВ і АТ відрізняються. Тому на думку фахівців, на сьогодні право на отримання дивідендів мають учасники, які були такими на день прийняття рішення про виплату дивідендів. До речі, у Законі про господарські товариства використовується більш розмите словосполучення – «початок строків виплати дивідендів». Ця колізія викликає питання про те, як бутти, коли учасник був таким у день прийняття рішення про виплату дивідендів, а потім вирішив продати свою частку. Кому у такому разі виплачувати дивіденди – новому чи «старому» власнику? Відповідь однозначна: «старому». Адже учасник, який не вніс (не до кінця вніс) вклад до статутного капіталу товариства, дивідендів не може отримати. Товариству заборонено виплачувати частину прибутку таким учасникам (ч. 3 ст. 27 Закону про ТОВ)⁶²⁷.

На нашу думку, застосування вищенаведених змін дасть поштовх для нового рівня розвитку акціонерних товариств, що вплине на

⁶²⁶ Що зміниться у правовому статусі товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю. *Вісник. Офіційно про податки*. 07.02.2018 URL: <http://www.visnuk.com.ua/uk/news/100007099-scho-zminitsya-u-pravovomu-statusi-tovaristv-z-obmezhenoyu-ta-dodatkovoyu-vidpovidalnistyu> (дата звернення: 02.11.2020).

⁶²⁷ Амброз'як, Н. (2019, лютий). Як у ТОВ і АТ прибутки ділили, або Юридичні нюанси дивідендів. *iFactor*, 13. URL: <https://i.factor.ua/ukr/journals/nibu/2019/february/issue-13/article-42406.html>

фінансово-економічний клімат в Україні, адже акціонерні товариства відіграють важливу роль в економіці будь-якої держави.

Отже розглянемо нововведення.

Зміни торкнулися державної реєстрації і полягають в наступному:

– Згідно із ч. 5 ст. 17 закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб–підприємців та громадських формувань» заявник подає такі документи:

- заяву про державну реєстрацію змін цих відомостей;
- документ про сплату адміністративного збору;
- один із таких документів: рішення загальних зборів учасників товариства про визначення розміру статутного капіталу та розмірів часток учасників; рішення про виключення учасника; заяву про вступ до товариства; заяву про вихід з товариства.

Отже, законодавець вказує вичерпний перелік документів. Серед них не передбачено надання статуту в новій редакції.

Розглядаючи практичний аспект зазначеного нововведення, можна відзначити, що спрощення державної реєстрації змін до відомостей про юридичну особу є сприяттям розвитку діяльності товариств і зниженням навантаження на них.

Відсутність необхідності кожного разу при зміні учасника товариства, його місця проживання або інших обставин готувати нову редакцію статуту, яка потребує нотаріального засвідчення всіх підписів учасників, значно полегшує діяльність.

При цьому, як було зазначено, законом № 2275-VIII внесені зміни й до закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» від 15.05.2003 № 755-IV.

З найбільш істотних нововведень – подання документів державному реєстратору при зміні складу учасників не самим товариством (керівником), як раніше, а іншими особами (новим або колишнім учасниками, позивачем, спадкоємцем). Водночас державний

реєстратор зобов'язаний у разі реєстрації зміни складу учасників, співвідношення їх часток видати (надіслати) витяг з реєстру заявнику, товариству, колишнім та новим учасникам.

Зміни торкнулися вимог і до оформлення самого статуту. Так, відповідно до ст. 11 Закону № 755-IV перша редакція статуту підписується всіма учасниками товариства, справжність підписів яких засвідчується нотаріально. Раніше цього не вимагалось, а підписи учасників засвідчувалися виключно за їх бажанням.

Щодо нотаріального посвідчення підписів учасників при внесенні змін до статуту, то ця норма була й раніше, а положення про порядок підписання першої редакції статуту в результаті реорганізації є абсолютно новим, і лише практика зможе показати його дієвість та необхідність.

Водночас варто зазначити, що зміни в чинному законодавстві вимагають пильного вивчення. Виходячи із цього, учасникам товариств необхідно бути уважними при написанні статутів своїх підприємств, які, до речі, до приведення їх у відповідність із законом № 2275-VIII, будуть діяти тільки в тій частині, в якій вони йому не суперечать.

Новелами даного Закону стали також введення таких понять, як «корпоративний договір» та «безвідклична довіреність».

Відповідно до ч. 1 ст. 7 Закону, договір, за яким учасники товариства зобов'язуються реалізовувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації (далі – корпоративний договір), є безвідплатним і вчиняється в письмовій формі.

Корпоративний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку у статутному капіталі (її частину), а також визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає. Зміст корпоративного договору є конфіденційним і не підлягає розкриттю.

Згідно з ч. 1 ст. 8 Закону про товариства з обмеженою та додатною відповідальністю, разі, якщо довіреність видається з метою виконання або забезпечення виконання зобов'язань учасників як сторін корпоративного договору, предметом яких є права на частку у статутному капіталі або повноваження учасників, довіритель може зазначити у довіреності, що до закінчення її строку вона не може бути скасована без згоди представника або може бути скасована лише у випадках, передбачених у довіреності (безвідклична довіреність).

Ще однією новелою Закон є договір про створення товариства. Відповідно до ч. 2 ст. 10 Закону, якщо товариство створюється кількома особами, такі особи у разі необхідності визначення взаємовідносин між ними щодо створення товариства можуть укласти договір про створення товариства в письмовій формі. Договір про створення товариства може встановлювати порядок заснування товариства, умови здійснення спільної діяльності щодо створення товариства, розмір статутного капіталу, частку у статутному капіталі кожного з учасників, строки та порядок внесення вкладів та інші умови. Договір про створення товариства діє до дня державної реєстрації товариства, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті зобов'язання.

Законом суттєво зменшується *обов'язковий перелік відомостей, що зазначаються в статуті*. Більше не потрібно зазначати в статуті перелік учасників, їх персональні дані, розмір статутного капіталу, розмір часток учасників. Згідно з ч. 5 ст. 11 Закону, у статуті товариства зазначаються відомості про:

- 1) повне та скорочене (за наявності) найменування товариства;
- 2) органи управління товариством, їх компетенцію, порядок прийняття ними рішень;
- 3) порядок вступу до товариства та виходу з нього.

Також зменшується строк на внесення вкладу учасниками товариства у зв'язку із створенням товариства з 1 року до 6 місяців, з дати державної реєстрації, якщо інше не передбачено статутом.

Положення щодо переважного права учасників товариства на придбання частки іншого учасника, в новому Законі будуть прописані більш детально ніж в Законі про господарські товариства⁶²⁸.

Зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 20 Закону, учасник товариства, який має намір продати свою частку (частину частки) третій особі, зобов'язаний письмово повідомити про це інших учасників товариства та поінформувати про ціну та розмір частки, що відчужується, інші умови такого продажу. Якщо жоден з учасників товариства протягом 30 днів з дати отримання повідомлення про намір учасника продати частку (частину частки) не повідомив письмово учасника, який продає частку (частину частки), про намір скористатися своїм переважним правом, вважається, що такий учасник товариства надав свою згоду на тридцять перший день з дати отримання повідомлення, і така частка (частина частки) може бути відчужена третій особі на умовах, які були повідомлені учасникам товариства.

Законом встановлюється новий порядок виходу учасника з товариства. Згідно з ч. 1 ст. 25 Закону, учасник товариства, частка якого у статутному капіталі товариства становить менше 50 відсотків, може вийти з товариства у будь-який час без згоди інших учасників. В той же час, ч. 2 ст. 25 Закону, учасник товариства, частка якого у статутному капіталі товариства становить 50 або більше відсотків, може вийти з товариства за згодою інших учасників.

Законом передбачається можливість скликання загальних зборів учасників з ініціативи виконавчого органу товариства, на вимогу наглядової ради та на вимогу учасника або учасників товариства, які на день подання вимоги в сукупності володіють 10 або більше відсотками статутного капіталу.

Законом закріплюється ряд рішень загальних зборів учасників, які мають прийматися одностайно (затвердження грошової оцінки

⁶²⁸ Закон України «Про господарські товариства». *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 49. Ст. 682. URL:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-123>

негрошового вкладу, перерозподіл часток між учасниками товариства, створення інших органів товариства, прийняття рішення про придбання товариством частки учасника), які приймаються кваліфікованою більшістю (внесення змін до статуту, зміна розміру статутного капіталу, прийняття рішень про виділ, злиття, поділ, приєднання), та які приймаються більшістю голосів.

Статтею 36 Закону передбачається порядок заочного голосування. Учасник товариства може взяти участь у загальних зборах учасників шляхом надання свого волевиявлення щодо голосування з питань порядку денного у письмовій формі (заочне голосування). Справжність підпису учасника товариства на такому документі засвідчується нотаріально.

Також, відповідно до ст. 37 Закону, рішення загальних зборів може бути прийняте шляхом опитування. Шляхом опитування не можуть прийматися рішення про:

- 1) обрання та припинення повноважень членів наглядової ради та виконавчого органу;
- 2) внесення змін до статуту товариства, прийняття рішення про здійснення діяльності товариством на підставі модельного статуту;
- 3) злиття, приєднання, поділ, виділення або перетворення товариства, затвердження статутів правонаступників;
- 4) ліквідацію товариства;
- 5) визначення розміру статутного капіталу та розмірів часток учасників товариства у випадках, передбачених цим Законом;
- 6) виключення учасника з товариства.

Ініціатором проведення опитування може бути будь-який учасник товариства або виконавчий орган, якщо інше не встановлено статутом товариства.

Ініціатор опитування надсилає всім учасникам товариства відповідний запит з проектом рішення із запропонованого питання (питань). У такому запиті зазначаються адреса, на яку учасники товариства мають надіслати свою відповідь та

прийняті рішення, і строк, протягом якого вони мають це зробити. Надсилання учасникам запитів може здійснюватися із застосуванням засобів електронних комунікацій, визначених статутом товариства.

У разі згоди із запропонованим рішенням учасник товариства підписує проект рішення та надсилає його ініціатору протягом 15 днів з дня отримання запиту, якщо інше не встановлено статутом товариства. Згода учасника товариства з прийнятим рішенням має бути безумовною. Надсилання учасником згоди з прийнятим рішенням може здійснюватися із застосуванням засобів електронних комунікацій, визначених статутом товариства.

Законом передбачається утворення наглядової ради товариства. Наглядова рада в межах компетенції, визначеної статутом товариства, контролює та регулює діяльність виконавчого органу товариства. Зокрема, до компетенції наглядової ради може бути віднесено обрання одноосібного виконавчого органу товариства або членів колегіального виконавчого органу товариства (всіх чи окремо одного або декількох з них), зупинення та припинення їхніх повноважень, встановлення розміру винагороди членам виконавчого органу товариства. Порядок діяльності наглядової ради, її компетенція, кількість членів і порядок їх обрання, у тому числі незалежних членів наглядової ради, розмір винагороди членів наглядової ради, а також порядок обрання та припинення їхніх повноважень визначаються статутом товариства.

Відповідно до ч. 1 ст. 42 Закону, на вимогу учасника чи учасників, яким сукупно належить десять і більше відсотків статутного капіталу товариства проводиться аудиторська перевірка фінансово-господарської діяльності товариства із залученням незалежного професійного аудитора (аудиторської фірми), не пов'язаного (не пов'язаної) майновими інтересами з товариством, посадовими особами товариствами чи з його учасниками.

Окрім цього, Закон містить визначення посадових осіб товариства, конфлікту інтересів, а також, що визначається «значним правочином» або «правочином щодо якого є заінтересованість».

Згідно з ч. 1 ст. 43 Закону, посадовими особами товариства є члени виконавчого органу, наглядової ради, а також інші особи, передбачені статутом товариства. Відповідно до ч. 3 ст. 43 Закону, конфліктом інтересів є конфлікт між обов'язком посадової особи діяти добросовісно і розумно в інтересах товариства в цілому та приватними інтересами посадової особи або її афілійованих осіб.

Відповідно до вимог ч. 2 ст. 45 Закону, рішення про надання згоди на вчинення правочину, якщо вартість майна, робіт або послуг, що є предметом такого правочину, перевищує 50 відсотків вартості чистих активів товариства станом на кінець попереднього кварталу, приймаються виключно загальними зборами учасників. Тобто такий правочин вважається значним правочином.

Згідно з ч. 1 ст. 46 Закону, правочин вважається правочином, щодо якого є заінтересованість, якщо він укладається товариством з будь-ким з наступних осіб:

- 1) посадовою особою товариства або її афілійованою особою;
- 2) учасником, який одноосібно або спільно з афілійованими особами володіє часткою, що становить 20 відсотків статутного капіталу товариства, або його афілійовані особи;
- 3) юридичною особою, в якій будь-яка з осіб, передбачених пунктами 1 та 2 цієї частини, є членом органу товариства;
- 4) іншою особою, визначеною статутом товариства.

Отже, Закон «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» більш повно та прогресивно, аніж попередній закон, регулює порядок створення, діяльності та припинення товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю.

11.2. Основні риси та роль цифрової економіки у комерційній діяльності

Цифрові інновації є рушійною силою економічних перетворень в сучасному світі. Країни Організації економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР) відзначають, що дані в цифровій формі, нові бізнес-моделі і цифрові програми змінюють роботу науки, урядів, міст та таких секторів, як торгівля, охорона здоров'я і сільське господарство.

У 1990-ті роки якісні зрушення в економіці були пов'язані з виникненням і розвитком Інтернету, який до цих пір є основою цифрової економіки. Однак в 2000-і і 2010-і роки розвиток інформаційних і комунікаційних технологій (ІКТ) створив нові передумови для змін в господарській системі. Даний процес супроводжується впровадженням цифрових датчиків у все більшу кількість пристроїв («Інтернет речей»), створенням нових персональних пристроїв (мобільних телефонів, смартфонів, планшетів, ноутбуків, пристроїв тривимірного друку), нових цифрових моделей (хмарна обробка даних, цифрові платформи, цифрові послуги), зростаючою інтенсивністю використання масивів даних з використанням технології «великих даних» (*big data*), нових методів аналізу даних і алгоритмів прийняття рішень, нових технологій автоматизації і роботизації⁶²⁹.

Дані технології створюють нові можливості в цифровій сфері: суб'єкт господарювання при бажанні може задіяти цифрову систему в сфері своєї діяльності⁶³⁰. Цей процес може включати датафікацію (впровадження технологій зберігання великих масивів даних), цифровізацію (конверсію всіх частин інформаційних

⁶²⁹ OECD Digital Economy Outlook 2015, Paris. URL: <http://www.oecd.org/sti/oecd-digital-economy-outlook-2015-9789264232440-en.htm>

⁶³⁰ *Information and Communication Technology for Development*. Abingdon: Routledge.

ланцюжків вартості з аналогового формату в цифровий), віртуалізацію (фізичне розкладання процесів), а також генеративність (використання даних і технологій по новому, відмінному від вихідного, призначенням шляхом перепрограмування і рекомбінації)⁶³¹. Ступінь впливу будь-якої технології може розглядатися як результат її поширення і глибини впровадження⁶³². При значних темпах поширення, включаючи поширення в країнах, що розвиваються, і зростаючому ефекті впровадження, які відкривають досі недоступні можливості, вплив цифрових технологій на розвиток економіки також зростає.

У науковій юридичній літературі під цифровими активами і технологіями пропонується розглядати криптовалюту, токени, технології розподілених реєстрів, смарт-контракти, в ширшому розумінні цифровий актив – будь-який цифровий файл, що зберігається на будь-якому носії, на який може бути поміщена інформація і з якого інформація може бути отримана або витягнута в майбутньому. Подібні об'єкти існують у вигляді криптографічного коду, який розкриває їх зміст; створюються, і звертаються за допомогою внесення записів в децентралізованих інформаційних системах (розподілених реєстрах) на основі технології блокчейн.

Цифровізація робить істотний вплив на розвиток права, перш за все, в області договірної регулювання. Застосування досягнень науково-технічного прогресу та інформаційних технологій стимулює розвиток договорів, які опосередковують використання нових складних об'єктів правовідносин, які є результатом розвитку технологій. Складність об'єктів правовідносин обумовлює і ускладнення договірної регулювання.

⁶³¹ Examining “Digital Development”, Development Informatics Working Paper 64, University of Manchester, UK. URL: <http://www.gdi.manchester.ac.uk/research/publications/di/>

⁶³² The Effects of Information and Communication Technology on Employment, Skills, and Earnings in Developing Countries. Background paper for the World Development Report 2016, Washington, DC.

Під впливом формування в Україні високотехнологічної економіки та її інтеграції в загальносвітові економічні моделі знаходиться система юридичних уявлень про підприємництво і відповідно, інститути господарського права. Перетворення даної правової галузі обумовлені в значній мірі «четвертої промисловою революцією», яка визначила розвиток квантових технологій, промислового інтернету, великих даних, штучного інтелекту, систем розподіленого реєстру, робототехніки, технологій бездротового зв'язку, а також виявила найбільш важливі області цифрової трансформації: майно і господарські системи різних рівнів.

Просування високотехнологічної економіки трансформує юридичну концепцію і зміст поняття «господарська діяльність» в напрямку інноваційного підприємництва. У сферу господарського права включаються такі інноваційні суб'єкти, як:

- центри компетенцій в області цифрової економіки;
- центри обробки даних, технологічні (цифрові) платформи;
- партнерства наукових, освітніх організацій і бізнес-спільноти; відкрита громадська мережева платформа для управління результатами інтелектуальної діяльності.

У сферу регулювання господарського права залучаються також інтелектуальні системи, або промисловий інтернет, який виключає з ряду дій і операцій участь людини. Так, в механізм правового регулювання господарської діяльності з використанням інформаційно-комунікаційних технологій інтенсивно впроваджуються поняття і категорії інформаційного права: «інформаційна система», «інформаційно-телекомунікаційна мережа», «електронний документ», «електронний цифровий підпис», «єдина система ідентифікації і аутентифікації», «інформаційні ресурси» та «реєстри», «захист інформації», спочатку розроблені в законодавстві України про інформацію, інформаційні технології, захист інформації; про електронний підпис та інших інформаційних

законах. Багато з названих конструкцій отримують подальший розвиток, в тому числі, в якості інститутів господарського права. Наприклад, Законом України від 15 березня 2003 року «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань»⁶³³ передбачений єдиний державний реєстр юридичних осіб – єдина державна інформаційна система, що забезпечує збирання, накопичення, обробку, захист, облік та надання інформації про юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадські формування, що не мають статусу юридичної особи. Законом від 25 грудня 2015 року. «Про публічні закупівлі»⁶³⁴ визначена єдина інформаційна система у сфері закупівель, а також між учасниками передбачений автоматичний обмін інформацією та документами, підписаними електронним підписом.

Необхідно особливо вказати юридичні вимоги до суб'єктів господарювання щодо цифрової безпеки, або захисту інформації, які також стають нормами господарського права.

Так, Національним банком України встановлює обов'язкові для кредитних організацій вимоги до забезпечення захисту інформації при здійсненні банківської діяльності з метою протидії здійсненню переказів грошових коштів без згоди клієнта⁶³⁵.

Крім того, слід зазначити, що в господарських правовідносинах застосовуються принципи електронної взаємодії, сформульовані Комісією ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ): технологічної нейтральності, в тому числі щодо економічних і системних

⁶³³ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань: Закон України від 15.03.2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text>

⁶³⁴ Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text>

⁶³⁵ Про затвердження Положення про здійснення банками фінансового моніторингу: Постанова правління від 19.05.2020 № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0065500-20#Text>; Про затвердження Положення про заходи захисту та визначення порядку здійснення окремих операцій в іноземній валюті: Постанова правління від 02.01.2019 № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005500-19#Text>

моделей, функціональної еквівалентності; недискримінації при використанні електронних засобів⁶³⁶.

У зв'язку з цим завданням представників науки господарського права є розробка правового механізму, що забезпечує захист інтересів власників електронних активів, а також вчинення юридичних дій, формування і виконання договірних зобов'язань з такими об'єктами.

11.2.1. Поняття цифрової економіки. Для того щоб мати уявлення про перспективи законодавчого регулювання економічних відносин в цифрах епохи, потрібно отримати чітке уявлення про те, що таке цифрова економіка, розуміти, які виклики і які небезпеки вона несе. Спробуємо охарактеризувати цифрову економіку і проблеми розвитку її законодавчого регулювання з позиції науки підприємницького права.

На сьогоднішній день в світі не існує єдиного розуміння такого явища, як «цифрова економіка», разом з тим в численних публікаціях наводиться безліч його тлумачень. З метою уникнення масштабування досліджуваного питання за основу розуміння «цифрової економіки» (з метою проведення порівняльно-правового аналізу у співвідношенні його з іншими суміжними категоріями) візьмемо нормативне визначення, закріплене в Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства на 2018–2020 рр. від 17 січня 2018 р.⁶³⁷: це діяльність, в якій основними засобами (факторами) виробництва є цифрові (електронні, віртуальні) дані як числові, так і текстові.

На наш погляд, дане визначення цілком коректне, разом з тим воно не відображає характерні риси цифрової економіки, тим

⁶³⁶ Типовой закон об электронной торговле Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли: Міжнародний документ від 16.12.1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_321#Text

⁶³⁷ Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації: Постанова Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80#Text>

самим дозволяючи відокремити це поняття від суміжних понять що характеризують процес використання цифрових технологій в господарській діяльності, таких як «Нова економіка» (англ. new economy), «Е-економіка» (англ. e-economy), «Економіка мережі» (англ. network economy). Найчастіше ці терміни використовуються як синоніми для позначення нових феноменів в економіці, зумовлених формуванням глобальної інформаційної мережі, загальним поширенням персональних комп'ютерів, розробкою і постійним вдосконаленням програмного забезпечення, просуванням цифрових технологій, виробництвом нематеріальних продуктів і послуг інформаційно-комунікаційних компаній. Всі ці поняття нерозривно пов'язані з формуванням єдиного інформаційного простору – сукупності «... банків і баз даних, технологій їх супроводу та використання, інформаційних телекомунікаційних систем, що функціонують на основі загальних принципів і забезпечують інформаційну взаємодію організацій і громадян, а також задоволення їх інформаційних потреб»⁶³⁸.

Існуючий же перелік трактувань терміну «цифрова економіка», запропонованих з моменту публікації першої цитованої праці по цій темі⁸, серед сучасних науковців доволі великий. При цьому тільки деякі роботи пропонують точне визначення даного поняття; інші – замість цього представляють цифрову економіку як «складну структуру»⁶³⁹ або розглядають поняття скоріше як «образ дії, ніж концепцію»⁶⁴⁰. Не зважаючи на те, що у ряді робіт наведені конкретні трактування, однак сучасні підходи в цілому являють

⁶³⁸ Kogan, Y. (1998, October). Long Wave of Economic Growth. *Futures*, 536.

⁶³⁹ Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy. Brussels: European Parliament. URL: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU\(2015\)542235_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU(2015)542235_EN.pdf)

⁶⁴⁰ Elmasry, T. et al. (2016). *Digital Middle East: Transforming the Region into a Leading Digital Economy*. New York: McKinsey & Company. URL: <http://www.mckinsey.com/global-themes/middle-east-and-africa/digital-middle-east-transforming-the-region-into-a-leading-digital-economy>

собою спрощені варіанти визначення цифрової економіки як «економіки, заснованої на цифрових технологіях»⁶⁴¹.

Визначення того чи іншого поняття є відображенням часу і сучасних йому трендів, особливо в сфері технологій. Ранні трактування⁶⁴² ставили на чільне місце інтернет-технології, що стали свого роду технологічним мейнстрімом 1990-х років, принаймні у країнах глобальної Півночі. Автори більш пізніх визначень звертають увагу на розвиток мобільних і бездротових мереж⁶⁴³, а також хмарних технологій і технологій роботи з великими даними⁶⁴⁴, або ж звертаються до більш загального поняття «цифрові технології», відповідно до згаданих раніше простих визначень.

Сутність визначень також знаходиться під впливом специфіки конкретного історичного періоду. Перші визначення будувалися на протиставленні більш раннім концепціям, таким як «інформаційна економіка» і пов'язане з ним більш широке поняття «інформаційне суспільство». Дон Тапскотт⁶⁴⁵, наприклад, заявляв, що цифрова економіка охоплює два типи економічної активності. Перший тип – інформаційний – має на увазі виконання базових завдань, таких як завантаження статичної інформації на мережеві ресурси; другий тип, пов'язаний з комунікаціями, включає види діяльності, які стали доступними завдяки Інтернету.

⁶⁴¹ Expert Group on Taxation of the Digital Economy. Brussels: European Commission. URL: http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/general_issues.pdf

⁶⁴² Tapscott, D. (1996). *The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*. New York, NY: McGraw-Hill; Lane, N. (1999). Advancing the digital economy into the 21st century. *Information Systems Frontiers*, 1, 3, 317–320; Mesen-bourg, T.L. (2001). Measuring the Digital Economy, US Bureau of the Census, Suitland. URL: <https://www.census.gov/content/dam/Census/library/working-papers/2001/econ/umdigital.pdf>

⁶⁴³ Advancing Australia as a Digital Economy: An Update to the National Digital Economy Strategy. Canberra: Department of Broadband, Communications and the Digital Economy. URL: <http://apo.org.au/node/34523>

⁶⁴⁴ Digital Economy Development and Cooperation Initiative. URL: <http://www.g20.utoronto.ca/2016/g20-digital-economy-development-and-cooperation.pdf>

⁶⁴⁵ Tapscott, D. (1996). *The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*. New York, NY: McGraw-Hill.

Ерік Брайнджолфсон і Брайан Кахін⁶⁴⁶ заявляли, що «термін» інформаційна економіка «набув значення широкого, довгострокового тренда подальшої експансії активів, заснованих на інформації та знаннях, а також вартості, пов'язаної з реальними активами і продуктами, асоційованими з сільським господарством, гірничодобувною галуззю і обробною промисловістю». Термін «цифрова економіка» відноситься виключно до того, що відбувається зараз і ще незавершеної трансформації всіх секторів економіки завдяки цифровізації інформації за допомогою комп'ютерних технологій». У такий спосіб автори прагнули продемонструвати, що відбувається щось, що виходить за рамки попередніх концепцій.

Разом з тим можливості Інтернету в здійсненні торгових операцій також бралися до уваги і тим самим увійшли у визначення цифрової економіки. Ділова активність, заснована на ІТ-технологіях, була згадана як компонент цифрової економіки в доповіді Міністерства торгівлі США «The Emerging Digital Economy»⁶⁴⁷. У 2000 р. у збірнику «Understanding the Digital Economy»⁶⁴⁸ ця тенденція проявилася ще більш чітко – і редактори, і співавтори⁶⁴⁹ віднесли електронну торгівлю до цифрової економіки; це був період так званого «міхура доткомів».

Крім того, згадані визначення зафіксували першу появу двох найважливіших складових визначень цифрової економіки. Перше з них – диференціація компонентів. Наприклад, Роб Клінг

⁶⁴⁶ Brynjolfsson, E., Kahin, B. (2000b). Introduction. Understanding the Digital Economy (E. Brynjolfsson, B. Kahin (eds)) (pp. 1–10). Cambridge : MIT Press.

⁶⁴⁷ The Emerging Digital Economy. Washington, DC: Department of Commerce. URL: http://www.esa.doc.gov/sites/default/files/emergingdig_0.pdf

⁶⁴⁸ Understanding the Digital Economy: Data, Tools, and Research (E. Brynjolfsson, B. Kahin (eds)). Cambridge: MIT Press.

⁶⁴⁹ Brynjolfsson, E., Kahin, B. (eds) Introduction. Understanding the Digital Economy (pp. 1–10). Cambridge: MIT Press.

і Роберта Лемб⁶⁵⁰ в своїй роботі, заснованої на публікації Лінн Маргхеріо⁶⁵¹, виділили чотири основні складові цифрової економіки:

1. Цифрові продукти і послуги. В даний компонент входять продукти, поставляються за допомогою цифрових технологій, а також типи послуг, в основному поставляються у цифровому вигляді (тобто інформаційні сервіси в режимі онлайн, продаж програмного забезпечення, електронна освіта та ін.).

2. Змішані цифрові продукти і послуги: роздрібний продаж реальних товарів (наприклад, книг, квітів, номерів у готелях, а також супутні ним продаж і маркетинг).

3. Послуги або виробництво товарів, що залежать від ІТ. Ця група включає послуги, надання яких знаходиться в критичній залежності від інформаційних технологій (наприклад, бухгалтерські послуги або складні технічні проекти), виробництво реальних товарів, в процесі якого вирішальне значення має застосування інформаційних технологій (такі категорії товарів, для яких необхідна високоточна механічна обробка з застосуванням числового програмного керування, або хімічні заводи під керуванням комп'ютерів).

4. Сегмент ІТ-індустрії, який обслуговує три розглянутих сегмента цифрової економіки. Тут розглядаються продукти і послуги ІТ-сектора, які в основному призначені для обслуговування трьох вищезгаданих компонентів цифрової економіки. Сюди включаються виробники мережевого обладнання та персональних комп'ютерів, а також фірми, що займаються ІТ-консалтингом (деякі аналітики застосовують щодо ІТ-галузі більш великі поняття

⁶⁵⁰ Kling, R., Lamb, R. (2000). IT and Organizational Change in Digital Economies. In E. Brynjolfsson, B. Kahin (eds). *Understanding the Digital Economy* (pp. 295–324). Cambridge: MIT Press, MA.

⁶⁵¹ Margherio, L. et al. (1999). *The Emerging Digital Economy*. Washington, DC: Department of Commerce. URL: http://www.esa.doc.gov/sites/default/files/emergingdig_0.pdf

і включають в даний список комунікаційне обладнання, в тому числі теле- радіомовлення, і комунікаційні послуги).

Виходячи із наведеного вище, можемо констатувати, що подібна диференціація – свого роду визнання того, що продукція на основі ІКТ та супутні послуги є компонентами цифрової економіки.

Друге нововведення – непряме визнання хиткості кордонів цифрової економіки. Використовуючи слова «значно», «істотно», «інтенсивно», «грубо кажучи», а також «критично», Клинг і Лемб⁶⁵² апелюють до суб'єктивності сприйняття даного поняття і показують, що не існує межі, яка дозволила б чітко віднести ті чи інші види економічної активності до «цифрової економіки».

Схожим чином Томас Л. Мезенбург⁶⁵³ розділяє цифрову економіку на продукцію ІКТ-інфраструктури і використання ІКТ для здійснення економічних процесів. Однак в більш пізніх роботах автор вирішує розглянути явище за рамками електронної торгівлі і також включає в свою класифікацію використання ІКТ для здійснення ділової активності. Поряд з тезами Клинга і Лемба цей поділ став свого роду прототипом наступних більш об'ємних визначень, які відносять до цифрової економіки в принципі будь-які види діяльності, засновані на цифрових технологіях, – до таких належать прості визначення, розглянуті на початку поділ цифрової економіки на продукцію ІКТ-інфраструктури і використання ІКТ для здійснення економічних процесів. і ряд інших^{654; 655}.

⁶⁵² Kling, R., Lamb, R. (2000). *IT and Organizational Change in Digital Economies* (pp. 295–324)...

⁶⁵³ Mesenbourg, T.L. (2001). *Measuring the Digital Economy*, US Bureau of the Census, Suitland. URL: <https://www.census.gov/content/dam/Census/library/working-papers/2001/econ/umdigital.pdf>

⁶⁵⁴ Digital Economy Development and Cooperation Initiative. URL: <http://www.g20.utoronto.ca/2016/g20-digital-economy-development-and-cooperation.pdf>

⁶⁵⁵ *Advancing Australia as a Digital Economy: An Update to the National Digital Economy Strategy*. Canberra: Department of Broadband, Communications and the Digital Economy. Available at: <http://apo.org.au/node/34523>

Автори більш пізніх і широких визначень зіткнулися з проблемою, яка виникає через велику кількість типів господарської діяльності, для провадження яких використовують цифрові технології. Шукаючи шляхи подолання цього гігантизму деякі автори взяли приклад Клінга Лемб⁶⁵⁶ і Мезенборга⁶⁵⁷, розділивши велике поле цифрової економіки на підгрупи. Аналітики Cognizant, навпаки, прагнуть розділяти типи діяльності, просто використовують цифрові технології і ті, для яких цифрові технології є основою основ⁶⁵⁸. Проте, як і раніше, розділова лінія залишається умовною.

Також висловлювалася думка, що «цифрова» (електронна) економіка – це економіка, яка існує в умовах гібридного світу (нової реальності, в якій світи реальний і віртуальний нерозривно пов'язані і всі необхідні для реального світу дії можна зробити через віртуальний світ). Характерною особливістю цієї економіки є максимальне задоволення потреб усіх її учасників за рахунок використання інформації⁶⁵⁹.

Можливо, зніщює певні сумніви твердження про те, що задоволення потреб здійснюється саме за рахунок використання інформації. Насправді суть цифрових технологій зводиться до можливостей обробки, організації та використання величезної кількості інформації. Просто з'явилися в електронну епоху нові носії

⁶⁵⁶ Kling, R., Lamb, R. (2000). *IT and Organizational Change in Digital Economies* (pp. 295–324)...

⁶⁵⁷ Mesenbourg, T.L. (2001). *Measuring the Digital Economy*, US Bureau of the Census, Suitland. URL: <https://www.census.gov/content/dam/Census/library/working-papers/2001/econ/umdigital.pdf>

⁶⁵⁸ Bahl, M. (2016). *The Work Ahead: The Future of Businesses and Jobs in Asia Pacific's Digital Economy*. *Cognizant*. URL: <https://www.cognizant.com/whitepapers/the-work-ahead-the-future-of-business-and-jobs-in-asia-pacifics-digital-economy-codex2255.pdf>; Asen, R., Blechschmidt, B. (2016). *Making digital, Real and Rewarding*. *Cognizanti*, 9, 1, 2–13. URL: <https://www.cognizant.com/whitepapers/being-digital-making-digital-real-and-rewarding-cognizanti12-codex2094.pdf>

⁶⁵⁹ Кешелав, А.В. (ред.) (2017). *Введение в «цифровую» экономику (На пороге «цифрового» будущего. Книга первая)*. Москва : ВНИИ геосистем.

дозволяють накопичити знання в обсягах, неможливих для людського мозку при звичайних умовах.

Звичайно, інформація завжди мала значення для розвитку економіки і для бізнесу – секрети торгівлі, виробництва, вміння обробки матеріалів. Але ця інформація ніколи не мала вирішального значення і завжди вкладалася в поняття «людський фактор». У цифрову епоху інформація вже не з'єднана нерозривно з людиною-носієм.

Можна стверджувати, що цифрова економіка являє собою сукупність суспільних відносин, що складаються в системі виробництва, розподілу, обміну та споживання, взаємодія суб'єктів яких засноване на використанні інформації.

Під терміном «цифрова економіка» розуміються різні явища. Дуже часто навіть в державах – лідерах «цифровізації» під цифровий економікою розуміють введення нових форм платежів і комунікацій.

По суті, це проста оцифровка існуючих економічних відносин. така діяльність важлива, корисна, але вона не призводить до появи нових форм управління і концептуально новим економічним відносинам. Саме розробку нових форм управління, формування економічних відносин, заснованих на з'єднанні реального та віртуального світу, якісна зміна суспільних відносин можна вважати побудовою цифрової економіки. До теперішнього часу склалися дві основні стратегії цифровізації – ринкова і планова.

Основою цифрової економіки є ІТ-сектор, однак він не створює межі цифрової економіки, яка також охоплює деякі нові цифрові бізнес-моделі. Запропоноване нами визначення відрізняється від інших тим, що ми розглядаємо процес розширення сфери застосування цифрових технологій в економіці окремо від власне «цифровий» економіки і включаємо його в рамки ширшої «Цифровізованої» економіки. Таким чином, в остаточному вигляді наше визначення цифрової економіки виглядає так: частина загального

обсягу виробництва, яка цілком або в основному проведена на базі цифрових технологій фірмами, бізнес-модель яких ґрунтується на цифрових продуктах або послугах.

Зрозуміло, ці стратегії ніде не існують в чистому вигляді, методи впливу перетинаються і взаємодіють, але все ж загальна спрямованість впливу в конкретній країні зводиться або до розвитку цифровізації природним шляхом, з переважанням диспозитивного регулювання, або до побудови цифрової економіки під патронажем держави. Два абсолютних світових лідера процесу цифровізації обрали різні стратегії: США декларують ринковий розвиток, Китай орієнтований на державне регулювання. Яку стратегію обрати Україні? Ми тут підходимо до глобального питання про перспективи й тенденції розвитку національного законодавства, в тому числі господарського, яке останнім часом завжди піднімається дослідниками.

На наш погляд, більш правильно діяти за китайським зразком, допускаючи, де це можливо, ринкові механізми. В Україні висока ступінь монополізації ринків, велика частина ВВП створюється організаціями зі значною часткою державної участі, у нас немає технологічного та економічного переваги перед іншими країнами. Тому нам навряд чи можна розраховувати на еволюційне розвиток цифровізації під впливом конкурентного ринку, держава змушена направляти, підтримувати і стимулювати її розвиток.

Існує досить багато цифрових технологій, які в перспективі будуть надавати все більший вплив на життя людини і, відповідно, позначатися на розвитку законодавства. Перш за все це когнітивні технології, хмарні технології, інтернет речей, великі дані і цифрові гроші.

Когнітивні технології (Cognitive Technologies) здатні обробляти інформацію в неструктурованому вигляді. Обробка йде при обліку безлічі чинників, комп'ютер здатний до самонавчання. Якщо звичайна пошукова система при запиті в Інтернеті видає мільйони

посилань, то використання когнітивних процесів дозволить отримати конкретну відповідь на поставлене запитання.

Хмарні технології вже широко використовуються, представляючи собою систему мережевого доступу до загального обсягу інформації, що знаходиться у віддаленому доступі.

Інтернет речей (*Internet of Things*) та промисловий Інтернет речей (*Industrial Internet of Things*) – два великих напрямки, які припускають оснащеність датчиками і підключення до Інтернету всіх важливих для життя або для виробництва речей і обладнання. Управління та контроль над процесами відбувається в реальному часі.

Великі дані (*Big Data*) – сукупна назва інструментів і методів для обробки результатів. Величезний обсяг інформації з постійно зростаючого числа джерел буде систематизовано і оброблений таким чином, що користувач оброблених даних отримає якісно нову інформацію про явище.

Цифрові (електронні) гроші – вже реальність нашого часу. Різновидом електронних грошей є криптовалюта, створення і обіг якої пов'язаний із застосуванням криптографічних методів. Технологія блокчейн (*Block Chain*, ланцюжок блоків транзакцій) була створена саме для першої криптовалюти – біткоїнів, яка зараз вже має самостійне застосування. Віртуальні гроші можуть не відноситись до криптовалюти і не використовувати технологію блокчейн (*Qivi, WebMoney*). Незважаючи на негативне ставлення багатьох урядів до електронних грошей, судячи з усього, в майбутньому саме цифрові валюти будуть основними засобами платежу. Криптовалюту неможливо сфальсифікувати і вкрати. Мінус – немає єдиного емісійного центру, тобто немає класичного забезпечення валюти емітентом.

Технологія блокчейн в майбутньому повинна стати однією з найбільш затребуваних у господарських відносинах, як вертикальних, так і горизонтальних. Блокчейн заснований на тому, що дані багаторазово продубльовані і зберігаються в розподіленій

мережі, їх спотворення практично неможливо: кожен запис містить історії змін. Наразі така технологія починає застосовуватися при фіксації авторських прав, в страховій справі, при краудфандінгу.

Тенденція вітчизняного законодавства останніх років – реєстрація. Саме блокчейн здатний якісно змінити ведення багатьох реєстрів – ЄДРПОУ, реєстру нерухомого майна⁶⁶⁰ і т.д. Причому в майбутньому цілком можливе створення комерційних аналогів державних реєстрів, зрощування їх з довідковими правовими системами. Розвиток останніх на основі когнітивних технологій призведе до створення повноцінних роботів-юристів.

Рішення (в держуправлінні, бізнесі) будуть прийматися на основі величезних обсягів інформації. Дані з міських відеокамер, інформація про активність в соціальних мережах, покупки через онлайн-каси – вся інформація збирається і використовується. Головна юридична проблема тут – дотримання прав людини, захист персональних даних.

З іншого боку, цифровізація призведе до прозорості відносин, багато аспектів економічного життя будуть відкриті як для суспільства, так і для контролюючих органів. Уже зараз застосування онлайн-кас призводить практично до повного контролю операцій.

Правда, є ще одна важлива проблема – захист даних в Мережі. Але доступність інформації – в цілому позитивне явище. Інформація в максимально доступному вигляді буде і про суб'єктів, і про об'єкти господарських відносин. Характеристика (цифрова) окремого товару може бути досить докладною – аж до його молекулярного складу. Це, з одного боку, полегшує оцінку, а з іншого – дозволяє підняти питання про взаємозамінність товарів

Зміна принципів взаємодії сторін договору призведе до збільшення числа потенційних контрагентів, до зручності комунікацій

⁶⁶⁰ Павло Петренко: Мін'юст допрацьовує можливість переведення реєстру нерухомого майна на блокчейн. <https://www.kmu.gov.ua/news/pavlo-petrenko-minyust-dopracovuye-mozhlivist-perevedennya-reyestru-neruhomogo-majna-na-blokcheyn>

суб'єктів підприємництва. З'явиться можливість для багатьох підприємців укласти договори з найбільш популярними на ринку фірмами, внаслідок чого можуть з'явитися «репутаційні» монополісти (або особи, що займають домінуюче становище).

У цифрову епоху принципово зміниться і взаємодія покупця і продавця, класичні конструкції купівлі-продажу можуть як мінімум відійти на другий план. Уже зараз виробництво деяких товарів можна замовити за своїми зразками дистанційно. В майбутньому ця практика повинна поширюватися, в результаті ми отримаємо договірну конструкцію, коли колишній «продавець» надає послугу з виробництва деякого об'єкта за технічними параметрами контрагента на своїх виробничих потужностях. Відповідно зміниться і звичне розподіл прав, обов'язків і відповідальності сторін договору.

Взагалі, цифровий господарський обіг буде відрізнятися докладною фіксацією даних про суб'єктів і про об'єкти господарських відносин. Не виключено, що для цілей реклами, державного контролю і т.п. в майбутньому в ланцюжку «виробництво – розподіл – обмін» з'явиться ще одне регламентоване нормами права ланка – «споживання».

Також швидше за все цифровізація (перш за все технологій блокчейн) дозволить приймання товару (фіксацію виконання договору) зробити частиною електронного господарського договору.

11.2.2. Договірні відносини та *smart-contract*. Істотні зміни відбуваються в частини форми встановлення договірних правовідносин. Для укладення договорів сторони все частіше використовують інформаційні (комп'ютерні) технології, іменовані також електронними (*Electronic*) або в більш вузькому (технологічному) сенсі – цифровими (*digital*). В цьому випадку навряд слід говорити про які-небудь революційні зміни, мова йде скоріше про розвиток розуміння письмової форми угод, при укладанні договору можливе використання спеціальних програмних алгоритмів

(нерідко іменовані роботами), які забезпечують автоматичну пропозицію (оферту) або прийняття пропозиції (акцепт) при виникненні певних зовнішніх обставин (наприклад, зміна ціни на ринку на будь-якої товар).

Звісно ж, що технологічне вдосконалення порядку укладення договорів вимагає від держави встановлення механізмів для реалізації свободи договору з тим, щоб забезпечити захист сторонам договору

В сучасних технологічних умовах все більшого поширення набуває практика укладення договорів за допомогою відправки електронних повідомлень. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» електронним документом, тобто документом, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа. Поняття електронного договору міститься у Законі України «Про електронну комерцію»⁶⁶¹. Згідно з ч. 2 ст. 639 ЦК, договір, укладений за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем за згодою обох сторін вважається укладеним в письмовій формі. Якщо взяти до уваги положення ч. 1 ст. 181 ГК очевидно, господарський договір, як правило, існує у вигляді єдиного документа, підписаного сторонами.

Однак, допустимо укладення господарських договорів у спрощеній формі шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами та іншими засобами електронної комунікації, а також шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлення, якщо законом не встановлено спеціальні норми до форми та порядку укладення даного виду договорів.

Отже, договір, укладений в електронній формі, вважається таким, що укладений у письмовому вигляді (ст. 205, 207 ЦК). Такий

⁶⁶¹ Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015 р. № 675-VIII.
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text>

договір має бути підписаний його сторонами, за умови використання засобу електронного цифрового підпису усіма сторонами електронного правочину.

Види електронного підпису передбачені в Законі «Про електронні довірчі послуги»⁶⁶² (Закону про ЕДП). Закон розрізняє:

- простий електронний підпис та печатка – низький рівень довіри;
- удосконалений електронний підпис та печатка – середній рівень довіри;
- кваліфікований електронний підпис та печатка – високий рівень довіри.

Саме та лише кваліфікований електронний підпис (тобто, підпис з високим рівнем довіри) прирівнюється до власноручного (частина 4 статті 18 Закону про ЕДП).

Тут слід приділити увагу термінам «особистий ключ» і «сертифікат». Криптографічний захист електронних підписів заснований, як правило, на шифруванні, яке передбачає використання пари «відкритий ключ – особистий ключ». Відкритий ключ доступний для кореспондентів і для підписувача, а особистий ключ має перебувати тільки в підписувача (ця асиметрія між ключами, до речі, і лежить в основі терміна «асиметричне криптографічне перетворення», що зустрічається в Законі). При цьому пара цих ключів створюється таким чином, що присвоїти документу електронний підпис можна тільки за допомогою особистого ключа, але перевірити підпис можна за допомогою відкритого ключа, що відповідає особистому ключу. Кореспондент, отримавши документ з удосконаленим електронним підписом, може, у загальному випадку, покладатися на те, що це присвоєння було зроблено власником особистого ключа. Крім того, під час створення підпису відбувається

⁶⁶² Про електронні довірчі послуги: Закон України від 05.10.2017 № 2155-VIII.
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19#n534>

співвіднесення даних про документ і даних, що містяться в самому підписі, таким чином, що якщо після підписання змінити в документі що-небудь, то він перестане відповідати підпису й кореспондент має змогу це виявити.

Щоб мінімізувати цей ризик, у схему вводиться ще один елемент: третя сторона, яка перевіряє особу підписувача й, упевнившись, що дані відкритого ключа відповідають особистим даним підписувача, видає сертифікат – спеціальний набір даних, асоційований із відкритим ключем, що засвідчується. Тепер кореспондент, одержавши підписаний документ, який пов'язаний не тільки з відкритим ключем, а і з сертифікатом, може покладатися й на те, що особа, яка застосувала електронний підпис, є тим, чий це підпис. При цьому якщо згадана третя сторона – засвідчувач внесена до спеціального Довірчого списку, то сертифікат, що видається нею, є кваліфікованим сертифікатом, і сама вона має статус кваліфікованого надавача електронних довірчих послуг. Слід звернути увагу, що Закон спеціально наголошує на ідентифікації – її проведення обов'язкове, якщо відповідна послуга є кваліфікованою.

Таким чином, більш наочно, ніж за допомогою формальних визначень, хоча і більш спрощено, класи електронних підписів можна описати таким чином. Електронний підпис – це будь-яка електронна форма даних, що використовується підписувачем як підпис, не обов'язково захищений. Приклад такого підпису – скан-зображення власноручного підпису, яке прикладається до текстового файлу й конвертується, скажімо, у формат pdf. Удосконалений електронний підпис – це підпис, сформований з використанням засобів криптографії, але при цьому не обов'язково з використанням сертифіката, а якщо й з використанням, то не обов'язково, щоб сертифікат був кваліфікованим. Прикладом існуючого протоколу, який, приблизно, можна вважати таким, що підпадає під критерій удосконаленого підпису, є рішення, засновані на стандарті OpenPGP. Кваліфікований електронний підпис –

має бути заснований на криптографії, і відкритий ключ має бути підтверджений сертифікатом, і сам сертифікат повинен бути кваліфікованим. Сьогоднішнім близьким аналогом кваліфікованого підпису є, мабуть, реалізації цифрового електронного підпису на підставі чинного Закону про ЕЦП.

Крім електронного підпису, Закон про ЕДП запроваджує поняття й електронної печатки. Електронна печатка також може бути удосконаленою та кваліфікованою – критерії цих класів аналогічні відповідним критеріям класів підписів. Відмінність полягає в тому, що електронним підписом може користуватися як юридична, так і фізична особа, а електронною печаткою – тільки юридична. У функціональному ж змісті суттєвої різниці між електронним підписом і електронною печаткою немає.

Слід зробити застереження, що Закон про ЕДП передбачає встановлення вимог, яким повинні відповідати засоби електронної ідентифікації та засоби кваліфікованого підпису та печатки; установлення цих вимог доручено Кабміну. При цьому Закон установлює принцип технологічної нейтральності – тобто невтручання держорганів у процес розробки обладнання та програм для криптографічного захисту, який не перешкоджатиме досягненню інтероперабельності між ними⁶⁶³.

Угоди сторін, що допускають в подальшому використання простого або некваліфікованого підпису, повинні передбачати порядок перевірки електронного підпису, а згідно з п. 2 ст. 9 Закону про електронний підпис повинні містити «правила визначення особи підписувача електронного документа за його простим електронним підписом», а також обов'язок особи, яка створює і/або використовує ключ простого електронного підпису, дотримуватися конфіденційності підпису.

⁶⁶³ Костенко, Р. Електронні підписи та новий закон. URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA011023#:~:text=Електронний%20підпис%20-%20це%20будь-яка,%2C%20скажімо%2C%20у%20формат%20pdf

Виходячи із викладеного вище логічним постає питання: чи можна електронні договори прирівнювати до smart-контрактів?

Вчені по-різному розглядають дефініцію «smart-контракт». Так, smart-контракт – це «програмний код, керуючий певним активом⁶⁶⁴. Кваліфікація відносин, опосередковуваних смарт-контрактом, неможлива без розуміння активу, використовованого в цьому смарт-контракті»⁶⁶⁵; «Договір, що існує у формі програмного коду, що повинен бути імплементований на платформі блокчейна, і забезпечувати автономність і самоісплнімость умов договору після настання заздалегідь визначених в ньому обставин»⁶⁶⁶.

Виходячи із наведених вище визначень, виділимо характерні риси смарт-контракту:

- має електронну форму,
- умови договору викладені на одній з мов програмування і реалізуються за допомогою використання технології блокчейн,
- є договором приєднання,
- це умовна угода,
- виконання договору бере на себе комп'ютер,
- відносини сторін регулюються програмним кодом.

У зв'язку з цим, основним елементом смарт-контракту є цифровий підпис, який підтверджує волю сторін, що уклали таку угоду. Після укладення смарт-контракту він перетворюється в алгоритм і створюється токен («електронний жетон») розумного договору.

У зв'язку з цим, це скоріше спосіб вчинення угоди за допомогою електронних та інших технічних засобів, а не окремий вид господарського договору.

⁶⁶⁴ Рожкова, М.А. и др. (2018). *Право в сфере Интернета* : сборник статей (с. 528). М. : Статут.

⁶⁶⁵ Corbet, S. et al. (2018). Cryptocurrencies as a financial asset: a systematic analysis. *International Review of Financial Analysis*, 9, 182–199.

⁶⁶⁶ Savelyev, A. (2017). Contract Law 2.0: «Smart» contracts as the beginning of the end of classic contract law. *Information & Communications Technology Law*, 4, 116–134.

На закінчення слід зазначити, що комерційна діяльність в Україні – це будь-яка економічна діяльність, здійснювана на комерційній основі шляхом реалізації товарів, робіт, послуг і майнових прав. Ефективність законодавства в даній сфері набуває важливого значення, враховуючи, що діяльність підприємців регулює досить широке коло нормативно-правових актів з питань підприємницької діяльності: напрями, форми і способи її здійснення, державні і правові гарантії підприємницької діяльності, порядок охорони і захисту суб'єктів і змісту підприємництва, контроль і нагляд за його здійсненням і багато інших питань. В цілому можна сказати, що на сучасному етапі склалася правова основа такої діяльності.

Слід зазначити, що державою вживаються заходи для розвитку різних форм комерційної діяльності. Малий і середній бізнес займає значне місце в цьому процесі. Гідність малого і середнього підприємництва проявляється в розвитку і формуванні системи нормативного правового забезпечення; прийняття державних програмних документів, що є інструментом державного регулювання економіки, що забезпечує досягнення перспективних цілей; створення спеціальних інститутів розвитку. Необхідно відзначити, що цифровізація істотно змінює способи ведення бізнесу і отримання прибутку. Однак існують і проблеми, пов'язані з розподілом відповідальності за недобросовісні дії, тому що застосування цифрових активів, осмислення поняття як віртуальної речі є фундаментальна проблема правової науки.

У зв'язку з цим, питання формування та подальшого розвитку господарських відносин в Україні пов'язані безпосередньо зі становленням законодавства в цій сфері і ставлять малий і середній бізнес в привілейоване становище, що захищають її інтереси перед великим бізнесом і перед адміністративним свавіллям державних органів. При цьому повинно бути реалізовано в умовах цифрової економіки і основне завдання держави щодо забезпечення свободи

економічної діяльності, збалансованості інтересів всіх учасників, захисту їх прав та інтересів.

Основне завдання в сфері правового регулювання комерційної діяльності – визначення балансу таким чином, щоб нормативні обмеження права на підприємницьку діяльність не приводили до його применшення, наявності перешкод, подолання яких неможливо або недоцільно, тобто до зловживання правом з боку держави. Але в той же час не можна допустити подібних зловживань з боку суб'єктів господарювання, оскільки відсутність правового регулювання неминуче призведе до масових порушень прав громадян, загрози життя і здоров'я населення та інших несприятливих наслідків, а в кінцевому рахунку не дозволить якісно і ефективно розвивати право на свободу бізнесу в Україні.

11.3. Доктрина заборони суперечливої поведінки як засіб виявлення недобросовісності

Протягом років незалежності України правова теорія, законодавство, правозастосування та судова практика зокрема активно збагачувалися новим досвідом, у тому числі тим, які накопичили інші країни, міжнародна практика та сучасна юридична думка. Деякі правові концепції та ідеї, що раніше майже не застосовувалися або застосовувалися обмежено, набули нового звучання для правової системи України.

У сфері приватного права однією з таких є доктрина заборони суперечливої поведінки (лат.: «*Non concedit venire contra factum proprium*» або «*Venire contra factum proprium*»), яку німецький професор Ервін Різлер (*Erwin Riezler*) пропонує зробити базовим принципом сучасного приватного права.

Для України іноземний та міжнародний досвід її використання є корисним не тільки з суто пізнавальної та наукової точки зору,

але також з метою вирішення практичних проблем правозастосування. У практиці України ця доктрина почала згадуватися зовсім недавно, у законодавстві наразі не міститься, однак неодноразово вживається у позиціях суду, який обґрунтував свої рішення за її допомогою по конкретних справах.

Разом з тим, доктрина заборони суперечливої поведінки є окремим проявом, видом, еманациєю принципу добросовісності, відтак поняття та зміст принципу добросовісності варто навести для розуміння порушеної теми.

11.3.1. Принцип добросовісності та його зміст. Дискусії щодо терміну «добросовісність» серед юристів тривають з часів римського права. Не заглиблюючись в усі аспекти цих наукових диспутів, нагадаємо концепцію «*bona fide*», яка означає чесність і довіру до чужої чесності, вірність слову, моральний обов'язок виконувати свої зобов'язання.

Безсумнівним є те, що принцип добросовісності відноситься до м'якого права, має не тільки юридичний, але також моральний, етичний і навіть філософський, тобто світоглядний аспект. Застосування такого підходу зумовлене необхідністю в додатковій аргументації, у розсуді, у міркуваннях та доводах, якими слід обґрунтувати правозастосування, в дотриманні ціннісних орієнтирів. Крім того, правозастосування має враховувати правосвідомість, що склалася на цей історичний момент. Вочевидь, самих лише писаних норм не достатньо для того, щоб належно застосовувати законодавство.

Застосування будь-якої доктрини має певні вади, оскільки вимагає ретельнішого підходу, аргументації та глибшого знання та розуміння права. Разом з тим, такий недолік можна обернути на перевагу: слід використовувати гнучкість, яку він надає, для вирішення спірних питань.

Законодавець України закріплює принцип добросовісності у п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК, де йдеться про загальні засади цивільного законо-

давства, а у ч. 5 ст. 12 ЦК встановлює презумпцію добросовісності. Згідно з ч. 3 ст. 509 ЦК зобов'язання має ґрунтуватися зокрема на засадах добросовісності. У ч. 1 ст. 627 ЦК зазначається, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог законодавства та звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Законодавство про економічну конкуренцію та боротьбу з недобросовісною конкуренцією містить деталізовану регламентацію протилежного добросовісності у економічній сфері – «недобросовісна економічна конкуренція», однак ним охоплюється не весь обсяг цивільно-правових відносин.

Норми цивільного законодавства України не містять положень з описом змісту цього принципу, однак певні підходи напрацювала судова практика. Так, у постанові Верховного Суду по справі № 390/34/17 від 10 квітня 2019 міститься визначення⁶⁶⁷ добросовісності: *«Добросовісність (п. 6 ст. 3 ЦК України) – це певний стандарт поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення»*.

Дуже подібно до України, законодавство інших країн також не деталізує поняття добросовісності у законодавстві, віддаючи це на розсуд суду та осіб, які застосовують право щодо конкретної ситуації. Так, параграф 242 Німецького цивільного законника містить загальні норми, відповідно до яких боржник зобов'язаний виконати зобов'язання добросовісно, з урахуванням звичаїв цивільного обороту. У тексті Французького цивільного кодексу вказується на добросовісність (*bonne foi*): у п. 4 ст. 1134 зазначається про те,

⁶⁶⁷ Доволі сумнівний підхід ВС, оскільки дати якогось всеосяжного визначення поняття добросовісності нереально і є малодосяжною перспективою, а Суду доречніше сконцентруватися на визначенні певних параметрів добросовісності у світлі фактичних обставин справи, що впливає із юридичного силогізму як основи юридичної аргументації судових рішень – прим. ред.

що «угоди повинні бути виконані сумлінно», а у ст. 1135 про те, що «угоди зобов'язують не тільки до того, що в них виражено, але і до всіх наслідків, які справедливість, звичай або закон пов'язують із цим зобов'язанням, відповідно до його природи». Законодавство США у § 1-304 Єдиного комерційного кодексу передбачає обов'язок добросовісності при його виконанні або дотриманні.

На противагу цьому, законодавство іншої країни англо-американської системи права – Сполученого королівства – не містить зазначень про добросовісність, крім окремих видів договорів: страхових та фудичіарних.

Згідно п. 1.-1:103 DCFR (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference*) пропонується термін «*good faith and fair dealing*», який можна перекласти як «належна довіра та чесне ведення справ», визначається як «*стандарт поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю, та з врахуванням інтересів іншої сторони*».

Принципи УНІДРУА у статті 1.7. «Добросовісність та чесна ділова практика» зазначають, що кожна сторона зобов'язана діяти відповідно до прийнятих у практиці міжнародної торгівлі добросовісності та чесної ділової практики, сторони не вправі виключити або обмежити такий обов'язок.

З принципом добросовісності кореспондується підхід «*Duty of Care*» («обов'язок піклуватися»), що набув розвитку у англо-американській системі права та формалізувався у справах, що мали місце у Сполученому Королівстві *Winterbottom v. Wright* (1842), *Donoghue v. Stevenson* (1932), у США *MacPherson v. Buick Motor Co.* (1916) де суди виходили з того, що виробник та продавець продукції зобов'язані турбуватися про споживача, щоб той не зазнав шкоди від придбаної продукції. У подальшому суд Сполученого королівства у справі *Sarago Industries plc v Dickman* (1990) запровадив межі такого обов'язку.

Досвід наведених судових рішень став обґрунтуванням для прийняття Францією закону «Про обов'язок пильності компаній»

у 2017 р., який зобов'язує компанії бути пильними у відносинах з клієнтами з метою недопущення заподіяння їм шкоди.

Директива ЄС № 85/374/ЕЕС «Про відповідальність за дефектну продукцію» (1995) пропонує запровадити відповідальність за продукцію, яка заподіяла шкоду особі, якщо виробник чи продавець не вжив заходів з метою недопущення такої шкоди. Наступна за нею є Директива ЄС № 1999/34/ЕС (1999) поширює такий принцип також на сільськогосподарську та рибну продукцію.

З наведеного слідує, що добросовісність – модель поведінки особи при реалізації її прав, яка враховує інтереси інших осіб та здійснюється з повагою до ділової практики та таких цінностей як довіра, чесність, сумління, відкритість.

Однак є те, що протилежне добросовісності: недобросовісність та зловживання правом, які варто розглянути окремо.

11.3.2. Недобросовісність. Зловживання правом. Неприпустимість зловживання процесуальними правами визначена серед основних принципів цивільного судочинства (ч. 3 ст. 2 ЦПК), господарського судочинства (ч. 3 ст. 2 ГПК), адміністративного судочинства (ч. 3 ст. 2 КАС).

Згідно ч. 3 ст. 13 ЦК не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Аналогічне положення міститься у параграфі 226 Німецького цивільного законника⁶⁶⁸: не допускається здійснення права лише з метою заподіяння шкоди іншій собі.

З наведеного слідує, що можливі різні форми зловживання правами, завдання шкоди – лише одне з них.

Зловживання правом вочевидь є негативним явищем, оскільки має негативний вплив: ставить під загрозу баланс інтересів учасників правовідносин. Разом з тим, незваний термін є суперечливим,

⁶⁶⁸ У нас цей акт часто називають за російською калькою «уложення», а у слов'янській правовій традиції його перекладають як законник, оскільки буквально з німецької *Gezetzbuch* – книга законів, тобто власне законник.

бо «право» є терміном, що містить позитивну ціннісну конотацію, а «зловживання» – протилежну, негативну. Така суперечність має вирішуватися виходячи з того, що зловживання правом не повинно стимулюватися, воно є шкідливим, відповідно, має обмежуватися законодавством та упереджуватися законом.

З іншого боку, з формальної точки зору, у особи є можливість («право») діяти у вигідний для себе спосіб з використанням наданих законом можливостей. Такі дії, якщо їх розглядати поза будь-яким контекстом, самі по собі, є дозволеними.

То ж суперечність полягає у наступному: формальне (писане) право забезпечує таку можливість, натомість, за змістом, виходячи з конкретної ситуації, виконання такої норми не відповідає духу права, охоронюваним суспільним чи приватним інтересам.

Як слід вирішувати таку суперечність? Вочевидь, слід виходити з цінностей правової держави та принципу верховенства права, тобто вирішувати проблему на користь змісту правової норми, її мети, а не з позицій легізму, тобто не з суто формального її прочитання. Такий підхід відповідає ст. 8 Конституції України, відповідно до якої в Україні діє принцип верховенства права.

Наведене означає, що використання юридичної можливості, яка надається законом, дозволу діяти певним чином, є протиправним та має бути припиненим, якщо такі дії суперечить завданням цивільного судочинства та його принципам, які проголошені зокрема у ч. 1 ст. 3 ЦК. Такий візії відповідає норма ч. 6 ст. 13 ЦК, згідно якої, у разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, що встановлені законом, суд може зобов'язати її припинити зловживання правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом.

Історичний та сучасний досвід дає можливість говорити про різні форми недобросовісної поведінки та зловживання правом, кожна з яких має свою емпіричну, історичну, та юрисдикційну генезу.

Важливою у зв'язку з цим є думка юриста Древнього Риму на ім'я Гай: «*Nullus videter dolo facere, qui jure suo utitur*» – ніхто не є порушником, доки реалізує належне йому право. З наведеного слідує, що реалізація прав може здійснюватися без врахування інтересів інших. Така думка багатьма юристами підтримується і сьогодні.

Однак, навіть у часи Древнього Риму Гай мав опонентів у цьому, адже зловживання правом слід розглядати враховуючи умисел. Якщо умислу немає, то підстав говорити про правопорушення при реалізації своїх прав немає, це слідує з загальних засад теорії відповідальності. Якщо ж умисел наявний, то реалізація права може мати місце виключно з метою заподіяння шкоди іншому (прямий умисел), тобто злий намір (*dolus malus*) або з необережності, коли заподіяння шкоди стається виключно у зв'язку досягненням основної мети. Такий поділ щодо наміру завдати шкоду при реалізації прав існує у Німецькому цивільному законнику (1896 р.) та Швейцарському цивільному законнику (1907 р.).

У зв'язку з цим варто згадати про шикану. Цей термін має походження від слова «*schikane*», що в перекладі з німецької означає «знущання», «переслідування», «каверза». В юридичній теорії та практиці шикана означає реалізацію свого права з метою заподіяння шкоди іншій особі. Відрізняють також чисту шикану, тобто коли особа не має жодного іншого власного інтересу, крім заподіяння шкоди іншому. При цьому така особа посилається на те, що вона має формальне право вчиняти дії у певний спосіб. Цікавим є досвід Німеччини, точніше законодавства Мюнхена 1489 р., який можна віднести до різновиду зловживання правом – *Neidbau*, що може бути перекладений як «скажений будинок». Це стосується випадків, коли особа зводить будинок не межі власної земельної ділянки, на що має формальне право, але при цьому переслідує єдину мету: закрити вікна сусідам, або створити для них інші суттєві незручності.

У англійському праві такі будівлі називають «*spite house*», тобто побудований без врахування інтересів інших осіб. Доречно нагадати, що англійське право використовує інший термін – «*nuisance*», що перекладається як «неприємність», тобто незручність, яку чинить одна сторона іншій, але він застосовується не тільки до будівель та нерухомості.

У цьому контексті прогресивним виглядає земельне законодавство України, яке містить цілу главу 17 «Добросусідство» та статті 103-109 ЗК України та стосується порушеної теми. Частина 1 статті 102 ЗК України містить норму, відповідно до якої власники та землекористувачі земельних ділянок повинні обирати такі способи використання земель, при яких іншим особам завдається найменше незручностей таких як затінення, задимлення, неприємні запахи, шумове забруднення тощо.

Однак, визначення терміну «зловживання правом» у законодавстві України не міститься. Натомість судова правотворчість виробила такі дефініції у постановках КГС ВС від 08.05.2018 р. по справі № 910/1873/17; та від 12.03.2019 р. по справі № 918/361/18, у кожній з них міститься однакова позиція:

«Зловживання правом – це... спотворення права. У цьому випадку особа надає своїм діям повну видимість юридичної правильності, використовуючи насправді свої права в цілях, які є протилежними тим, що переслідує позитивне право.»

Крім того, у двох постановках Верховного Суду по справі № 390/34/17 від 10.04.2019 та по справі № 496/1561/16-ц від 07.08.2019 міститься однаковий підхід:

«Поведінкою, яка суперечить добросовісності та чесній діловій практиці, є, зокрема, поведінка, що не відповідає попереднім заявам або поведінці сторони, за умови, що інша сторона, яка діє собі на шкоду, розумно покладається на них.»

З наведених судових позицій випливає, що зловживання правом порушує принцип добросовісності, а суперечлива поведінка є ознакою зловживання правом.

У зв'язку з порушеною темою не можна оминати Постанову Верховного Суду від 07 жовтня 2020 року по справі № 450/2286/16-ц, яка зазначає про те, що саме слід вважати суперечливою поведінкою:

«Поведінкою, яка суперечить добросовісності та чесній діловій практиці, є, зокрема, поведінка, що не відповідає попереднім заявам або поведінці сторони, за умови, що інша сторона, яка діє собі на шкоду, розумно покладається на них. Якщо особа, яка має право на оспорення документу (наприклад, свідоцтва про право на спадщину) чи юридичного факту (зокрема, правочину, договору, рішення органу юридичної особи), висловила безпосередньо або своєю поведінкою дала зрозуміти, що не буде реалізовувати своє право на оспорення, то така особа пов'язана своїм рішенням і не вправі його змінити згодом. Спроба особи згодом здійснити право на оспорення суперечитиме попередній поведінці такої особи і має призводити до припинення зазначеного права».

Наведена позиція закріплює таку важливу ознаку суперечливої поведінки: вона має місце, якщо інша сторона розумно покладається на них та діє собі на шкоду. Таке застереження важливе, бо відсіює будь-які інші дії чи бездіяльність, яким можна не надавати значення. З наведеної постанови також слідує, що суперечлива поведінка може призвести до втрати права.

11.3.3. Зміст доктрини заборони суперечливої поведінки. Як зазначалося вище, доктрина заборони суперечливої поведінки у цивільному законодавстві України не згадується, навіть норми-принципи про неї не зазначають. Назва доктрини *«Non concedit venire contra factum proprium»* у перекладі з латини звучить так: «ніхто не може діяти всупереч власної поведінки». Інший

варіант цього ж твердження з таким же значенням наступний: «*Nemo contra factum suum proprium venire potest*».

У іноземній літературі однією з цілей цієї доктрини проголошується захист довіри, що для нашої правової традиції звучить незвично, ми наразі не визнаємо довіру як цінність, принаймні серед загальних засад цивільного законодавства такої не згадується. Натомість, англо-американська система права, як і континентальна визнають довіру як цінність та засіб упорядкування відносин. З цього слідує, що довіру необхідно стимулювати та підтримувати доступними правовими засобами. Такими засобами у законодавстві України наразі є презумпція правомірності дій суб'єктів права, принцип справедливості та добросовісності.

Про доктрину заборони суперечливої поведінки у римському праві стало відомо більше у середньовіччі, коли була укладена систематизована колекція римських юридичних максим *Brocardia sive generalia iuris* (XII–XIII ст.) авторства Азо. Поряд з цією максимою у цій же рубриці містилися й інші, які пояснюють і доповнюють зміст основної: «*ex facto vel non facto animus est eventus*» – дія або бездіяльність демонструє намір; «*quod recte factum est, superveniente delicto vel facto non vitiatur*» – пізніша дія не скасовує попередню, що була вчинена належно; «*qui non facit quod facere debet, intellegitur facere quod non debet*» – того, хто не робить того, що робити треба (що він зобов'язаний робити), слід сприймати як такого, хто робить те, що не треба робити (що він не зобов'язаний був робити).

З наведеного твердження слідує зокрема наступне: 1) особа зобов'язана контролювати свої дії; 2) дії та бездіяльність можуть породжувати правові наслідки; 3) дії особи демонструють її справжні наміри; 4) суперечлива поведінка визнається неналежною; 5) ніхто не може відповідати за наслідки суперечливої поведінки, крім особи, яка їх вчинила; 6) враховуючи наведене вище, суперечлива поведінка є недобросовісною.

Для з'ясування змісту доктрини заборони суперечливої поведінки, варто звернутися до подібних концепцій.

Однією з таких концепцій є естопель (*Estoppel*) або «*equitable estoppel*», що інколи прирівнюють доктрини суперечливої поведінки. *Estop* з англійської означає «зупинити», «позбавляти права на заперечення». Естопель пов'язують з принципом змагальності у судовому процесі, називають справедливим процесуальним відводом та особливим засобом доказування. Термін походить з права Англії, на сьогодні використовується у англо-американській системі права в приватно-правових відносинах, а також у міжнародному публічному праві. Наприклад, такий підхід прямо закріплений у ст. 45 Віденської конвенції про право міжнародних договорів: особа у спорі не вправі використовувати доводи на таких підставах, які раніше цією ж стороною визначалися належними.

Інша концепція міститься у системі права Англії *equity*, яке використовує таку максиму: «*He Who Comes Into Equity Must Come With Clean Hands*» – «Хто шукає справедливості, має приходити до неї з чистими руками».

Цей підхід обґрунтовується тим, що справедливість має універсальний характер, відтак, в однаковій мірі поширюється на усіх учасників спору. Крім того, справедливість слід сприймати як чесність та рівність, тобто сторони, самі повинні вести себе відповідно до принципів, якими вони обґрунтовують свої вимоги. На думку прихильників такого підходу, він змушує сторони застосовувати мінімальні етичні та моральні стандарти при зверненні до суду, надає рішенням зваженості та не дозволяє маніпулювати правосуддям. Такий підхід нерідко ілюструють латинським висловом *tu quoque* («сам такий»/«сам винен»). Можливо, це відповідає українському прислів'ю «чия б корова мукала, а твоя би мовчала».

Близькі за змістом концепції існують у Німеччині – «доктрина втрати права» («*rechtsverwinkung*»); в Італії «захисту легітимних

очікувань» («*legittimo affidamento*»); у Франції – «фактична відмова» («*renunciatio implicite*»).

Разом з тим, для усіх країн світу та усіх юрисдикцій при застосуванні таких підходів характерним є презумпція добросовісності та розумна довіра до контрагента.

Доктрина заборони суперечливої поведінки у судовій практиці України була застосована у 2018 р. судом першої інстанції (Господарським судом Вінницької області) у рішенні по справі № 902/182/18, яке згодом залишено в силі апеляцією. Позивач вимагав визнати недійсними договір купівлі-продажу частки у статутному капіталі товариства, однак, до цього відмовився від реалізації свого переважного права на придбання відчужуваної частки, надав згоду на її продаж, на введення іншої особи до складу учасників, на розподіл часток і затвердження статуту у новій редакції. Відтак, суд констатував, що такі дії є недобросовісним та суперечать попередній поведінці. У позові відмовлено. А в постанові КГС ВС від 08.05.2018 р. по справі № 910/1873/17 міститься така фабула:

«Відповідач, визнаючи в актах приймання-передачі та гарантійному листі факт виконання позивачем умов Договору щодо укладення договорів страхування та підтверджуючи надходження сум страхових платежів і зазначаючи суми комісійної винагороди позивачу, гарантуючи їх виплату, у судових засіданнях зайняв протилежну позицію та став стверджувати про відсутність доказів того, що саме за участі позивача укладено низку договорів страхування.» Відповідно, такі доводи відповідача суд не став приймати до уваги.

Чи не найостаннішим на сьогодні прикладом судової практики щодо доктрини заборони суперечливої поведінки є постанова від 07 жовтня 2020 р. по справі № 450/2286/16-ц, відповідно до якої особа, яка мала право на оспорювати спадкування, в письмовій заяві та своєю поведінкою (протягом майже 14 років не оспорювала спад-

кування) показала, що не буде реалізовувати своє право. За таких обставин суд відмовив у позові.

Як бачимо, судова практика містить чимало напрацювань, які можна використовувати не тільки при правозастосуванні, але також як емпіричний матеріал для узагальнення та формування позицій на майбутнє для вирішення нових проблемних питань правозастосування.

Використання судами та Верховним Судом зокрема доктрин права позитивно характеризує судову систему України, оскільки це забезпечує цілісність права, допомагає закрити правові лакуни та знайти додаткові аргументи при вирішенні конкретних судових спорів.

Разом з тим потребу з'ясування те, які наслідки суперечливої поведінки та недобросовісної поведінки.

11.3.4. Наслідки (санкції) порушення концепції заборони суперечливої поведінки. Наслідки недобросовісної поведінки обумовлюються змістом правовідносин: санкції можуть мати процесуальний або матеріальний зміст в залежності порушеної норми.

Процесуальне законодавство передбачає, що суд, за наслідками виявленої недобросовісності та зловживання правами, може застосувати заходи процесуального примусу (ч. 1 ст. 143 ЦПК, ч. 1 ст. 131 ГПК, ч. 1 ст. 144 КАС). Серед іншого, вказується, що суд може накладати штраф на винну сторону (ст. 148 ЦПК, 135 ГПК, ч. 2 ст. 45, ст. 149 КАС), стягнути з недобросовісного заявника всі або частину судових витрат (ч. 9. ст. 141 та ч. 3 ст. 299 ЦПК, ч. 9 ст. 129 ГПК, ч. 8 ст. 139 КАС). Крім того, суд може відступити від принципу змагальності та збирати докази з власної ініціативи (ч. 4 ст. 74 ГПК), може також постановити окрему ухвалу (ч. 2 ст. 262 ЦПК, ч. 2 ст. 246 ГПК, ч. 3 ст. 249 КАС), а також перевіряти, чи прийнято оскаржуване адміністративне рішення добросовісно (ч.2 ст. 2 КАС).

Процесуальні кодекси містять положення, яке прямо не зазначають наслідки процесуальної недобросовісності, однак явно

мають це на увазі. Так, у разі ухилення учасника справи від подання експертам необхідних матеріалів, документів або від іншої участі в експертизі, якщо без цього провести експертизу неможливо, суд може визнати факт, для з'ясування якого експертиза була призначена, або відмовити у його визнанні. Про це прямо вказується у ч. 1 ст. 109 ЦПК, ч. 4 ст. 102 ГПК, ГПК, ч. 1 ст. 107 КАС. Іншими словами, особа, яка веде себе недобросовісно, може зазнати негативних наслідків (санкцій) у формі невизнання фактів та обставин, які вигідні для неї або визнання у формі, яка не вигідна такій стороні. Іншими словами, факти та обставини тлумачаться проти інтересів особи, яка проявляє недобросовісність. Це може мати місце зокрема якщо особа діє просить про призначення експертизи, а потім ухиляється від її проведення.

Згідно ч. 3 ст. 44 ЦПК, ч. 3 ст. 43 ГПК, ч. 3 ст. 45 КАС, якщо подання скарги, заяви, клопотання визнається зловживанням процесуальними правами, суд має право залишити без розгляду або повернути такий документ. Іншими словами, зловживання процесуальними правами може призвести до втрати права на судовий захист.

На противагу процесуальним, матеріально-правові санкції за зловживання правами у законодавстві не зазначаються, однак судова практика виробила їх самостійно. Так, КЦС ВС у справі № 202/12824/14-ц 23.05.2018 р. розглядав позов банку про визнання договору недійсним, але банк сам був стороною такого договору, тобто підписував його. Така обставина стала вирішальною для вирішення спору, адже вона суперечила позовним вимогам. Суд вважав такі дії зловживанням правом, спростував презумпцію добросовісності позивача. У позові було відмовлено. У іншому провадженні КГС ВС у справі № 910/19179/17 від 13.11.2018 р. зазначив наступне:

«...сторона оспорюваного правочину, дії якої вказують на її волю зберегти дійсність правочину, не може надалі оспорювати правочин з підстав, про які вона знала або повинна була знати

при виявленні цієї волі (естопель) що впливає із ... засад добросовісності, на яких ґрунтується зобов'язання».

Як бачимо, у цій справі суд відмовляє у позові, посилаючись на порушення принципу добросовісності, естопель та суперечливу поведінку.

З наведеного випливає, що матеріально-правовими наслідками (санкціями) недобросовісності, суперечливої поведінки або зловживання правами є такі: сумніви щодо обставин справи тлумачаться проти особи, яка діє суперечливо та недобросовісно; доводи особи можуть не прийматися судом; особі може бути відмовлено в праві на захист.

Разом з тим, юридичних наслідків недобросовісності чи суперечливої поведінки може не наставати, але може бути завдана шкода репутації, що може мати значення у подальшому. Прикладом цьому є гучна справа у Каліфорнії *The People of the State of California v. Orenthal James Simpson*, у якій звинувачували зірку американського футболу О. Сімпсона у вбивстві дружини. Доказів обвинувачення було достатньо, однак, захисту вдалося переконати суд, що О. Джей. Сімпсона переслідують за расовою ознакою як чорношкірого. За наслідками тривалого та виснажливого процесу О. Джей. Сімпсона виправдали.

Після цього провадження розглядалася цивільна справа у якій родичі померлої вимагали від О. Джей. Сімпсона компенсації у зв'язку з її смертю. На суді відповідач дав суперечливі покази: на питання, чи купує він кросівки дорогої спортивної марки, відповів запереченням. Однак захист надав суду фото О. Джей. Сімпсона саме у такому взутті. Присяжні присудили компенсацію родичам померлої у сумі \$33.5 млн доларів (1997 р.), вирішальним для присяжних стало те, що відповідач виглядав недобросовісним та вочевидь мав негативну ділову репутацію.

Правова традиція України суттєво відрізняється від того, що існує у США, однак застосування судами України доктрини

заборони суперечливої поведінки слід вітати, відповідно, такий міжнародний досвід є корисним для подальшого розвитку правозастосування.

У будь-якому разі, наслідки недобросовісної та суперечливої поведінки у суді в Україні теж складають певну репутацію особи, можуть бути фактичною перешкодою для влаштування на роботу, на участь у конкурсних процедурах, на укладення нових контактів тощо.

Це дає змогу зробити висновки наступного характеру. Доктрина заборони суперечливо поведінки є окремим проявом принципу добросовісності.

Дії та бездіяльність можуть породжувати правові наслідки, вони демонструють справжні наміри особи. Суперечлива поведінка є недобросовісною, неналежною.

Суперечлива поведінка може розцінюватися недобросовісною, неналежною, наслідками чому можуть бути негативні наслідки для такої особи, особливо у тому випадку, якщо контрагенти розраховували на іншу поведінку відповідно до взятих на себе зобов'язань.

Широкий міжнародний досвід застосування концепції заборони суперечливої поведінки доцільно використовувати у законотворенні та правозастосуванні України.

Суперечлива поведінка є порушенням правил добросовісності.

Добросовісність – модель поведінки особи при реалізації її прав, яка враховує інтереси інших осіб та здійснюється з повагою до ділової практики та таких цінностей як довіра, чесність, сумління, відкритість.

Зловживання правом порушує принцип добросовісності, а суперечлива поведінка є ознакою зловживання правом.

Судова практика містить чимало напрацювань, які можна використовувати не тільки при правозастосуванні, але також як емпіричний матеріал для узагальнення та формування позицій на майбутнє для вирішення нових проблемних питань правозастосування.

Правові санкції процесуальної недобросовісності та суперечливої поведінки напрацьовані законодавцем та мають високий ступінь деталізації процесуальних кодексах.

Матеріально-правовими наслідками (санкціями) недобросовісності, суперечливої поведінки або зловживання правами, зокрема у випадку, коли контрагент розраховував на належну поведінку, є такі: сумніви щодо обставин справи тлумачаться проти особи, яка діє суперечливо та недобросовісно; доводи особи можуть не прийматися судом; особі може бути відмовлено в праві на захист.

11.4. Проблема співвідношення публічного та приватного інтересу при вирішенні земельних спорів

Земельні спори складають значну частину як судової практики, так і досудових спорів, у них переплітаються інтереси власників землі, користувачів, органів державної влади та місцевого самоврядування при здійсненні їх повноважень. Особливе значення таких справ полягає у високій соціальній чутливості, її суспільній актуальності та перспектив розвитку ринку землі, який вже почав працювати. По своїй суті такі спори є практичним втіленням ідей балансу та співвідношення публічного та приватного інтересів.

Для розуміння проблеми та її значення варто почати з короткого огляду земельного законодавства та проблем його застосування, де поєднуються приватно- та публічно-правові аспекти законотворення та правозастосування.

11.4.1. Огляд земельного законодавства. Як відомо, стаття 13 Конституції України проголошує, що земля є об'єктом права власності Українського народу, від імені якого права власника

здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених Конституцією⁶⁶⁹.

Для будь-якого власника є обов'язковою вимога ст. 13 Конституції України, відповідно до якої власність зобов'язує та не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству. Стаття 14 містить положення про коло суб'єктів, які можуть набувати право власності на землю: громадяни, юридичні особи та держава. Згідно статті 13 Основного закону України усі суб'єкти права рівні перед законом.

Для суб'єктного складу у сфері земельних відносин важливі два аспекти, що стосуються публічних інтересів. По-перше, публічні інтереси здійснюються як органами держави, так і органами місцевого самоврядування. У зв'язку з цим, відповідно до ст. 19 Конституції України вони зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

По-друге, такі повноваження полягають у виконанні функцій власника та, одночасно, державно-владних функцій щодо землі. Проблема поєднання та співвідношення повноважень власника та управлінських повноважень держави та органів місцевого самоврядування була предметом уваги Конституційного Суду України, який у Рішенні № 10-рп/2010 по справі № 1-6/2010 від 01 квітня 2010 року встановив, що питання розпорядження землями територіальних громад, передачі земельних ділянок комунальної власності у власність громадян та юридичних осіб, надання земельних ділянок у користування із земель комунальної власності, вилучення земельних ділянок із земель комунальної власності треба розуміти так, що при вирішенні таких питань ці ради діють саме як суб'єкти владних повноважень.

⁶⁶⁹ Питання правосуб'єктності Українського народу щодо земельних відносин досить повно висвітлено у роботі Носіка В. В. «Право власності на землю Українського народу», монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. 544 с.

Наведене дає підстави говорити про те, що приватний власник вправі діяти як суб'єкт права відповідно до власних інтересів так як він їх розуміє, тобто на підставі принципу свободи, не порушуючи закон. Натомість, держава та органи місцевого самоврядування відносно землі діють одночасно як власник та як власне наділений публічною владою орган. При цьому на дії такого суб'єкта у частині розпорядження власністю поширюються положення ст. 19 Конституції України. Тобто, воля такого власника обмежена законом.

Однак, за останній час земельне право активно змінювалося. Серед справді знакових подій стало те, що з 01 січня 2013 р. почав діяти Закон України «Про Державний земельний кадастр» та Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», якими започатковано механізм державної реєстрації земельних ділянок та прав на них.

З 01 липня 2021 року, згідно Закону України від 31 березня 2020 року № 552-IX, скасовується мораторій на землі сільськогосподарського призначення та фактично запроваджується ринок таких земель. Це розширило застосування договорів з землею та підвищило значення практики застосування у цій сфері, водночас збільшило кількість питань, відповідь на які має дати законодавець та теорія конституційного, цивільного, земельного та інших галузей права.

Про динамічний розвиток земельного законодавства говорить прийняття ряду законів, які стосуються як приватно-правових, так і суспільних інтересів, зокрема зміни до Законів України «Про оренду землі», «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо продажу земельних ділянок та набуття права користування ними через електронні аукціони» від 18 травня 2021 р. № 1444-IX, прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких

законодавчих актів України щодо планування використання земель» 17 червня 2020 р. № 711-ІХ, 28 квітня 2021 р. Верховною Радою України прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення системи управління та дерегуляції у сфері земельних відносин», яким державні землі передаються до комунальної власності, прийнято кілька законів щодо єдності правової долі землі та нерухомості, яка на ній розміщена (Закони України № 1657-ІХ від 15.07.21 р.; № 1174-ІХ від 02.02.21 р. «Про внесення змін... щодо єдиної правової долі земельної ділянки та розміщеного на ній об'єкта нерухомості»; № 1720-ІХ від 08.09.21, набуде чинності – 01.01.22 р.) та інші. Віховим у сфері земельних відносин став Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення системи управління та дерегуляції у сфері земельних відносин» від 28 квітня 2021 року № 1423-ІХ, який передбачає передання повноважень, у тому числі у сфері контролю за дотриманням земельного законодавства на рівень місцевих рад.

Згідно законів, що названі та інших нормативних актів закладені та реалізуються подальші напрямки розвитку суспільних відносин, що відображають поєднання приватного та публічного інтересу. Таким напрямками є децентралізація, тобто передача повноважень в сфері земельних відносин від держави до органів місцевого самоврядування, запровадження електронних аукціонів тощо.

Наведені вище позиції земельного законодавства лежать в основі практичного вирішення порушеного питання та є основою для законодавчого регулювання розмежування публічних та приватних інтересів, які варто розглянути у зв'язку з порушеною темою.

Тематика розгляду земельних спорів судами достатньо насичена: щодо оренди землі; плати за землю; постійного користування землями державно власності; щодо єдності юридичної долі землі та будівлі, яка на ній розміщена (у тому числі, коли такі

землі перебувають у державній або комунальній власності); щодо оскарження дій державного реєстратора при внесення записів про права на землю тощо. Значну частину судових спорів займає також позови органів прокуратури в інтересах держави про повернення земельних ділянок у державну або комунальну власність у зв'язку з оскарженням рішення про надання такої земельної ділянки у власність чи користування та визнання недійсними договорів оренди земель державної та комунальної власності на підставі порушення законодавства щодо їх укладення. Приводом для таких позовів називаються порушення правового режиму земель водного, лісового фонду, рекреаційного чи іншого призначення тощо.

Кожен з перелічених видів судових спорів містить в собі як публічно-правовий, так і суто приватно-правовий складову. Визначення приватного інтересу міститься у законодавстві України⁶⁷⁰, однак, на нашу думку, таке визначення навряд чи може відповідати критерію правової визначеності, оскільки кожна особа воліє мати по максимуму благ для себе, при цьому не завжди може усвідомити, що для неї у конкретному випадку є благом. Однак, визначення публічного інтересу необхідне з метою забезпечення співіснування, відтак, потребує більше уваги.

11.4.2. Поняття публічного інтересу в земельних правовідносинах. Законодавство не містить визначення того, що є публічним інтересом, відтак, його зміст слід шукати серед цінностей, які

⁶⁷⁰ Стаття 1 Закону України «Про запобігання корупції» визначає, що *«приватний інтерес – будь-який майновий чи немайновий інтерес особи, у тому числі зумовлений особистими, сімейними, дружніми чи іншими позаслужбовими стосунками з фізичними чи юридичними особами, у тому числі ті, що виникають у зв'язку з членством або діяльністю в громадських, політичних, релігійних чи інших організаціях».*

З точки зору юридичної визначеності як компоненти верховенства права цінність такої дефініції доволі сумнівна, а з точки зору прав людини тут важливішою є судова практика, яка у конкретній юридичній ситуації визначатиме особливості приватного інтересу особи у правовідносинах, зокрема у співвідношеннями із інтересами інших осіб, із невизначеним колом осіб, а також із публічним інтересом [прим. ред.].

проголошені у Конституції України та у базових міжнародних актах. Так, сучасне міжнародне співтовариство у Загальній декларації прав людини у преамбулі якої, серед іншого проголошує, що визнання гідності, яка притаманна усім людям, їх рівних та невід'ємних прав є основою свободи, справедливості та всезагального миру, покращення умов життя при більшій свободі. Крім того, зазначається про повагу до прав людини та основних свобод.

Згідно статті 1, 3, 7 Загальної декларації з прав людини, люди народжуються вільними та мають право на свободу та рівність перед законом. Така свобода, згідно ст. 2 цієї ж Декларації надається кожній особі. Вочевидь, такий підхід відображає спрямованість та функції держави, яка діє від імені народу та є виразником його публічних інтересів.

Зі статті 3 Конституції України слідує, що найвищою соціальною цінністю в Україні є людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні. Статтею 1 та 8 Основного закону встановлено, що Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава, в ній визнається і діє принцип верховенства права. Стаття 41 Конституції України проголошує, кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності.

Судова практика, виявивши таку потребу, встановила, що публічний інтерес – це *«важливі для значної кількості фізичних і юридичних осіб потреби, які відповідно до законодавчо встановленої компетенції забезпечуються суб'єктами публічної адміністрації. Тобто публічний інтерес є не чим іншим, як певною сукупністю приватних інтересів»*⁶⁷¹.

⁶⁷¹ Постанова Верховного Суду від 13 лютого 2019 р., справа № 810/2763/17 (К/9901/44258/18). Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79883398>

Разом з тим, категорія «публічний інтерес» залишається предметом обговорення науковців конституційного⁶⁷², адміністративного⁶⁷³, цивільного⁶⁷⁴, фінансового⁶⁷⁵, господарського⁶⁷⁶ та інших галузей права.

Не заглиблюючись у ці змістовні дискусії, можна простежити, що усі автори визнають, що категорія «інтерес» навряд чи може мати своє чітке формалізоване визначення сама по собі чи відносно певної сфери правовідносин чи галузі законодавства. Однак, усі згодні у тому, що публічні інтереси стосуються спільних узагальнених публічних потреб суспільства, його окремих соціальних груп. Держава та територіальні громади, у певній або в значній мірі, є виразником суспільних таких інтересів.

Наведене притаманне також і для земельних відносин, де публічний інтерес може полягати у *bonum commune*, тобто у відношенні до землі як до спільного блага, надбання, спадщини

⁶⁷² Вінник, О.М. (2004). *Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах* (автореф. дис. ... д.ю.н., с. 32). Київ; Водяніков, Олександр (2020). Концепція інтересу в конституційному праві: до питання розуміння понять «суспільний інтерес» та «особливе суспільне значення» в провадженні за конституційними скаргами. *Український часопис конституційного права*, 4, 9–45; Андрушко, І.П. (2011). Категорія «публічний інтерес» у конституційному праві: поняття та зміст. *Часопис Київського університету права*, 4, 137–141.

⁶⁷³ Галунько, В.В. (2010). Публічний інтерес в адміністративному праві. *Форум права*, 4, 178–182. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10gvvvar.pdf>

⁶⁷⁴ Бабецька, І. (2017). Поняття публічного інтересу у цивільному праві України. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: юридичні науки, 865, 366–372; Венедіктова, І.В. (2014). Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві : монографія (с. 288). Київ : Юрінком Інтер ; Кубко, А.Є. Засоби реалізації публічних інтересів у цивільному праві України: деякі методологічні аспекти. URL: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2010_3/170.pdf

⁶⁷⁵ Дмитренко, Е. (2016). Особливості співвідношення публічного і приватного інтересу у фінансовому праві. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*, 2, 1, 89–95; Кузьменко, О.А. (2009). Публічний інтерес у міжбюджетних правовідносинах: характеристика та взаємозв'язок з об'єктом. *Південноукраїнський правничий часопис*, 4, 110–114.

⁶⁷⁶ Вінник, О.М. (2004). Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах (дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04, с. 631). К., КНУ імені Тараса Шевченка.

у широкому розумінні (щодо права на використання землі, охорони її родючості земель, тощо) або *res publica*, у частині забезпечення певних свобод та її обмеження щодо такої власності (щодо використання землі як майна не на шкоду іншим членам суспільства, приміром).

11.4.3. Цивільне право та інтерес у сфері земельних правовідносин. Категорія «інтерес» у сфері земельних правовідносин можна простежити через призму цивільного права, який можна розглядати як публічний та приватний. Конституційний Суд України навів міркування щодо інтересу, які вочевидь стосуються приватно-правового розуміння цього поняття: *«інтерес може бути як охоронюваним законом, правоохоронюваним, законним, так і незаконним, тобто таким, що не захищається ні законом, ні правом, не повинен задовольнятися чи забезпечуватися ними, оскільки такий інтерес спрямований на ущемлення прав і свобод інших фізичних і юридичних осіб, обмежує захищені Конституцією»*⁶⁷⁷.

Натомість, І. Бабецька стверджує, що публічні інтереси у цивільному праві – це не опосередковані нормами цивільного права відносини. Для публічних інтересів загальними є такі ознаки, як загальність, нормативність, предметність, допустимість і збалансованість, які у сукупності дають можливість визначити й закріпити у законодавстві поняття публічних інтересів. Публічні інтереси повинні відповідати потребам держави, групи та окремих осіб, реалізація яких здійснюється у нормативних, допустимих у державній діяльності, формах. У цивільному праві України публічні інтереси реалізуються також через систему обмежень і державного втручання у цивільно-правові відносини⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ Рішення КСУ № 18-рп/2004 від 1 грудня 2004 р.

⁶⁷⁸ Бабецька, І. (2017). Поняття публічного інтересу у цивільному праві України. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: юридичні науки*, 865.

Дозволимо собі інтерпретувати цей підхід таким чином: публічний інтерес у цивільному праві означає задоволення приватних інтересів через їх належне регулювання та обмеження. Такий підхід цілком відповідає сталій максимі: свобода кожного закінчується там, де починається свобода іншого. Тобто свобода усіх може обмежуватися заради реалізації свободи кожного.

Разом з тим, у цивільному праві публічний інтерес простежується й у інших відносинах: щодо власності (публічної та приватної) та щодо визнання договору недійсним на підставі порушення публічного порядку, вчинення з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства (ч. 1 ст. 203 ЦК України), що в аспекті порушеного питання варто розглянути.

11.4.3.1. Публічна та приватна власність. У західному світі пануючою є думка, що участь держави у майнових відносинах та на ринку в цілому слід мінімізувати, а там, де за історичних причин це сталося, слід проводити приватизацію та роздержавлення. Слід зважити на те, що значна частина земель України на сьогодні перебуває у державній та комунальній власності, при цьому у відносинах власності законодавець, як ми говорили вище, слідує напрямку децентралізації, яка полягає у передачі повноважень власника та державно-владних компетенцій від держави до органів місцевого самоврядування.

Однак, процес приватизації землі в Україні, хоч і триває, однак, вочевидь, ще триватиме довгий час, відтак важливим є базові засади щодо організації права власності. У зв'язку з цим, варто підтримати думку І.В. Спасібо-Фатеевої, яка пропонує якнайшвидше позбавитися від традиційного з радянських часів підходу до закріплення різних форм власності⁶⁷⁹. Про це говорять також російські юристи, наприклад С.С. Алексєєв розглядає два основні

⁶⁷⁹ Спасібо-Фатеева, І. (2009). *Форми права власності. Вісник Проблеми цивільного права*, 3(58), 154.

різновиди власності: власність як така (приватна власність) та державні власність. При цьому автор вважає, що державна власність є головним чином формою фіксації «надбання», «багатства», що у переважній мірі слугує основною для розподілу та перерозподілу коштів серед апаратних структур та населення⁶⁸⁰. Як бачимо, цей автор державну власність власністю не вважає. К.І. Скловський йде далі: він вважає, що поняття форми власності може стати загрозою основі права, якою завжди було право власності, додаючи, що, оскільки це вже сталося, то слід чітко обмежити сферу їх існування та розглядати їх як виключно як спосіб визначення приналежності до того чи іншого суб'єкту⁶⁸¹. Варто з цим поголитися, але також слід визнати, що держава та органи місцевого самоврядування в Україні стають, якщо виходити з підходів цивільного права, власниками з усіченими повноваженнями: якщо приватний власник землі вправі у будь-який законний спосіб розпоряджатися своєю власністю, то суб'єкт державної чи комунальної власності може це робити тільки відповідно до законодавчих приписів або, у кращому разі, відповідно до визначеного обсягу дискреційних повноважень. Це обмеження слугує на користь уникнення корупційних ризиків, однак, суттєво звужує економічні можливості щодо використання такої власності.

З наведеного слідує наступне: державну та комунальну власність на землю слід розглядати як суспільне надбання, яким держава в особі її органів та органи місцевого самоврядування мають розпоряджатися відповідно до своїх повноважень не свавільно, але з метою задоволення публічного інтересу. Разом з тим, зміст цього публічного інтересу має бути визначеним у конкретному випадку, хоча, при активному розвитку правовідносин цієї сфери, зробити не

⁶⁸⁰ Алексеев, С.С. (2007). *Право собственности. Проблемы теории* (2-е изд., перераб. и доп., с. 50). Москва : Норма.

⁶⁸¹ Скловский, К.И. (2008). *Собственность в гражданском праве*. (4-е изд., перераб. доп., с. 216). М. : Статут.

просто. Безсумнівним, на наш погляд, є те, що напрямком розвитку земельних відносин має стати роздержавлення, тобто усунення держави та органів місцевого самоврядування від виконання функцій власника. Таке поєднання шкодить розвитку ринкової економіки, не сприяє економічній конкуренції та породжує корупційні ризики.

11.4.3.2. Недійсність договорів. Нагадаємо, що згідно стаття 203 (1) ЦК України зміст правочину не може суперечити інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. В.І. Жеков у зв'язку з цим стверджує, що запровадження категорії «публічний порядок» пов'язане з необхідністю в приватноправових відносинах захистити публічний інтерес. Він же пропонує термін «анти-соціальний правочин» та характеризує його як протиправний, що посягає на встановлені законодавством суспільні, економічні та соціальні основи держави, державну безпеку, основні конституційні права і свободи громадян (публічний порядок України). Серед іншого, автор відносить до таких правочини вилучених з обігу або обмежених в обігу об'єктів цивільного права⁶⁸². До обмежених у цивільному обігу, з деякими застереженнями, ми можемо віднести і земельні ділянки певного правового режиму (землі водного фонду, сільськогосподарського, рекреаційного чи іншого призначення).

Попри відсутність у законодавстві⁶⁸³, судова практика виробила таке визначення: *«публічний порядок – це публічно-правові відносини, які мають імперативний характер і визначають основи*

⁶⁸² Жеков, В.І. (2006). Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України (дис. ... канд. юрид. наук). Одеса.

⁶⁸³ Спроби формалізувати визначення публічного порядку були у проекті закону України № 9300, що був зареєстрований 19.11.2018, яким публічний порядок – це *«урегульована правовими та іншими соціальними нормами система суспільних відносин, що забезпечує захист прав і свобод громадян, їх життя і здоров'я, повага до честі та людської гідності, дотримання норм суспільної моралі»*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=64953. Однак, таке визначення надто загальне, не може мати правової визначеності, його навряд чи можна формалізувати.

суспільного ладу держави... Такими є правочини, що посягають на суспільні, економічні та соціальні основи держави, зокрема правочини, спрямовані на використання всупереч закону комунальної, державної або приватної власності; правочини, спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування, розпорядження об'єктами права власності українського народу – землею як основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, її надрами, іншими природними ресурсами (стаття 14 Конституції України); правочини щодо відчуження викраденого майна; правочини, що порушують правовий режим вилучених з обігу або обмежених в обігу об'єктів цивільного права тощо. Усі інші правочини, спрямовані на порушення інших об'єктів права, передбачені іншими нормами публічного права, не вважаються такими, що порушують публічний порядок»⁶⁸⁴.

З наведеного слідує, що суд вважає, що законом надано вичерпний перелік підстав для того, що б вважати договір недійсним на підставі суперечності публічному порядку. Вочевидь, з одного боку, суд керувався принципом правової визначеності, узагальнюючи прямі вказівки у законі щодо таких обмежень, з іншого, зважав на презумпцію правомірності правочину, відповідно до якої правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним (ст. 204 ЦК України). Такий підхід є цілком виправданим.

Водночас, одною з таких підстав зазначено правочини, що спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування, розпорядження землею. Отже, ця підстава є законним обмеженням свободи договору з земельними ділянками.

Разом з тим, термін «незаконне» у конкретній ситуації не завжди знаходить свою правову визначеність з огляду на ступніть пору-

⁶⁸⁴ Постанова Верховного Суду України від 13 квітня 2016 р. № 6-1528цс15.
URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/57731753>

шення законодавства, з одного боку, з іншого – у зв'язку з можливістю різного трактування закону у конкретних обставинах.

Наведене говорить про наступне: з одного боку, права щодо розпорядження земельною власністю можуть обмежуватися або врегульовуватися виходячи з того, хто є власником такої землі (суб'єкт публічного чи приватного права). З іншого боку, повноваження приватного власника також обмежуються категорією «публічного порядку», в основі якого лежить публічний інтерес.

Разом з тим, на практиці такі обмеження потребують додаткових інструментів для трактування, якими можуть стати принципи пропорційності та легітимної мети.

11.4.4. Повноваження державних органів у сфері охорони публічного інтересу в сфері земельних правовідносин та проблеми їх застосування. Наразі залишимо поза увагою повноваження Верховної Ради, Президента України, Кабінету Міністрів України та профільного міністерства та зупинимось на проблемах правозастосування, які мають місце щодо повноважень профільного відомства, а саме Держгеокадастру та органів прокуратури, які на практиці від імені цього органу подають позови до суду щодо оскарження підстав виділення земельних ділянок та надання їх у власність та у користування та, відповідно, визнання недійсними договорів, якими оформляються договори оренди або наступні договори з такими земельними ділянками.

Нагадаємо, Держгеокадастр діє відповідно до Положення про Державну службу України з питань геодезії, картографії та кадастру, що затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 14 січня 2015 р. № 15. Відповідно до абзацу а) пп. 25-1 п. 4 цього Положення Держгеокадастр 25-1 «*організовує та здійснює державний нагляд (контроль)*» за дотриманням земельного законодавства, зокрема в процесі укладання цивільно-правових договорів органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, передачі у власність, надання у користування, в тому числі

в оренду, вилучення (викупу) земельних ділянок; дотриманням вимог земельного законодавства та встановленого порядку набуття і реалізації права на землю та за цілим рядом діяльності у сфері виконання функцій у земельній сфері.

Однак, такі позови, як зазначалося зазвичай подаються від імені органів земельних ресурсів або органів місцевого самоврядування чи обласних державних адміністрацій. У зв'язку з цим, варто звернути увагу на повноваження таких органів та здійснення функцій державного нагляду.

Питання повноважень прокурора щодо представництва інтересів держави розглядалося Конституційним судом України в Рішенні у справі про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді від 08.04.1999 р. № 3-рп/99, де зазначено, що для вирішення справи суттєвим вбачається з'ясування поняття «інтереси держави», які закріплюються як нормами Конституції України, так і нормами інших правових актів. Інтереси держави відрізняються від інтересів інших учасників суспільних відносин. Цим же рішенням зазначено, що під поняттям «орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах», потрібно розуміти орган державної влади чи орган місцевого самоврядування, якому законом надано повноваження органу виконавчої влади. Пунктом 4 цього ж Рішення визначено, що «інтереси держави» є оціночним поняттям, прокурор чи його заступник у кожному конкретному випадку самостійно визначає з посиланням на законодавство, на підставі якого подається позов, в чому саме відбулося чи може відбутися порушення матеріальних або інших інтересів держави, обґрунтовує у позовній заяві необхідність їх захисту та зазначає орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах.

На нашу думку, позиція про те, що інтереси держави є оціночним поняттям застаріла. За такого підходу вона може розумітися як та,

що свавільно визначається чиновником, а це не відповідає принципу легітимної мети, прозорості, права на судове оскарження, принципу належного урядування та принципу пропорційності. На наш погляд, таке рішення органу прокуратури має прийматися на підставі саме цих названих принципів.

Відповідно до змісту ст. 23 Закону України «Про прокуратуру», прокурор може представляти інтереси держави в суді лише в двох виключних випадках: 1) якщо захист цих інтересів не здійснює або неналежним чином здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого віднесені відповідні повноваження; 2) у разі відсутності такого органу.

Перший виключний випадок передбачає наявність органу, який може здійснювати захист інтересів держави самостійно. У нашому випадку, як ми з'ясували вище, такий орган наявний та ним є Держгеокадастр. У прокурора право на представництво виникає, якщо Держгеокадастр не здійснює захисту або здійснює неналежно. Це має проявлятися в усвідомленій пасивній поведінці, тобто у не зверненні до суду.

Натомість, «здійснення захисту неналежним чином» може мати прояв в активній поведінці (сукупності дій та рішень), спрямованій на захист інтересів держави, але яка є неналежною. «Неналежність» захисту може бути оцінена з огляду на встановлений порядок захисту інтересів держави, який, серед іншого, включає досудове з'ясування обставин порушення інтересів держави, обрання способу їх захисту та ефективного здійснення процесуальних прав позивача. У з наведених випадків прокурор повинен навести (а суд перевірити) причини, які перешкоджають захисту інтересів держави належним суб'єктом і які є підставами для звернення прокурора до суду.

На нашу думку, з огляду на принцип належного урядування, саме лише посилання в позовній заяві на те, що уповноважений орган

не здійснює або неналежним чином здійснює відповідні повноваження, для прийняття заяви для розгляду недостатньо. У такому разі прокурор повинен надати належні та допустимі докази на підтвердження власних суджень відповідно до вимог процесуального закону. Наприклад, посилання на перевищення влади чи службову недбалість при прийнятті незаконного рішення має підтверджуватися обвинувальним висновком або, щонайменше, внесенням відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань про вчинене кримінальне правопорушення), докази накладення дисциплінарних стягнень на державних службовця або інші заходи прокурорського реагування. Прикладом такого належного підходу, на нашу думку, є позиція по податковій справі, де також йшла мова про порушення публічного порядку. Судом зазначено, що при кваліфікації правочину за статтею 228 ЦК України має враховуватися вина, яка виражається в намірі порушити публічний порядок (щодо знищення, пошкодження майна чи незаконного заволодіння ним тощо) сторонами правочину або однією зі сторін й повинна бути встановлена лише вироком суду, постановленим у кримінальній справі, що відповідає частині першій статті 62 Конституції України⁶⁸⁵.

Відповідно до висновків Верховного Суду щодо участі прокурора в інтересах держави у справі викладених у справах № 47/66-08 від 30 січня 2019 р., у справі № 687/379/17 від 13 червня 2018 р., у справі № 654/174/17-ц від 25 березня 2019 р., у справі № 924/1237/17 від 20 вересня 2018 р., у справі № 924/1237/17 від 20 вересня 2018 р., у справі № 806/1000/17 від 25.04.2018, від 05 грудня 2018 року по справі № 923/129/17 прокурор не може вважатися альтернативним суб'єктом звернення до суду і замінювати належного суб'єкта владних повноважень, який може і бажає захищати інтереси держави.

⁶⁸⁵ Постанова КАС ВС № 2а-12868/12/2670 від 08 серпня 2019 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83552488>

Важливим у цьому аспекті є п. 27 Рішення ЄСПЛ у справі «Ф.В. проти Франції» (F.W. v. France) від 31.03.2005 р., (заява 61517/00, п. 27), де суд звернув увагу на участь прокурора в суді на боці однієї зі сторін як обставину, що може впливати на дотримання принципу рівності сторін. Оскільки прокурор або посадова особа з аналогічними функціями, пропонуючи задовольнити або відхилити скаргу, стає противником або союзником сторін у справі, його участь може викликати в однієї зі сторін відчуття нерівності.

У рішенні у справі «Ferreira Alves v. Portugal» (№ 25053/05, від 21.06.2007) ЄСПЛ наголосив, що участь прокурора не має значення, чи виступає прокурор як сторона у справі, оскільки він може вплинути на рішення суду, і такий вплив потенційно може бути не на користь заявника (п.38). У п. 35 цієї ж справи цього ж рішення зазначено, що сторонами цивільного провадження є позивач та відповідач, яким надаються рівні права, зокрема право на юридичну допомогу. Щоправда, у цьому ж рішенні зазначено, що підтримка, яка надається прокуратурою одній зі сторін, може бути виправдана за певних обставин, наприклад, коли відповідним правопорушенням зачіпаються інтереси великої кількості громадян або коли потрібно захистити інтереси держави.

У рішенні у справі «Корольов проти Росії, № 2» (№ 5447/03, від 01.04.2010), прокурор вступив у справу на стадії касаційного провадження, і такий вступ зводився до простої підтримки рішення суду першої інстанції, тобто повторення правових доводів відповідачів, що мало на меті вплинути на суд.

Отже, принцип процесуальної рівності, витлумаченій у наведеній практиці ЄСПЛ, а також у рішеннях по справах «Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands» від 27 жовтня 1993 р., заява № 14448/88, п. 33, та «Ankerl v. Switzerland» від 23 жовтня 1996 р., заява № 17748/91 п. 38, вимагає встановлення справедливого балансу інтересів сторін, у справі, що розглядається, дотримано не було, оскільки участь органів прокуратури у цій справі є порушенням

принципу справедливого балансу інтересів та принципу процесуальної рівності.

Наведена позиція узгоджується з усталеними правовими висновками Верховного Суду, висловленими, зокрема, в постанові об'єднаної палати Касаційного господарського суду від 07.12.2018 р. у справі № 924/1256/17, а також у постановках Верховного Суду від 23.10.2018 р. у справі № 926/03/18, від 23.09.2018 р. у справі № 924/1237/17. Верховний Суд наголошує, що обставини дотримання прокурором встановленої частинами 3, 4 статті 23 Закону України «Про прокуратуру» процедури, яка повинна передувати зверненню до суду з відповідним позовом, підлягають з'ясуванню судом незалежно від того, чи має місце факт порушення інтересів держави в конкретних правовідносинах, оскільки відповідно недотримання такої процедури унеможливорює розгляд заявленого прокурором позову по суті. Відповідний уповноважений орган держави (за його наявності), виконуючи свої функції, не позбавлений можливості самостійно звернутися до суду з метою захисту інтересів держави.

Разом з тим, такий підхід не завжди спрацьовує на практиці. Прикладом може бути постанова Верховного Суду від 01 квітня 2020 р. по справі № 372/6055/14-ц⁶⁸⁶, де суди місцевої, апеляційної та касаційної інстанції не стали на вказані вище позиції, справу було направлено на новий розгляд, що говорить про неоднаковість застосування судової практики.

З наведеного слідує, що в Україні створений та діє профільний орган в сфері земельних відносин, таким органом є Держгеокадастр, до повноважень якого віднесено здійснення контролю в сфері земельних відносин, тобто встановлення публічного інтересу у цій сфері. Від імені такого органу органи прокуратури можуть визначати публічний інтерес та подавати позови тільки у виключних

⁶⁸⁶ Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88570690>

випадках, що передбачені с. 23 Закону України «Про прокуратуру», інтереси держави мають бути обґрунтовані у таких заявах. При цьому, з огляду на принцип належного урядування, при поданні такого позову, на нашу, мають бути вчинені усі належні кроки задля пошуку винних та покаранню за незаконні дії.

11.4.5. Наслідки (санкції) за порушення публічного інтересу у сфері майнових земельних правовідносин. Наведене вище стосується підстав та порядку встановлення та захисту публічних інтересів, ставить перед нами наступне питання: які наслідки виявлення розпорядження землями державної чи комунальної власності всупереч публічних інтересів? Вочевидь, за загальним правилом, наслідки незаконного рішення, у разі належного доведення, мають бути усунуті, а земельні ділянки – повернуті у державну або колективну власність. Така санкція передбачена також у законодавстві щодо недійсності договорів у певних випадках (двостороння реституція або звернення майна в доход держави).

Разом з тим, таке вилучення має здійснюватися з дотриманням прав та інтересів набувачів. Тут можна виділити дві взаємопов'язані проблеми: застосування законодавства про добросовісного набувача, з одного боку та застосування принципу презумпції правомірності дій державних органів, легітимних очікувань та належного урядування.

Що стосується правил щодо добросовісного набувача, то мова йде ось про що. Можливості витребування майна у добросовісного набувача обмежені. Так, ч. 5 ст. 12 та ст. 388 ЦК України встановлює, що це можливе, якщо відбулося за однієї з двох обставин: майно вибуло з володіння законного власника без його відання або не з його волі. Однак, у випадках, про які йде мова, власник не просто знає про вибуття прав на такі земельні ділянки, але сам приймав рішення про це, відтак умова витребування земель від набувача не виконана.

У зв'язку з цим, доречно нагадати Рішення ЄСПЛ у справі «Кривенький проти України»⁶⁸⁷, яке стосується земельних спорів та у якій суд зазначає, що ретроспективне скасування дійсного права власності є позбавленням майна та протиправним. Водночас, щоб узгоджуватись з положеннями Конвенції, таке позбавлення має бути здійснене відповідно до закону і спрямоване на досягнення «справедливого балансу» між інтересами суспільства та інтересами заявника.

У таких відносинах має застосовуватися презумпція правомірності рішень державних органів та органів місцевого самоврядування, на яку добросовісний набувач вправі розраховувати відповідно до доктрини легітимних очікувань⁶⁸⁸. Вочевидь, витребування майна (права власності або права користування) у набувача, який отримав його від держави чи органів самоврядування порушує принцип довіри, належного урядування підриває засади правопорядку та загрожує економічному обороту. На нашу думку, таке витребування можливе тільки в виключних випадках, наприклад, у разі виявлення злочинів, за якими встановлено винуватість певних осіб у встановленому випадку. У будь-якому разі, без вчинення кроків щодо встановлення винних при прийнятті незаконних рішень та їх покарання безпідставно говорити про порушення законодавства у таких справах. Масові судові позови до набувачів таких земель не повинні ставити під сумнів довіру до державних інституцій. Крім того, вилучення майна у добросовісного набувача може відбуватися з дотриманням принципу пропор-

⁶⁸⁷ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d48#Text

⁶⁸⁸ Детальніше про це див.: Поліводський, О. (2019). «Принцип легітимних очікувань в екологічних і земельних спорах. Практика ЄСПЛ та судів України: проблеми застосування та шляхи вирішення». *Збірник матеріалів Міжнародного судового форуму «Судових захист природного довкілля та екологічних прав»*, 184–189. Київ. URL: https://www.academia.edu/41350921/Принцип_легітимних_очікувань_в_екологічних_і_земельних_спорах_Практика_ЄСПЛ_та_судів_України_проблеми_застосування_та_шляхи_вирішення

ційності, щодо якого існує достатньо напрацювань⁶⁸⁹, однак недостатнє застосування на практиці.

Висновки

1. Приватний власник вправі діяти як суб'єкт права відповідно до власних інтересів так як він їх розуміє, тобто на підставі свободи розпорядження власністю, оскільки це не порушує закон. Натомість, держава та органи місцевого самоврядування відносно землі діють одночасно як власник та як власне наділений публічною владою орган, тобто воля такого власника обмежена законом.

2. Державну та комунальну власність на землю слід розглядати як суспільне надбання, яким держава в особі її органів та органи місцевого самоврядування мають розпоряджатися відповідно до своїх повноважень не свавільно, але з метою задоволення публічного інтересу. Напрямок розвитку земельних відносин має стати роздержавлення, тобто усунення держави та органів місцевого самоврядування від виконання функцій власника.

3. Законом надано вичерпний перелік підстав для того, щоб вважати договір недійсним на підставі суперечності публічному порядку. Разом з тим, правочини, що спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування,

⁶⁸⁹ Євтушок, Ю.О. (2015). Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права (дис. ... канд. юрид. наук, с. 214). Київ ; Курбатов, А.Я. (2001). Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности (с. 212). М. : ЮрИнфоР ; Майданик, Р.А. (2016). Розвиток приватного права України : монографія (с. 226). Київ : Алерта ; Максимов, І.В. (2012). «Соразмерность» как общеправовая категория. *Вестник Саратовской государственной академии*, 2(84), 163–169 ; Погребняк, С.П. (2009). Основоположні принципи права (дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01, с. 433). Харків, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого ; Ярошенко, І. (2017). Принцип пропорційності у цивільному процесуальному праві: забезпечення балансу публічного і приватного інтересів. *Право України*, 8, 21–25 ; Emiliou, N. (1996). The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study. London: Kluwer Law International ; Tridimas, T. (1996). The Principle of Proportionality in Community Law: From the Rule of Law to Market Integration. *The Irish Jurist*, 31.

розпорядження землею є недійсними, на такі дії свобода договору не поширюється.

4. З одного боку, права щодо розпорядження земельною власністю можуть обмежуватися або врегульовуватися виходячи з того, хто є власником такої землі (суб'єкт публічного чи приватного права). З іншого боку, повноваження приватного власника також обмежуються категорією «публічного порядку», в основі якого лежить публічний інтерес.

5. Позицію про те, що інтереси держави є оціночним поняттям, варто визнати застарілою. Встановлення державного інтересу має здійснюватися на підставі принципу легітимної мети, прозорості, права на судове оскарження, принципу належного урядування та принципу пропорційності.

6. За такого підходу вона може розумітися як та, що свавільно визначається чиновником, а це не відповідає принципу легітимної мети, прозорості, права на судове оскарження та принципу належного урядування та принципу пропорційності. На наш погляд, таке

7. З огляду на принцип належного урядування, саме лише посилення в позовній заяві прокурора на те, що уповноважений орган не здійснює або неналежним чином здійснює відповідні повноваження, для прийняття заяви для розгляду недостатньо. У такому разі прокурор повинен надати належні та допустимі докази на підтвердження власних суджень відповідно до вимог процесуального закону. Наприклад, посилення на перевищення влади чи службову недбалість при прийнятті незаконного рішення має підтверджуватися обвинувальним висновком або, щонайменше, внесенням відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань про вчинене кримінальне правопорушення), докази накладення дисциплінарних стягнень на державних службовця або інші заходи прокурорського реагування

8. У земельних спорах за участі органів прокуратури має забезпечуватися змагальність та процесуальна рівність сторін.

9. Правочини, що спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування, розпорядження землею є недійсними, ця підстава є законним обмеженням свободи договору з земельними ділянками.

10. При вирішенні земельних спорів щодо публічного інтересу, слід керуватися принципом пропорційності та застосовувати його на практиці.

Розділ 12

Інновації у підприємницькій діяльності

Вступ

12.1. Свобода підприємницької діяльності та свобода наукових досліджень

12.2. Підходи до розуміння правових категорій «інноваційна діяльність» та «інноваційний процес»

12.3. «Господарська діяльність», «підприємницька діяльність», «комерційна діяльність» і «підприємництво»: співвідношення понять та їх сутність

12.4. «Інноваційний продукт» та «інноваційна продукція» як результати інноваційної діяльності

12.5. Комерціалізація результатів наукових досліджень та розробок і трансфер технологій як процеси інноваційної діяльності

12.6. Договірні відносини у сфері трансферу технологій

12.7. Окремі аспекти правового статусу учасників інноваційного процесу та суб'єктів трансферу технологій

Висновки

Вступ

У цій частині роботи буде розкрито проблематику інновацій у підприємницькій діяльності в аспекті свободи академічної свободи та гарантій свободи наукових досліджень.

12.1. Свобода підприємницької діяльності та свобода наукових досліджень

Економічні права не менш важливі за інші, адже вони є засобом і можливістю нашого повноцінного функціонування і життя загалом. Конституція України говорить про свободу підприємницької діяльності, а законодавство більш детально конкретизує це положення у Цивільному та Господарському кодексах України, де свобода підприємницької діяльності визначена як базовий принцип.

Право підприємницької діяльності – це насамперед свобода розпорядження своїми здібностями до праці, коли у кожного є свобода вибору роду діяльності або професії, свобода від несумлінної конкуренції та захист від монопольної діяльності, а також у свободі вчиняти все, що не заборонено законом⁶⁹⁰.

Як бачимо, підприємець у своїй діяльності забезпечений багатства диспозитивними можливостями. Хоча за своєю природою право на підприємницьку діяльність є невідчужуваним, а також гарантує кожному рівні можливості для його реалізації, водночас неприпустимо ототожнювати «свободу» із «вседозволеністю». Гарантуючи свободу підприємництва, держава шляхом правового регулювання визначає межі допустимої свободи, тобто окреслює своєрідний «коридор варіантної поведінки» для підприємця⁶⁹¹.

Але *свобода підприємницької діяльності* не є безмежною. З одного боку – це система можливостей, що надаються суб'єкту, що дозволяє повною мірою реалізувати підприємницький потенціал, а з іншого – держава, що встановлює певні межі її здійснення

⁶⁹⁰ Колодійчук, Н.Р. (2017, 4 жовт.). Поняття обмеження права на підприємницьку діяльність. Новації та виклики юридичної освіти : збірник матеріалів Міжнар. наук. студ. конф. Тернопіль : ТНЕУ.

⁶⁹¹ Харківська, К.В. (2015). Правові гарантії свободи підприємницької діяльності: актуалізація проблеми. *Економічна теорія та право*, 1, 229.

з метою забезпечення дотримання прав і законних інтересів інших учасників суспільних відносин⁶⁹². Баумол В. виходив із того, що підприємництво відіграє у житті суспільства значну роль. Однак в одних випадках воно розвивається у тих сферах діяльності, де приносить користь, а в інших – там, де завдає шкоди економіці, паразитуючи на ній⁶⁹³. На наше переконання, довготривалою перспективою рівня успішності підприємства в майбутньому є його інноваційна діяльність як ключовий фактор зростання його інноваційного потенціалу.

Однак система державного регулювання економіки повинна відповідати потребам національних інтересів, сучасним тенденціям розвитку національного господарства, спиратися на науково обґрунтовану Стратегію інноваційного розвитку та механізм її реалізації. В Україні механізми формування і взаємодії інноваційної інфраструктури не мають чітко визначеної парадигми інноваційно орієнтованої системи національного господарства. Тому важливою проблемою, яку слід вирішити якнайшвидше, є розуміння суспільством, що організаційні структури (бізнес-центри, технопарки, технополіси, венчурні фонди тощо), які можуть ініціювати інноваційний розвиток, поки що слабкі та неспроможні нести повну відповідальність за науково-технологічний та інноваційний процеси.

Отже, важливою складовою інноваційного розвитку повинна стати державна система науково-практичних основ визначення та підтримки реалізації пріоритетів від фундаментальних розробок до участі у виробництві наукоємної продукції. З огляду на те, що головними завданнями Стратегії інноваційного розвитку України

⁶⁹² Басай О.В. (2014). Свобода підприємництва як правовий принцип. *Людина, суспільство, держава: правовий вимір в сучасному світі*: збірник матеріалів Міжнар. наук. конф. (с. 547–549). URL: <http://conference.nau.edu.ua/index.php/TL/PRAVVYIMIR/paper/view/1597/978>

⁶⁹³ Baumol, W.J. (1990). Entrepreneurship: Productive, Unproductive and Destructive. *Journal of Political Economy*, 98, 5, Pt. 1, 893–920.

є забезпечення збалансованої взаємодії наукового, технічного, виробничого і підприємницького потенціалів, розробка і впровадження механізму активізації інноваційних процесів, поширення інновацій в усіх сферах національної економіки. Національна стратегія орієнтована на формування інноваційної моделі розвитку, що повинна поєднувати заходи національного і регіонального рівнів, які сприятимуть поліпшенню якісних характеристик вітчизняного науково-технологічного потенціалу.

Держава має стати безпосереднім провідником інноваційного розвитку, замовником та організатором досліджень і розробок у найсучасніших напрямках науково-технічного прогресу. Зокрема, необхідно підвищувати рівень комерціалізації результатів наукових досліджень, зменшувати інноваційні ризики високо-технологічних підприємств і венчурного капіталу за допомогою спеціальних фондів, ввести у практику державне замовлення на впровадження у виробництво пріоритетних інновацій⁶⁹⁴.

Підвищення рівня конкурентоспроможності регіонів і рівня інноваційної та інвестиційної спроможності регіонів стане фактором прискорення процесів трансферу знань від науки до виробництва, тому вимагає використання ефективних інноваційних підходів⁶⁹⁵.

Дійсно, рівень *розвитку науки і техніки* є визначальним чинником прогресу суспільства. Цим зумовлена потреба пріоритетної державної підтримки розвитку науки як джерела економічного зростання і невід'ємної складової національної культури та освіти, створення умов для реалізації інтелектуального потенціалу громадян у сфері наукової та науково-технічної діяльності, забезпечення використання досягнень вітчизняної та світової науки

⁶⁹⁴ Бабич, Д.В. (2013). Дослідження науково-практичних основ формування стратегії інноваційного розвитку держави. *Проблеми і перспективи розвитку підприємства*, 1, 84–90. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/piprp_2013_1_17

⁶⁹⁵ Подрез-Ряполова, І.В. (2020). Використання інноваційного підходу смарт-спеціалізації щодо забезпечення регіонального розвитку в Україні. *Право та інновації*, 1(29), 35–39. URL: <http://pti.org.ua/index.php/ndipzir/article/view/605>

і техніки для задоволення соціальних, економічних, культурних та інших потреб.

Закон «Про наукову і науково-технічну діяльність» у ст. 1 оперує поняттям *наукова діяльність* – інтелектуальна творча діяльність, спрямована на одержання нових знань та (або) пошук шляхів їх застосування, основними видами якої є фундаментальні та прикладні наукові дослідження.

Зокрема, *результатом фундаментальних наукових досліджень* є гіпотези, теорії, нові методи пізнання, відкриття законів природи, невідомих раніше явищ і властивостей матерії, виявлення закономірностей розвитку суспільства тощо, які не орієнтовані на безпосереднє практичне використання у сфері економіки, а *результатом прикладних наукових досліджень* є нові знання, призначені для створення нових або вдосконалення існуючих матеріалів, продуктів, пристроїв, методів, систем, технологій, конкретні пропозиції щодо виконання актуальних науково-технічних і суспільних завдань.

При цьому *науково-технічна діяльність* – це наукова діяльність, основними видами якої є прикладні наукові дослідження та науково-технічні (експериментальні) розробки.

Науково-технічний (прикладний) результат може бути у формі ескізного проєкту, експериментального (дослідного) зразка або його діючої моделі, конструкторської або технологічної документації на науково-технічну продукцію, дослідного зразка, проєкту нормативно-правового акта, нормативного документа або науково-методичних документів тощо. *Результатом науково-технічних (експериментальних) розробок* є нові або істотно вдосконалені матеріали, продукти, процеси, пристрої, технології, системи, об'єкти права інтелектуальної власності, нові або істотно вдосконалені послуги.

Перетворення науково-технічних розробок на інноваційний продукт, придатний для виробництва, і подальша реалізація в промислових масштабах є найважчим етапом у інноваційному

процесі, оскільки вимагає від підприємця постійний пошук нових підходів, пов'язаних із науково-технічною діяльністю та персональною відповідальністю за наслідки своєї діяльності.

Передумовою такого перетворення є, безумовно, наявність *свободи наукових досліджень* і ймовірна *відповідальність за ризики такої діяльності*.

Свобода є передусім особистим вибором і пов'язана із суб'єктивним (внутрішнім) світом особистостей⁶⁹⁶. Це той показник, який виникає на межі перетину внутрішнього світу людини і зовнішнього світу⁶⁹⁷. Пізнаючи та перетворюючи світ засобами науки, індивідуальної та суспільної практики, людина намагається з'ясувати свою власну природу, розкрити таємниці свого внутрішнього світу.

Звідси виникає запитання: чи співвідноситься *свобода наукових досліджень* зі *свободою людини*? Саме врахування розуміння свободи людини як «внутрішньої свободи» не дозволяє вважати цілком переконливою думку, що новітні технологічні практики розширюють ступені свободи людини, а породжує сумніви щодо цього. Йдеться про те, що свобода обов'язково передбачає вибір. Тоді як технологічні практики можуть відібрати його ще до народження. Виходить, що свобода наукового дослідження і створення нових технологій є одним із факторів нав'язування людині певних способів буття.

Можна сказати, що у сфері наукової діяльності свобода досліджувати є безумовною абсолютною цінністю. Однак протилежний бік свободи науки – її відповідальність. Вона можлива, якщо дослідник здатний мислити масштабно, сприймати науку як фундаментальний цивілізаційний важіль і передбачати прогрес наукових

⁶⁹⁶ Табачковський, В.Г. (2005). Полісутнісне homo: філософсько-мистецька думка в пошуках «неевклідової рефлексивності»: монографія. К.: ПАРАПАН.

⁶⁹⁷ Бевзенко, Л.Д. (2009). Постнекласические практики свободы – социокультурные контуры осуществления. *Практична філософія*, 1, 58.

досліджень та суспільства. Виходячи з цього, виявляються регулятиви, у вимірах яких окреслюється необхідність співвідношення свободи наукового дослідження із соціокультурними цінностями, що гарантують людське життя. Отже, наука породжує як відчуття суспільної тривоги, так і надії на вирішення головних проблем людського життя⁶⁹⁸.

Вчений у своїй діяльності природним чином несе відповідальність, якщо можна так висловитися, загальнолюдського характеру. Він відповідальний за повноцінність виробленого ним наукового «продукту»: від нього очікується бездоганна вимогливість до достовірності матеріалу, коректність у використанні роботи інших науковців, суворість аналізу і міцна обґрунтованість зроблених висновків.

Більшою стає відповідальність вченого, коли постає питання про результати наукового дослідження, яке пов'язано придатні для виробництва. Однією з особливостей сучасної науки є її все більше зближення з виробництвом. Зменшується відстань від моменту наукового відкриття до його практичного втілення, тому відповідальність вченого збільшується. З'являється необхідність того наукового ризику, без якого неможливим є втілення лабораторних результатів і наукових висновків у виробництво в широкому масштабі. Таким чином, питання про практичне застосування наукових відкриттів містить у собі проблему ризику, тобто усвідомлення вченим необхідності тієї сміливості, яка є однією з конкретних форм прояву відповідальності.

Форми прояву наукового ризику різноманітні, але завжди питання про нього тісно пов'язане із проблемою моральної відповідальності вченого. В усвідомленні вченим можливості або необхідності певного наукового ризику проявляється суперечливий

⁶⁹⁸ Сидоренко, Л.І. (2015). Сучасна наука в контекстах свободи та відповідальності. Софія. *Гуманітарно-релігієзнавчий вісник*, 5. URL: <http://www.philsci.univ.kiev.ua/biblio/sid-nauka.htm>

характер свободи наукової творчості, з одного боку, та відповідальності – з іншого⁶⁹⁹.

Зупинити науковий пошук і технологічний рух неможливо, оскільки когнітивна творчість – спосіб самореалізації особистості, спільноти.

Дослідницький вихід за межі систем «наука» і «техносфера», оцінювання їх у соціальному, цивілізаційному та культурному контекстах включає моральні принципи як необхідні суспільні важелі визначення дозволів або обмежень, навіть заборон наукових досліджень і використання технологій. Відповідно, слід зважати на ризикованість втілення проєктів, на можливість небезпечних для людства наслідків. Отже, такий вибір, безумовно, тягне за собою моральну відповідальність. Тому можливість свободи наукових досліджень і технологічних практик обмежена моральним вибором⁷⁰⁰.

Отже, існують дві протилежні точки зору щодо *свободи наукових досліджень*. Перша – свобода нічим не обмежена, але в такому разі існує загроза, що така свобода стане свавіллям, і друга – свобода обмежена, оскільки втілення проєктів, зокрема інноваційних, хоча і створює умови для успішності підприємця, але є ризикованим і повинна гарантуватися безпека людського життя, бути наявною відповідна відповідальність вченого.

⁶⁹⁹ Важинський, С.Е., Шербак, Т.І. (2016). *Методика та організація наукових досліджень* : навч. посіб. Суми : Сум ДПУ імені А.С.Макаренка.

⁷⁰⁰ Сидоренко, Л.І. (2015). Сучасна наука в контекстах свободи та відповідальності Софія. *Гуманітарно-релігієзнавчий вісник*, 5. URL: <http://www.philsci.univ.kiev.ua/biblio/sid-nauka.htm>

12.2. Підходи до розуміння правових категорій «інноваційна діяльність» та «інноваційний процес»

Інноваційну діяльність часто прирівнюють до наукової або науково-дослідної діяльності, що обумовлює необхідність наукового аналізу цієї проблематики.

За ст. 1 Закону «Про інноваційну діяльність» *інновації* – це новостворені (застосовані) та (або) вдосконалені конкурентоздатні технології, продукція або послуги, а також організаційно-технічні рішення виробничого, адміністративного, комерційного чи іншого характеру, що істотно поліпшують структуру та якість виробництва і (або) соціальної сфери. Безумовно, інновації, які впроваджують суб'єкти, існують у процесі здійснення ними інноваційної діяльності.

Низка вчених визначають *інноваційну діяльність* як вид діяльності, пов'язаний із трансформацією ідей у технологічно нові або вдосконалені продукти чи послуги, впроваджені на ринку, в нові вдосконалені технологічні процеси або способи проведення (передання) послуг, використані у практичній діяльності. Інноваційна діяльність припускає цілий комплекс наукових, технологічних, організаційних, фінансових і комерційних заходів, і саме у своїй сукупності вони приводять до інновацій⁷⁰¹. Тобто *інноваційну діяльність* можна розглядати як комплекс наукових, технічних, організаційних, фінансових, комерційних заходів, які у своїй сукупності сприяють здійсненню (впровадженню) інновації⁷⁰². Подібну точку зору спостерігаємо й у вчених М. П. Денисенко та Я. В. Риженко,

⁷⁰¹ Гордієнко, С.Г. (2014). Інноваційна діяльність: проблеми, сутність, змістовні складові та напрями удосконалення. *Часопис Академії адвокатури України*, 7/2, 15–32.

⁷⁰² Полозова, Т.В. (2015). Інноваційна діяльність підприємства та економічна сутність інноваційного процесу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Економіка і менеджмент*, 12, 108–113. URL: https://openarchive.nure.ua/bitstream/document/7240/1/%d0%9f%d0%be%d0%bb%d0%be%d0%b7%d0%be%d0%b2%d0%b0%20%d0%a2%d0%92_2015_%d1%81.108-112.pdf

що тлумачать інноваційну діяльність як діяльність, пов'язану з перетворенням наукових досліджень і розробок, а також винаходів та відкриттів на новий продукт або новий технологічний процес, що впроваджуються у виробничий процес⁷⁰³.

Побутує думка, що *інноваційна діяльність* – це процес, спрямований на розробку інновацій, реалізацію результатів завершених наукових досліджень або певних науково-технічних досягнень, їх втілення у новий чи вдосконалений продукт, що реалізується на ринку, у новий або вдосконалений технологічний процес, що використовується у практичній діяльності, а також пов'язані з цим процесом наукові розробки та дослідження⁷⁰⁴; це також діяльність суб'єкта господарювання, спрямована на використання результатів науково-техніко-технологічних досліджень і розробок учасниками інноваційного процесу для виготовлення та реалізації конкурентоспроможних виробів (робіт, послуг), технологій, методів організації управління, гнучкого механізму координації та регулювання тощо⁷⁰⁵.

Фактично під інноваційною діяльністю розуміють процес, пов'язаний із трансформацією (перетворенням) ідей, наукових досліджень і розробок (результат всебічного вивчення), а також винаходів та відкриттів у новий продукт, нові вдосконалені технологічні процеси або способи проведення (передання) послуг, використані у практичній діяльності, чи діяльність, яка спрямована на розробку інновацій, використання (застосування із користю) результатів науково-техніко-технологічних досліджень і розробок учасниками інноваційного процесу для виготовлення (створення) та реалізації (втілення у життя) конкурентоспроможних виробів (робіт, послуг),

⁷⁰³ Денисенко, М.П. (2007). Стратегічна місія інноваційної діяльності та шляхи її активізації в Україні. *Проблеми науки*, 6, 10–16.

⁷⁰⁴ Поліщук, О.О. (2010). Сутність поняття «інноваційна діяльність» як соціально-економічної категорії. *Економічний вісник Донбасу*, 3(21), 169–171.

⁷⁰⁵ Коюда, О.П. (2019). *Інноваційна діяльність: від оцінки привабливості до інвестиційного забезпечення* : монографія. Харків : ХНЕУ.

технологій, методів організації управління, гнучкого механізму координації та регулювання тощо.

Оскільки у науковій літературі зустрічаємо змішування понять «інноваційна діяльність» та «інноваційний процес», варто сформулювати їх поняття.

Розкриття економічної сутності *інноваційного процесу* трактується як створення, освоєння, використання і дифузія інновацій (нових удосконалених)⁷⁰⁶ за відповідними етапами, що дозволяє задовольнити або створити нові суспільні потреби⁷⁰⁷.

Інноваційний процес становить собою комплекс дій, необхідних для підготовки і практичного використання нових технічних, організаційних, економічних, соціальних та інших рішень⁷⁰⁸.

Тобто *інноваційну діяльність* можна охарактеризувати як діяльність щодо забезпечення здійснення всього інноваційного процесу⁷⁰⁹ або як діяльність, яка супроводжується інноваційним процесом, а *інноваційний процес* є певним чином побудованою системою, всередині якої виконується інноваційна діяльність, а результатом інноваційного процесу повинна бути інновація для практичного використання і поширення⁷¹⁰. У цьому випадку йдеться про процес послідовного перетворення ідеї на конкретний інноваційний продукт, інноваційну продукцію, технологію тощо.

⁷⁰⁶ У широкому сенсі дифузія інновацій є поширенням (процесом) різних інновацій як результатів діяльності від місць їх першої появи та/або суб'єктів-інноваторів (власників).

⁷⁰⁷ Коюда, П.М. (2013). Ефективність економічної діяльності підприємств: теорія та практика», монографія. Х. : Компанія СМІТ.

⁷⁰⁸ Краус, Н.М. (2013). Інноваційний процес як основа формування механізму інноваційної інфраструктури: інституціональний аспект. *Науковий вісник Полтавського університету економіки і торгівлі. Серія «Економічні науки»*, 4, 15–20.

⁷⁰⁹ Кузнецова, А.Я. (2009). Удосконалення банківського і небанківського фінансування інноваційної діяльності в Україні : монографія. К. : УБС НБУ.

⁷¹⁰ Полозова, Т.В. (2015). Інноваційна діяльність підприємства та економічна сутність інноваційного процесу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Економіка і менеджмент*, 12, 108–113. URL: https://openarchive.nure.ua/bitstream/document/7240/1/%d0%9f%d0%be%d0%bb%d0%be%d0%b7%d0%be%d0%b2%d0%b0%20%d0%a2%d0%92_2015_%d1%81.108-112.pdf

Якщо розглядати *інноваційні процеси* як постійний і безперервний потік перетворення конкретних технічних або технологічних ідей на основі наукових розробок на нові технології або окремі їх складові частини і доведення їх до освоєння безпосередньо у виробництві з метою здобуття якісно нової продукції⁷¹¹, то такий підхід до категорії «інноваційний процес» вказує на його розповсюдження на рівні підприємства⁷¹², який відбувається у виробничій і невиробничій системах.

Загалом виокремлюють 2 основні моделі *інноваційного процесу*: 1) модель дифузії інновації (нововведення) на макrorівні в межах всієї економіки та 2) модель поширення інновацій на окремому підприємстві⁷¹³.

Відповідно, *інноваційна діяльність підприємства* – це діяльність, спрямована на розробку, використання та комерціалізацію науково-техніко-технологічних результатів інноваційного процесу (інновацій) для виробництва продукції, розширення номенклатури (асортименту), впровадження новітньої технології (організація управління чи удосконалення тощо) та реалізації конкурентоспроможного товару (робіт, услуг) із метою отримання економічної ефективності⁷¹⁴.

Сьогодні потребує систематичного впровадження інновацій, і саме тому підприємства обирають інноваційний тип розвитку.

У науковій літературі під інноваційним типом розвитку, як правило, розуміють «спосіб економічного зростання, заснований

⁷¹¹ Олійник, Ю.А. (2014). Теоретичні засади визначення сутності інноваційних процесів в Україні. *Бізнес Інформ*, 12, 182–187.

⁷¹² Полозова, Т.В. (2015). Інноваційна діяльність підприємства та економічна сутність інноваційного процесу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Економіка і менеджмент*, 12, 108–113. URL: https://openarchive.nure.ua/bitstream/document/7240/1/%d0%9f%d0%be%d0%bb%d0%be%d0%b7%d0%be%d0%b2%d0%b0%20%d0%a2%d0%92_2015_%d1%81.108-112.pdf

⁷¹³ Смірнова, К.В. (2015). *Управління інноваціями* : конспект лекцій. Одеса, Одеський державний екологічний університет.

⁷¹⁴ Коюда, П.М. (2013). *Ефективність економічної діяльності підприємств: теорія та практика* : монографія. Х. : Компанія СМІТ.

на постійних і систематичних нововведеннях, спрямованих на суттєве поліпшення всіх аспектів діяльності господарської системи, на періодичному перегрупованні сил, обумовленому логікою НТП, цілями і завданнями розвитку системи, можливістю використання певних ресурсних факторів у створенні інноваційних товарів і формуванні конкурентних переваг»⁷¹⁵, а «інноваційною вважають таку модель розвитку, яка безпосередньо ґрунтується на отриманні нових наукових результатів та їх технологічному впровадженні у виробництво, забезпечуючи приріст ВВП головним чином за рахунок виробництва і реалізації наукоємної продукції та послуг»⁷¹⁶.

Інноваційний тип розвитку підприємства залежить від інноваційного потенціалу підприємства, джерелом якого є інновації, що створюють якісно нові можливості для подальшої діяльності підприємства на ринку шляхом реалізації уміння знаходити нові рішення, ідеї та в результаті винаходи. Ключовими передумовами для інноваційного розвитку сучасних підприємств є висока інтенсивність нецінової конкуренції на ринку та наявність на підприємстві потужного інноваційного потенціалу або можливостей (фінансових, інтелектуальних) для ефективного трансферу технологій та/або аутсорсингу функцій менеджменту інновацій⁷¹⁷.

Отже, реалізація *інноваційного потенціалу підприємства* має існувати у співвідношенні між результатами впровадження інновацій та можливостями інноваційної діяльності підприємства.

⁷¹⁵ Захарченко, В.І. (2012). *Інноваційний менеджмент: теорія і практика в умовах трансформації економіки* : навч. посіб. К. : Центр навчальної літератури.

⁷¹⁶ Федулова, Л.І. (ред.) (2005). *Інноваційний розвиток економіки: модель, система управління, державна політика* : монографія. К. : Основа.

⁷¹⁷ Найдюк, В.С. (2013). Сутність та передумови інноваційного розвитку підприємств. *Маркетинг і менеджмент інновацій*, 3, 251–263. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Mimi_2013_3_24

12.3. «Господарська діяльність», «підприємницька діяльність», «комерційна діяльність» і «підприємництво»: співвідношення понять та їх сутність

Оскільки у законодавстві та науковій літературі доволі часто поняття «господарська діяльність», «підприємницька діяльність», «комерційна діяльність» і «підприємництво» ототожнюють або розрізняють, для їх розуміння та співвідношення здійснимо правовий аналіз цих категорій.

Під *господарською діяльністю* у ГК розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ст. 3 ГК).

Учасниками відносин у сфері господарювання є суб'єкти господарювання, споживачі, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, громадські та інші організації, які є засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності (ст. 2 ГК).

Суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством.

Суб'єктами господарювання є:

господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до ЦК України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які

здійснюють господарську діяльність і зареєстровані в установленому законом порядку;

громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність і зареєстровані відповідно до закону як підприємці (ст. 55 ГК).

За ст. 55 ГК юридичними особами – суб'єктами господарювання можуть бути підприємства.

Зауважимо, що всі *юридичні особи* поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права (ч. 2 ст. 81 ЦК України). Діяльність перших регулюється ЦК України, другі виключені зі сфери його регулювання. ГК виходить із того, що підприємство є суб'єктом права, називаючи його суб'єктом господарювання (статті 62, 55). Спостерігається очевидна відмінність регулювання діяльності юридичних осіб за ГК від регулювання за ЦК: по-перше, головним родовим поняттям за ГК України є суб'єкт господарювання, а за ЦК – юридична особа; по-друге, підприємство (присвячена глава 7 ГК, у ЦК підприємство як єдиний майновий комплекс зустрічається у ст. 191).

Юридичними особами відповідно до ст. 80 ЦК є організації, створені та зареєстровані в установленому порядку. Тобто для того, щоб певне утворення було юридичною особою, необхідно, щоб воно: а) створювалося в порядку, передбаченому законодавством; б) було зареєстроване в порядку, передбаченому законодавством. У ГК не визначені чіткі критерії класифікації юридичних осіб, а зазначені: здійснення підприємницької та некомерційної діяльності (ч. 2 ст. 62) – це позначення дається без прив'язки до розподілу підприємств на види; форми власності за ч. 1 ст. 63 ГК⁷¹⁸.

⁷¹⁸ Спасибо-Фатєєва, І.В. (ред) (2009). Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) (Т. 3): *Юридична особа*. Харків : Страйд.

Господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів і з метою отримання прибутку, є підприємництвом, а суб'єкти підприємництва – підприємцями. Господарська діяльність може здійснюватися і без мети отримання прибутку (некомерційна господарська діяльність) (ч. 2 ст. 3 ГК).

Якщо господарська діяльність може здійснюватися і без мети отримання прибутку (некомерційна господарська діяльність), то господарська діяльність за ознакою отримання прибутку поділяється на *комерційну та некомерційну*, а господарська комерційна діяльність може ототожнюватися з підприємництвом.

На сьогодні у законодавстві та наукових дослідженнях зазвичай спостерігається ототожнення *підприємницької та господарської діяльності* суб'єкта господарювання комерційного типу. Зважаючи на це, досить поширеним є застосування поняття «підприємницька діяльність», яка у такому контексті здійснюється в різних сферах і в різноманітних організаційно-правових формах. Тому суб'єктом підприємницької діяльності сьогодні в Україні вважається і фізична особа – підприємець, і приватне мале підприємство, і велике підприємство, і концерн тощо. Фактичне ототожнення підприємницької діяльності з господарською діяльністю комерційного виду, яке має місце і в законодавстві, і в низці наукових поглядів, призвело до ототожнення понять «підприємницька діяльність» та «бізнес». Поширення таке ототожнення набуло у побутовому застосуванні, хоча зустрічається і в деяких наукових публікаціях (наприклад, поширеним є словосполучення «підприємства малого та середнього бізнесу»)⁷¹⁹. Поняття «підприємницька діяльність» і «бізнес» не є тотожними, оскільки бізнес (від англ. *business*) – це справа, відповідно, бізнесмен (*businessman*) – ділова людина,

⁷¹⁹ Козаченко, Г.В., Арзуманян, А.С. (2019). Підприємництво та підприємницька діяльність: зміст категорій. *Вісник Житомирського державного технологічного університету. Серія: економіка, управління та адміністрування*, 2(88), 28–35. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vzhdtu_econ_2019_2_7

людина справи, людина, що створює; підприємництво (від англ. – *entrepreneurship* або найбільш уживаний варіант – *enterprise*) – заповзятливість, сміливість, ініціатива⁷²⁰. Смолин Г. В. зазначає, що підприємництво здійснюється у формі господарської діяльності та є її різновидом. Відповідно, ці поняття за змістом співвідносяться як часткове з цілим і є нерівнозначними. Тому підприємництво слід розглядати як підгалузь господарської діяльності, на яку поширюються загальні вимоги щодо регулювання, але з урахуванням її комерційного характеру⁷²¹.

Погоджуємося із точкою зору В. М. Махінчука, який вважає, що *підприємництво* доцільно визначати як самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик господарську діяльність, що здійснюється з метою отримання прибутку. Підприємницька діяльність (підприємництво) є одним із видів господарської діяльності, який характеризується такою ознакою, як наявність мети – отримання прибутку. Іншу частину обсягу поняття «господарська діяльність» відповідно до чинного господарського законодавства становить некомерційна господарська діяльність, яка не має на меті отримання прибутку. Таким чином, існує потреба в узгодженні понятійного апарату ГК України та внесенні одноманітності в позначення двох основних видів господарської діяльності шляхом використання термінів «підприємницький» і «непідприємницький» або ж «комерційний» і «некомерційний»⁷²².

Як бачимо, *інноваційність* як характерна риса не міститься у цьому тлумаченні категорії «підприємницька діяльність».

Доцільно окреслити цінність ідеї щодо інноваційного характеру підприємництва Й. Шумпетера. На думку вченого, підприємці

⁷²⁰ Яремчук, І.Л. (2014). Проблеми теорії і практики підприємництва в Україні. *Економічний аналіз*, 15/3, 256.

⁷²¹ Смолин, Г.В. (2011). *Господарське право України. Загальна частина* : навч. посібн. Львів : ЗУКЦ.

⁷²² Махінчук, В.М. (2012). Розмежування понять господарської та підприємницької діяльності за законодавством України. *Університетські наукові записки*, 3, 97–103.

можуть здійснювати нові комбінації та бути активними суб'єктами підприємництва. *Підприємець* – це особливий тип схильних до інноваційної діяльності людей, які завжди становлять меншість. І він не обов'язково має право власності, однак його непостійна, принципово інноваційна і в силу цього творча діяльність відрізняє його від менеджера, що виконує переважно «запрограмовану» роботу. Принципова необхідність особливої підприємницької функції полягає у здійсненні організаційно-господарської інновації, або, дослівно, «нових комбінацій факторів виробництва»⁷²³.

У цілому ж, виходячи з технологічних компонентів економічного зростання, Й. Шумпетер в якості «нововведення» (інновації) виділяв кілька цілей:

«Виготовлення нового, тобто ще невідомого споживачам блага або створення нової якості того чи іншого блага. Впровадження нового, тобто цієї галузі промисловості ще практично невідомого, методу (способу) виробництва, в основі якого не обов'язково лежить нове наукове відкриття і який може полягати також у новому способі комерційного використання відповідного товару»⁷²⁴.

Дотепер у науковій літературі підтримується думка Й. Шумпетера, де у визначенні змісту категорії «*підприємництво*» вирішальна роль належить новаторській функції, завдяки якій по-новому поєднуються і використовуються ресурси.

Отже, у теорії підприємництва зміст категорії «підприємництво» тлумачиться по-різному, але поєднує наявні визначення її змісту визнання інноваційного характеру підприємництва. Тому, виходячи з цього визнання, підприємництво слід розглядати як економічну категорію, зміст якої відображає економічні відносини суспільства та економічних агентів, пов'язані з пошуком,

⁷²³ Шумпетер, Й. (1982). Теория экономического развития. М. : Прогресс.

⁷²⁴ Антипина, Е.В. (2014). Инновационная концепция предпринимательства Й. Шумпетера: теоретические аспекты. *Вестник Российского экономического университета им. Г. В. Плеханова*, 10, 35.

створенням і комерціалізацією інновацій, які є потужною рушійною силою розвитку економічної системи країни. Акцентування уваги у визначенні змісту категорії «підприємництво» на пошуку та комерціалізації інновацій має стати передумовою її операціоналізації у визначенні змісту поняття «підприємницька діяльність».

Доцільним видається виділення з підприємницької діяльності у наявному її тлумаченні тієї частини, якій дійсно притаманна інноваційність (пошук та комерціалізація інновацій) і позначення такої діяльності як венчурної. *Венчурна діяльність* (venture business) – це сфера підприємницької діяльності, пов'язана з реалізацією інновацій у вигляді ризикових проєктів, що виникла на підставі поєднання фінансового та інноваційного підприємництва⁷²⁵.

У світовій практиці *венчурне підприємництво* передбачає розробку та впровадження нових технологій у виробництво і сферу послуг. При цьому венчурна модель ведення підприємницької діяльності зумовлює не лише первинне формування капіталу, але і його подальше використання для розвитку тієї чи іншої форми економічної співпраці.

Вивчення та аналіз означеної проблематики передбачає з'ясування і використання певної термінології, що пов'язано із вживанням категорій «інноваційний» і «венчурний». Іноді ці поняття ототожнюють, іноді – вважають різноплановими. Ці категорії не є синонімічними, оскільки вони: 1) співвідносяться як загальне і спеціальне, де інноваційна діяльність – перше, а венчурна – друге; 2) мають різну економічну природу (фінансова – в інноваційної, інтелектуальна – у венчурної діяльності); 3) мають різну мету (інноваційна – прибуток і соціальний ефект; венчурна –

⁷²⁵ Козаченко, Г.В., Арзуманян, А.С. (2019). Підприємництво та підприємницька діяльність: зміст категорій. *Вісник Житомирського державного технологічного університету. Серія: економіка, управління та адміністрування*, 2(88), 28–35. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vzhdtu_econ_2019_2_7

прибуток від участі як венчурного інвестора у статутному капіталі венчурної компанії (соціальний ефект може бути другорядним)).

Жорнокуй Ю. М. наполягає, що аналіз венчурної діяльності за кордоном, дозволяє говорити про цільову однорідність спрямування венчурного та інноваційного підприємництва, що полягає в отриманні прибутку шляхом промислової реалізації передових технологій, незважаючи на те, що методи і засоби досягнення цієї мети різні. При цьому джерела інвестування венчурного підприємства диверсифікуються в різних країнах від практично чисто приватних (через спеціально створені структури) до поєднання приватних і державних інвестиційних ресурсів⁷²⁶.

В Україні для визначення поняття «інноваційне підприємство» слід виходити із ст. 48 ГК, у якій зазначено, що з метою створення сприятливих організаційних та економічних умов для розвитку підприємництва органи влади на умовах і в порядку, передбачених законом стимулюють модернізацію технології, інноваційну діяльність, освоєння підприємцями нових видів продукції та послуг.

Отже, якщо суб'єкти господарювання можуть здійснювати інноваційну діяльність, то, відповідно, господарська діяльність, що здійснюється в умовах інноваційної діяльності, – це інноваційне підприємство.

12.4. «Інноваційний продукт» та «інноваційна продукція» як результати інноваційної діяльності

Незважаючи на активне обговорення серед науковців питань, які стосуються інноваційного розвитку, не набули чіткого

⁷²⁶ Жорнокуй, Ю.М. (2020, 21–22 травня). «Інноваційна діяльність» та «венчурне підприємство»: співвідношення понять та їх сутність. *Реформування правової системи в контексті євроінтеграційних процесів*: збірник матеріалів IV Міжнар. науково-практ. конф.(ч. 1, 233–237). Суми : СумДУ, 2020.

розмежування такі основні поняття, як інноваційний продукт та інноваційна продукція, які можуть бути результатами інноваційної діяльності.

Інноваційна продукція – нові конкурентоздатні товари чи послуги, що відповідають вимогам, установленим у ст. 1 Закону «Про інноваційну діяльність».

Дефініції інноваційного продукту та інноваційної продукції як фінальних результатів інноваційної діяльності також визначені у ст. 1 Закону «Про інноваційну діяльність», згідно з якою результатом науково-дослідного інноваційного проекту є *інноваційний продукт* – результат науково-дослідної та (або) дослідно-конструкторської розробки, що відповідає вимогам, установленим цим Законом, а відповідно, результатом підприємницького інноваційного проекту є інноваційна продукція – нові конкурентоздатні товари чи послуги, що відповідають вимогам, установленим цим Законом.

Як бачимо з наведених понять, *інновації* становлять собою технології, продукцію або послуги, а також організаційно-технічні рішення як щось завершене чи кінцевий результат.

Інноваційний продукт фактично є проміжним об'єктом між новим рішенням, ідеєю та результатом від її впровадження – власне інновацією. Інноваційний продукт створюється та існує на стадії дослідно-конструкторських робіт, оскільки виникає в результаті проведення комплексу науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт для з'ясування, створення умов і надання необхідної форми для втілення ідеї, доведення розробки до впровадження.

За законодавчим підходом, *об'єктом інноваційного продукту* можуть бути лише технологія або продукція. Ані послуги, ані організаційно-технічні рішення не включені до складу зазначеного поняття. Крім того, такий *продукт* має відповідати низці вимог (умов), а саме повинен: а) бути результатом науково-дослідної та (або) дослідно-конструкторської розробки; б) супроводжуватися

виготовленням експериментального зразка чи дослідної партії; в) мати в якості визначального елемента певний об'єкт права інтелектуальної власності (винахід, корисна модель, промисловий зразок, топографія інтегральної мікросхеми, селекційне досягнення, відкриття тощо); г) бути результатом упровадження, реалізації об'єкта права інтелектуальної власності; ґ) мати на застосований об'єкт права інтелектуальної власності державний охоронний документ установленого зразка або ліцензію від його праволодільца; д) вироблятися у країні вперше або, якщо не вперше, порівняно з іншими аналогічним продуктом, представленим на ринку, бути конкурентоспроможним і мати суттєво вищі техніко-економічні показники⁷²⁷.

За ст. 14 Закону України «Про інноваційну діяльність» *інноваційний продукт* є реалізацією (впровадженням) об'єкта інтелектуальної власності (винаходу, корисної моделі, промислового зразка, топографії інтегральної мікросхеми, селекційного досягнення тощо), на які виробник продукту має державні охоронні документи (патенти, свідоцтва) чи отримані від власників цих об'єктів інтелектуальної власності ліцензії, або реалізацією (впровадженням) відкриттів. При цьому використаний об'єкт інтелектуальної власності має бути визначальним для цього продукту.

Отже, у цій статті визначається умова про наявність об'єкта права інтелектуальної власності у складі інноваційного продукту.

Об'єкти інноваційної діяльності систематизовані у ст. 4 Закону України «Про інноваційну діяльність» у вигляді: інноваційних програм, інноваційних проєктів, нових знань, інтелектуальних продуктів, виробничого обладнання і процесів, інфраструктури виробництва та підприємництва, організаційно-технічних рішень, сировинних ресурсів, засобів їх видобування і переробки; товарної продукції та

⁷²⁷ Атаманова, Ю.Є. (2013). Об'єкти інноваційної діяльності: загальна характеристика, види, ознаки. *Правове регулювання інноваційних відносин* : кол. монографія. Харків : Юрайт, Розд. 2.

механізму формування споживчого ринку і збуту товарної продукції. Зазначимо, що об'єкти інноваційної діяльності поєднує те, що кожний об'єкт має ознаку «інноваційності» або «новизни».

Як було зазначено вище, *об'єктами інновації* можуть бути вдосконалені конкурентоздатні технології, продукція або послуги, які не мають «новизни», а також організаційно-технічні рішення виробничого, адміністративного, комерційного чи іншого характеру, що істотно поліпшують структуру та якість виробництва та (або) соціальної сфери, які не можуть бути об'єктом інноваційного продукту.

Технологія як об'єкт інновації є однією з найбільш застосовуваних на практиці.

За ст. 1 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» *технологія* – це результат інтелектуальної діяльності, сукупності систематизованих наукових знань, технічних, організаційних та інших рішень про перелік, строк, порядок і послідовність виконання операцій, процесу виробництва та/або реалізації і зберігання продукції, надання послуг.

Технологія – це синтезований об'єкт права інтелектуальної власності, в основу якого покладено систему її окремих базових елементів, що за рахунок спроможності функціонально втілюватись у виробничий процес набуває якостей інноваційного продукту, особливого роду нематеріального активу, об'єкта господарського обороту і дозволяє визначити її як об'єкт господарсько-правового регулювання⁷²⁸.

Отже, технологія пов'язана з її *матеріальним вираженням* – обладнанням, устаткуванням, приладами та механізмами, в яких вона знаходить свій прояв. Відповідно, обладнання та матеріали стають допоміжним елементом у переданні (передачі) високотехнологічних продуктів і послуг.

⁷²⁸ Давидюк, О.М. (2009). *Технологія як об'єкт господарсько-правового регулювання* (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04). Харків.

Досліджуючи правові аспекти співвідношення *технології та інноваційного продукту*, можна дійти висновку, що, по-перше, відповідно до чинного законодавства технологія може бути реалізована як інноваційний продукт. По-друге, технологія належить до самостійного об'єкта правового регулювання, який може бути як використаний самим розробником (творцем) технології, так і наданий іншим суб'єктам господарювання, в тому числі суб'єктам інноваційної діяльності, на умовах використання чи повного передавання (передача) прав на неї.

Водночас технологію можна визначити як один з інноваційних об'єктів поряд з інноваційним продуктом. І хоча технологія має багато спільних ознак з інноваційним продуктом (наявність у своєму складі об'єктів права інтелектуальної власності, результатів робіт, складність форми), але будь-яка технологія може існувати сама по собі, тобто поза інноваційним процесом.

З моменту подальшої розробки технологія з метою практичного втілення може бути перетворена на інноваційний продукт і набути додаткових ознак, які наводяться щодо нього у ст. 14 Закону «Про інноваційну діяльність».

Інакше кажучи, та чи інша технологія може через вжиття заходів щодо практичного впровадження, з дотриманням умов, зазначених у цьому Законі щодо провадження інноваційної діяльності в Україні, може набути додаткових характеристик і перетворитися на інший самостійний об'єкт господарських правовідносин – інноваційний продукт, завдяки схожості внутрішньої природи інноваційного продукту і технології.

При цьому початком створення такого інноваційного об'єкта, як інноваційний продукт, вважатиметься момент прийняття рішення про впровадження технології або науково-технічної продукції у виробництво конкретного інноваційного продукту. Крім того, початковим кроком з упровадження технології повинна стати розробка інноваційного проекту – комплекту документів,

що визначає процедуру і комплекс усіх необхідних заходів щодо створення та реалізації інноваційного продукту і (або) інноваційної продукції, розробка та державна реєстрація якого є обов'язковою умовою отримання спеціального режиму інноваційної діяльності. Інноваційний проект визначатиме процедуру, заходи зі створення майбутнього інноваційного продукту, міститиме аналітичну інформацію з технічних, технологічних, організаційних параметрів упровадження нової технології, науково-технічної продукції. Крім того, під час виконання цього проекту будуть проводитися фінансові, правові, патентно-пошукові, маркетингові роботи, наводитися техніко-економічні обґрунтування та розрахунки можливих ризиків, вирішуватиметься питання розподілу прав інтелектуальної власності на майбутній інноваційний продукт.

Окрім стадії проектування та планування, випуску інноваційного продукту передують стадія проведення науково-дослідних і (або) дослідно-конструкторських робіт, а також інших видів робіт. Цей етап є свого роду підготовкою до інженерних робіт, конструювання, випробування макетів, експериментальних і дослідних зразків в умовах, що імітують реальні умови експлуатації та застосування продукції.

Після успішного виконання попередніх стадій відбувається налагодження експериментального виробництва та виготовлення дослідних партій продукції, підготовка технічної документації, специфікацій, інструкцій, стандартизація та сертифікація дослідних партій (зразків) на відповідність їх вимогам безпеки, охорони здоров'я населення чи природи.

Таким чином, після проходження цих етапів *технологія* набуває додаткових характеристик і *перетворюється на інноваційний продукт*⁷²⁹.

⁷²⁹ Адамюк, Д.І. (2015). Поняття технології: встановлення змісту та співвідношення з іншими суміжними поняттями. *Право та інноваційне суспільство*, 1, 34–41. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/pric_2015_1_6

12.5. Комерціалізація результатів наукових досліджень та розробок і трансфер технологій як процеси інноваційної діяльності

Як було зазначено вище, завершальним етапом інноваційної діяльності як процесу є реалізація конкурентоспроможних виробів (робіт, послуг), технологій, пов'язана з комерціалізацією результатів наукових досліджень і розробок як активною реалізацією у промислових масштабах із метою підвищення прибутку підприємства.

І це підтверджує поняття *інноваційної діяльності*, надане у ст. 1 Закону України «Про інноваційну діяльність»: діяльність, яка спрямована на використання і комерціалізацію результатів наукових досліджень та розробок і зумовлює випуск на ринок нових конкурентоздатних товарів і послуг.

Терміни «комерціалізація результатів науково-технічну діяльність», «комерціалізація науково-технічних розробок», «комерціалізація НДДКР», тобто *комерціалізація результатів будь-якої фази інноваційного процесу*, все частіше використовується фахівцями в інноваційній та науково-освітніх сферах. Сенс цих термінів може розглядатися в діапазоні від теоретичних досліджень до практичного досвіду фахівців. Разом з тим фокус дефініції «комерціалізація» є взаємним переплетенням двох термінів, а саме: реалізації та комерції, тобто реалізації на комерційній основі. Загальне трактування визначає комерціалізацію як реалізацію на комерційній основі створеного продукту в різних видах і формах із метою отримання прибутку⁷³⁰.

У господарській діяльності *комерціалізація інтелектуальної власності* в Україні залишається ще на низькому рівні, що пов'язано

⁷³⁰ Владыка, М.В. (2009). Коммерциализация результатов научно-технической деятельности вузов: цели, формы, проблемы. *Университетское управление: практика и анализ*, 5, 54–63.

з недооцінюванням інтелектуальної власності в інноваційній діяльності як головного важеля оновлення виробництва, технологій, отримання нової за своїми якостями продукції тощо. Це зумовлено тим, що розробники погано розуміють доміанти ринку, потреби споживача, у них немає досвіду технологічного підприємництва.

У сучасному економічному просторі «*комерціалізацію*» визначають як процес, пов'язаний із практичним використанням результатів наукових досліджень і розробок із метою введення на ринок нових або поліпшених товарів, послуг чи процесів з отриманням комерційного ефекту. Вона, як правило, починається там, де наукові дослідження вже в основному завершені та є певний продукт або послуга, які мають властивості й переваги, що є цінними для комерційних споживачів.

Комерціалізація може набувати трьох основних форм: запуск нового бізнес-проекту для комерційного використання технології; продаж ліцензії на використання технології наявного бізнесу; експлуатація технології через надання послуг, включаючи технічне консультування, аналітичні та експертні послуги, а також дослідження за контрактами.

Припускаємо, що можна виокремлювати комерціалізацію інновацій. Це діяльність із продажу або сприяння продажу інноваційних товарів та послуг⁷³¹.

При цьому *суб'єктами комерціалізації інновацій* є: великі компанії, у тому числі транснаціональні компанії (ТНК), зацікавлені в інноваціях для вдосконалення своєї діяльності або виходу на ринок із новим товаром; великі та середні компанії, що орієнтуються на ринок своєї країни; венчурні компанії та фонди; приватні інвестори; спеціалізовані банки⁷³².

⁷³¹ Дорофеева, В.В. (2010). Проблема коммерциализации инновационных разработок предприятий Сибирского региона. *Известия ИГЭА*, 5(73), 57.

⁷³² Бутко, М.П. (2015). Комерціалізація результатів науково-технічної діяльності в умовах поглиблення інтеграційних процесів. *Проблеми і перспективи економіки та управління*, 1, 7–20.

Отже, *комерціалізація інноваційних продуктів* – скоординоване виконання всіх процесів, які необхідні для реалізації інноваційних продуктів від стадії розвитку до впровадження як результату науково-дослідної та (або) дослідно-конструкторської розробки, а *комерціалізація інноваційної продукції* – механізм створення ринкових товарів із результатів інтелектуальної сфери діяльності⁷³³.

Зауважимо, що якщо «комерціалізацію» розглядати як процес, пов'язаний із практичним використанням результатів наукових досліджень і розробок, то виокремлюють комерціалізацію: технологій; інновацій; процесу створення результатів інноваційної діяльності; результатів інноваційної діяльності.

Комерціалізацію можна розглядати як процес, пов'язаний із практичним використанням результатів наукових досліджень і розробок, які можуть бути використані з метою отримання прибутку. Так, на думку В. Г. Зінова, найбільш ефективним способом просування результатів НДДКР (науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи) у практику є взаємовигідна комерційна взаємодія всіх учасників перетворення наукового результату на ринковий товар. У ньому всі учасники інноваційного процесу – вчені та розробники, виробники, інвестори – економічно зацікавлені, тобто мають високу мотивацію у швидкому досягненні комерційного успіху від використання інновацій. Такий спосіб отримав назву «комерціалізація результатів наукових досліджень і розробок»⁷³⁴.

Фірсова С. А. та Леора С. Н. вводять у поняття «комерціалізація» словосполучення «механізми реалізації інноваційного циклу», тобто виробничо-господарські зв'язки як організаційні форми і методи до-ведення результатів наукового дослідження до

⁷³³ Косцик, Р.С. (2012). Комерціалізація інноваційної продукції: сутність, значення та принципи здійснення. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*, 727, 320–328.

⁷³⁴ Зинов, В.Г. (2000). *Интеллектуальные ресурсы. Интеллектуальная собственность. Интеллектуальный капитал* : монография. М. : АНХ.

продуктивного використання. Комерціалізація результатів наукових досліджень означає залучення їх в господарський оборот⁷³⁵ в якості нового або вдосконаленого продукту, послуги, технології виробництва, способу виконання робіт⁷³⁶.

Створення нового знання відбувається у процесі проведення досліджень та розробок і може бути представлено у вигляді трьох етапів. Перший етап – створення нового знання (фундаментальні дослідження, прикладні дослідження); другий етап – пошук джерел фінансування; третій етап – укладання договорів на виконання досліджень і надання послуг. Важливо зазначити, що перший етап (створення нового знання) є основним, що створює цінність, другий – керуючим, а третій – допоміжним.

Однак здійснення наведених етапів з точки зору комерціалізації має сенс тільки за наявності факту укладення договору, зокрема, договору на створення науково-технічної продукції.

При цьому комерціалізація результатів дослідного процесу може здійснюватися у різних формах:

- наукові дослідження і розробки, що виконуються на замовлення, в тому числі держави або міжнародних організацій;
- консалтинг – діяльність щодо вдосконалення технології та організації виробництва, експертиза за договорами з організаціями;
- трансфер – процес передання (продажу, обміну) належним чином структурованих знань, які мають достатньою повнотою знань, який має на меті організацію виробництва конкурентоспроможної продукції, яка відповідає ринковим потребам;
- навчальна і видавнича діяльність⁷³⁷.

⁷³⁵ Детальніше про господарський оборот Див.: Безух, О.В. (2016). Господарський (комерційний) та цивільний обороти: сутність та відмінності в умовах ринкової економіки. *Приватне право і підприємництво*, 16, 35–41. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pp16_16_4

⁷³⁶ Фирсова, С.А., Леора, С.Н. (2008). Коммерциализация результатов исследований и разработок: алгоритмы и решения. *Вестн. ИИЖЕКОНа. Сер. Экономика*, 2(21), 207.

⁷³⁷ Філіппова, С.В. (2012). Документальне забезпечення поетапного аналізу процесу комерціалізації науково-дослідної діяльності ВНЗ : монографія. Донецьк : Вид-во «Ноулідж».

Найбільш перспективною формою комерціалізації результатів наукових досліджень і розробок є доведення отриманих наукових результатів до досвідченого або серійного виробництва. *Трансфер результатів*, отриманих на дослідницькій стадії, безумовно, можливий, але недостатньо переконливий для споживачів та інвесторів. Для полегшення сприйняття споживачем можливостей нової техніки або технології вона повинна бути доведена до створення хоча б одиничного зразка, який наочно демонструє споживчі та експлуатаційні властивості нового продукту⁷³⁸.

Порівнюючи такі правові категорії, як трансфер технологій та комерціалізація, зазначаємо, що *трансфер технологій є процесом*, що передбачає передання (передачу) технології шляхом оформлення договору трансферу технологій і передання та освоєння інформації про інновацію за умови участі автора винаходу (корисної моделі, промислового зразка), реалізатора інформації та кінцевого споживача продукції, виготовленої за допомогою нової технології, а *комерціалізація* – це процес перетворення результатів науково-технічної та інноваційної діяльності на товар із їх подальшою реалізацією, що пов'язаний із практичним використанням результатів наукових досліджень і розробок⁷³⁹. При цьому трансфер технологій і комерціалізація технологій – це різні процеси, які можуть як існувати окремо один від одного, так і бути пов'язані один з одним, якщо в результаті трансферу технологій з'являється можливість для комерціалізації⁷⁴⁰.

⁷³⁸ Владыка, М.В. (2009). Коммерциализация результатов научно-технической деятельности вузов: цели, формы, проблемы. *Университетское управление: практика и анализ*, 5, 54–63.

⁷³⁹ Розгон, О.В. (2020, 23 січня). Трансфер технологій та комерціалізація технологій як частини інноваційного процесу. *Стратегічні пріоритети розвитку економіки, обліку, фінансів та права в Україні та світі*: збірник матеріалів Міжнар. наук. інтернет-конф. (м. Полтава), 53–54.

⁷⁴⁰ Розгон, О.В. (2019). Предмет договору про передачу ноу-хау як виду договору у сфері трансферу технологій. *Право та інновації*, 2, 29–34. URL: <https://openarchive.nure.ua/bitstream/document/14197/1/doc4.pdf>

Процес *трансферу технологій* є ширшим і більш загальним, ніж процес комерціалізації, оскільки здійснює передання об'єкта до споживача і за наявності комерційної складової, і без неї. Комерційна складова при трансфері технологій часто відсутня тоді, коли впроваджуються соціальні та екологічні новації. Трансфер завершує процес комерціалізації результатом – *фактом купівлі-продажу*⁷⁴¹. Отже, доцільно сприймати трансфер технологій і комерціалізацію технологій як *різні процеси інноваційної діяльності*.

Оскільки передумовами розвитку господарських договірних відносин у сфері інноваційної діяльності є посилення економічних процесів, збереження конкурентоспроможності підприємств, регулятором яких є договір, то запорукою урегулювання правовідносин, за яким передаються майнові права на технологію або її складові, є *договір про трансфер технологій*⁷⁴².

Отже, правові відносини, які виникають у процесі трансферу технологій, оформлюються *шляхом укладання двосторонніх або багатосторонніх договорів*.

12.6. Договірні відносини у сфері трансферу технологій

Заслуговує на особливу увагу правовий аналіз договірних відносин у сфері трансферу технологій.

⁷⁴¹ Плахотнік, О.О. (укл). (2017). Трансфер технологій : конспект лекцій з дисципліни для здобувачів вищої освіти другого (магістерського) рівня усіх спеціальностей. Кам'янське : ДДТУ.

⁷⁴² Розгон, О.В. (2020, 21–22 лютого). Правова природа обмежень прав, які передаються за договором про трансфер технологій. *25 років становлення Сумської філії Харківського національного університету внутрішніх справ: славетна історія та горизонти майбутнього*: збірник матеріалів Міжнар. науково-практич. конф. (м. Суми) (с. 57).

У ч. 1 ст. 20 Закону «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» зазначено, що під час передання (трансферу) технологій укладаються договори, визначені ЦК України щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

У ч. 1 ст. 1107 ЦК закріплено невичерпний перелік видів договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності:

- ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- ліцензійний договір;
- договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності;
- інший договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Відповідно до ст. 1107 ЦК *формами розпорядження майновими правами є*: надання ліцензії (дозволу) на використання об'єкта; передання (відчуження) виключних майнових прав інтелектуальної власності.

До першої форми розпорядження виключними правами належать надання ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності та ліцензійний договір. Друга форма виражається в укладенні договору про передання (відчуження) виключних майнових прав інтелектуальної власності⁷⁴³.

Амангельди А. А. пропонує з метою побудови системи договорів у сфері інтелектуальної власності використати загальноприйнятий критерій цільової спрямованості, оскільки він найбільш повно відображає як сутність самих договорів, так і їх зміст.

⁷⁴³ Булеца, С.Б., Чепис, О.І. (ред) (2019). *Право інтелектуальної власності* : підручник. Ужгород : РІК-У.

Система договорів у сфері інтелектуальної власності виглядає таким чином: 1) договори про створення об'єктів інтелектуальної власності (договори авторського замовлення, договори про створення службових творів, договори щодо НДДКР ((науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи)); 2) договори про надання прав на об'єкти інтелектуальної власності (ліцензійні, франчайзинг, з передання авторських прав); 3) забезпечувальні договори (застава виключних прав); 4) договори про надання послуг щодо виключних прав (договір довірчого управління виключними правами); 5) договори про відчуження виключних прав (договір уступки виключних прав)⁷⁴⁴.

Зауважимо, що складовими технологій є не лише об'єкти права інтелектуальної власності, але й наукові та науково-прикладні результати і ноу-хау (п. 10 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»). Таким чином, є некоректним визначення видів договорів про трансфер технологій лише через види договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Тому науковець пропонує таку класифікацію договорів у сфері трансферу технологій, в основі якої лежить критерій спрямованості на реалізацію майнових прав на технологію.

Системною ознакою класифікації договорів у сфері трансферу технологій є технологія. Специфічність правової природи технології наділяє поіменовані договори специфічними ознаками, які їм не властиві у разі використання іншого майна та водночас об'єднує різні за своєю правовою природою договори і дозволяє виокремити їх «у групу».

У цій групі договорів трансферу технологій розподіл здійснюється за напрямом дій щодо технології:

- створення технології;
- відчуження самої технології (прав на неї);

⁷⁴⁴ Амангельды, А.А. (2010). *Договори в сфері інтелектуальної власності по законодавству Республики Казахстан* : монографія. Алматы : ИЦ ОФ Интерлигал.

- відчуження (у т. ч. оренда, лізинг) майна, в якому об'єктивована технологія;
- супроводжувальні договори: надання послуг щодо використання технології та/або майна, в якому технологія об'єктивована; навчання робітників; надання консультацій тощо.

В окрему групу можна виокремити договори, в яких технологія є *другорядною ознакою* (договори надання послуг, консультативної допомоги (навчання персоналу), договір застави майнових прав на технологію, засновницький договір і статут, договір створення спільного підприємства тощо)⁷⁴⁵.

Отже, усі договори, які *опосередковують відносини у сфері трансферу технологій*, можна поділити на дві самостійні групи: 1) договори, які безпосередньо опосередковують відносини у сфері трансферу технологій (реалізацію майнових прав на технологію): договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, ліцензійний договір, договір комерційної концесії (франчайзингу), договір про передання ноу-хау; 2) договори, які побічно опосередковують відносини у сфері трансферу технологій (реалізацію майнових прав на технологію): договір щодо внесення майнових прав інтелектуальної власності на технологію як вкладів до статутного (складеного) капіталу господарських товариств, договір щодо передання (купівлі-продажу) єдиного майнового комплексу (якщо технологія вже втілена в основні фонди підприємства), договір оренди або лізингу складових технологій, договір застави (майнових прав на технологію), договір про надання послуг (консультування тощо), договір про спільну діяльність (договір простого товариства)⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ Загіршева, Н.В. (2018). *Господарський договір у сфері трансферу технологій* (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04). Київ.

⁷⁴⁶ Падучак, Б.М. (2011). Щодо питання класифікації договорів у сфері трансферу технологій». *Часопис Київського університету права*, 2, 189–191. URL: <https://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2014/03/Paduchak.pdf>

Зауважимо, що договори, які спрямовані на реалізацію майнових прав на технологію, можуть бути врегульовані тільки гл. 75 ЦК України. При цьому припускаємо, що низку правовідносин, що виникають у процесі трансферу технологій, який є тривалим і має декілька стадій, етапів, слід належним чином оформити, зокрема, шляхом укладання договорів.

Проаналізуємо договори, які *опосередковують відносини у сфері трансферу технологій*.

До *першої групи договорів трансферу технологій* відносимо договори за якими відбувається передання: виключних майнових прав інтелектуальної власності (договір про передання виключних майнових прав); у користування майнових прав інтелектуальної власності (ліцензійний договір); майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності (договір франчайзингу); прав на ноу-хау (договір ноу-хау). До цієї групи договорів трансферу технологій належать ті договори, які прямо пов'язані з процесом трансферу технологій, де безпосереднім предметом є науково-прикладні результати, об'єкти права інтелектуальної власності, ноу-хау.

Договір про *передання виключних майнових прав інтелектуальної власності* отримав своє нормативне закріплення у ст. 1113 ЦК України.

За ним одна сторона (особа, що має виключні майнові права) передає другій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах.

Таким чином, ці договори також поділяються на два підвиди:

1) договори про передання *частини* майнових прав інтелектуальної власності та 2) договори про передання *всіх* майнових прав інтелектуальної власності.

На відміну від ліцензійного договору, *договір про передання прав інтелектуальної власності* спрямований на повне відступлення *майнових прав* на твір, винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку чи інший об'єкт інтелектуальної влас-

ності, тому зміст договору про передання прав інтелектуальної власності передбачає *безповоротне відчуження прав на об'єкт охорони*.

Передання прав інтелектуальної власності *шляхом їх відступлення не обов'язково повинне охоплювати всю сукупність правомочностей*, які їх складають. На відміну від інших видів правоволодіння, за моделлю власності, де тенденція до спрощення системи передання прав виражається у скороченні кількості правомочностей, які підлягають відчуженню, у праві інтелектуальної власності це питання вирішується більш ліберально. Так, допускається роздільне передання прав інтелектуальної власності залежно від території, строку відчуження і способу їх здійснення⁷⁴⁷.

Предметом договору про *передання виключних майнових прав інтелектуальної власності є виключні майнові права на об'єкт права інтелектуальної власності*. Такі права означають монополію суб'єкта права інтелектуальної власності на використання об'єкта цього права⁷⁴⁸.

За цим договором передбачається *відчуження виключних майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності від однієї сторони іншій, тобто остання набуває права власності на них, тому стає законним правоволодільцем*. Чинне законодавство не містить будь-яких обмежень щодо відчуження виключних майнових прав *іноземному суб'єкту* господарювання, крім тієї вимоги, що передбачає державну реєстрацію акта передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, які відповідно до ЦК України або інших законів є чинними після їх державної реєстрації, тому передання виключних прав на вже розроблені інноваційні продукти

⁷⁴⁷ Городов, О.А. (2010). *Право промышленной собственности* : учебник. М. : Статут.

⁷⁴⁸ Бельтюкова, Є.М. (2019). *Правове регулювання наступництва майнових прав інтелектуальної власності за цивільним законодавством України* (дис. ... канд. юрид. наук). Одеса.

обов'язково супроводжуватиметься державною реєстрацією об'єктів інтелектуальної власності, що містяться в його складі⁷⁴⁹.

Ліцензійний договір належить до договорів, які побічно опосередковують відносини у сфері трансферу технологій (реалізацію майнових прав на технологію), тобто пов'язані з процесом трансферу технологій – реалізацією майнових прав на технологію⁷⁵⁰.

Під *предметом цього договору* слід розуміти сукупність майнових прав, які передаються. Ця умова є особливо важливою для договорів про передання майнових прав інтелектуальної власності на об'єкти авторського та суміжних прав, адже згідно зі ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права» майнові права, не зазначені в договорі як відчужувані, вважаються такими, що не передані. Стосовно об'єктів промислової власності при визначенні предмета достатньо вказівки про передання всіх майнових прав на обумовлений договором об'єкт.

Доречно навести думку В. С. Мілаш, яка визначає, що *предмет ліцензійного договору* утворюють: а) майнові права промислової власності (об'єкт договору) та б) юридично значуща дія, яку зобов'язується вчинити ліцензіар⁷⁵¹.

За наведеним договором усі *виключні права*, передбачені у патенті, *відчужуються* на платній основі володільцем на користь іншої фізичної чи юридичної особи. Слід зауважити, що предметом ліцензійного договору можуть бути лише *права на використання інноваційного об'єкта*, які є чинними на момент його укладання, тому цей договір не може охоплювати надання прав ліцензіату,

⁷⁴⁹ Адамюк, Д.І., Прилипка, С.М., Гетьман, А.П. та ін. (2013). *Договірні форми передачі інноваційного продукту за кордон. Правове регулювання інноваційних відносин* : монографія (4, 4.6). Х. : Юрайт. URL: https://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2017/07/Atamanova/4_6.pdf

⁷⁵⁰ Падучак, Б.М. (2011). Щодо питання класифікації договорів у сфері трансферу технологій. *Часопис Київського університету права*, 2, 189–191. URL: <https://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2014/03/Paduchak.pdf>

⁷⁵¹ Мілаш, В.С. (2005). *Підприємницькі комерційні договори в господарській діяльності* : монографія. Полтава : АСМІ.

які ліцензіар тільки має намір набути в майбутньому. Таким чином, *об'єктом ліцензійного договору* може бути інноваційна розробка, інноваційний продукт, які вміщують зареєстрований об'єкт промислової власності, оскільки права, що випливають із державної реєстрації, виникають у заявника після видачі відповідного правоохоронного документа (патенту чи свідоцтва).

Передача майнових прав інтелектуальної власності може відбуватися за допомогою такої договірної форми, як *установчий договір* (внесення прав інтелектуальної власності до статутного фонду товариства), який укладається *паралельно з ліцензійним договором і договором на передачу у власність виключних майнових прав інтелектуальної власності, франчайзингу*.

Якщо враховувати складний *нематеріальний характер інноваційного продукту*, то становищу неможливості одночасного використання різними суб'єктами такого продукту найбільше відповідають *умови виключної ліцензії*, яка позбавляє ліцензіара можливості не тільки надання аналогічних ліцензій, а й самостійного використання виключних прав в обсязі виданої ліцензії.

Таким чином, внесенню *вкладу до статутного фонду господарського товариства* правами на інноваційні продукти найбільш відповідають форми договору про відчуження виключних прав на об'єкти права інтелектуальної власності та договору про надання виключної ліцензії (ліцензійного договору)⁷⁵².

Слід виокремлювати договори, в яких технологія виступає другою ознакою: *передача в заставу майнових прав на технологію*; статут суб'єкта господарювання, *внеском до статутного капіталу* якого є майнові права на технологію тощо. *Мета зазначених видів договорів* лишається основною: *передача майна в заставу*,

⁷⁵² Адамюк, Д.І., Прилипко, С.М., Гетьман, А.П. та ін. (2013). *Договірні форми передачі інноваційного продукту за кордон. Правове регулювання інноваційних відносин* : монографія (4, 4.6). Х. : Юрайт. URL: https://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2017/07/Atamanova/4_6.pdf

формування статутного капіталу, і тільки за рахунок свого специфічного об'єкту – майнових прав на технологію, вони включаються в коло дослідження. Але вони *не належать до сфери трансферу технологій*, оскільки, трансфер технологій – це впровадження з метою створення нового продукту, досягнення нового, невідомого раніше результату за рахунок використання майнових прав на технологію⁷⁵³.

Надалі розглянемо *договір франчайзингу*, який за своєю суттю передбачає реалізацію майнових прав на технологію.

Паніна Ю. С., відмежовуючи його від договору про передавання ноу-хау, вважає, що вони не належать до категорії договорів про трансфер технологій, пояснюючи це тим, що *договір франчайзингу та договір про передавання ноу-хау*, хоч і можуть опосередковувати *трансфер технологій*, але не належать до правової категорії договорів про трансфер технологій.

При цьому *договір франчайзингу* не завжди передбачає передавання права на використання ноу-хау франчайзера. Якщо ж така умова в договорі франчайзингу присутня, то ключовою ознакою, яка відрізняє такий договір франчайзингу від *договору про передавання ноу-хау*, є більш широкий предмет договору франчайзингу, що включає в себе, крім права на використання ноу-хау, ще низку прав, які пов'язані з ідентифікацією приналежності франчайзі до торговельної марки чи франчайзингової мережі відповідного франчайзера⁷⁵⁴.

Важливо відмітити, що *договір франчайзингу* можна віднести до договорів *комплексного характеру*, адже вони опосередковують не лише певні дії з передавання майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності, а містять також послуги, пов'язані з правильним використанням їх та ділової репутації суб'єктів договору.

⁷⁵³ Загрішева, Н.В. (2018). *Господарський договір у сфері трансферу технологій* (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04). Київ.

⁷⁵⁴ Паніна, Ю.С. (2016). Проблеми відмежування договору франчайзингу від дистрибуторського договору та договору про передачу ноу-хау. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*, 5, 24–27.

Зазначена договірна форма регулювання відносин між суб'єктами господарювання може досить активно використовуватись у випадках, коли *інноваційні продукти передаються* іншому споживачеві (покупцеві) з метою тимчасового оплатного використання, а також проведення спільної господарської діяльності, що спрямована на отримання прибутку.

Й останній договір у цій групі – це *договір про передання ноу-хау*, який окреслює обмін науковими або науково-технічними результатами, передання права на використання повністю або частково конфіденційних знань, що містять відомості технологічного, комерційного характеру, постачання певного обладнання для виробництва, яке необхідне при виготовленні наукоємної продукції, тощо.

Предметом договору про передання ноу-хау як виду договору у сфері трансферу технологій може бути основна дія, яку належить вчинити для досягнення мети договору, що відображена у визначенні цього виду договору, – передання набувачу «права доступу» до ноу-хау для подальшого його використання та ноу-хау як сукупності певної інформації, знань і досвіду, які йому належать і необхідні набувачу для досягнення поставленої мети договору⁷⁵⁵.

Цей договір передбачає передання повністю або частково конфіденційних знань, відомостей технічного, економічного, фінансового, адміністративного характеру, використання яких забезпечує певні переваги особі або фірмі, що їх отримали. Ноу-хау може бути як самостійним об'єктом договору, так і входити до *складу комплексного об'єкта* за ліцензійним договором, франчайзингом⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ Розгон, О.В. (2019). Предмет договору про передачу ноу-хау як виду договору у сфері трансферу технологій. *Право та інновації*, 2(26), 29–34. URL: <http://pti.org.ua/index.php/ndipzir/article/view/530>

⁷⁵⁶ Адамюк, Д.І., Прилипка, С.М., Гетьман, А.П. та ін. (2013). *Договірні форми передачі інноваційного продукту за кордон. Правове регулювання інноваційних відносин* : монографія (4, 4.6). Х. : Юрайт. URL: https://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2017/07/Atamanova/4_6.pdf

До другої групи договорів трансферу технологій відносимо договори, які не спрямовані на визначення порядку використання об'єкту трансферу технологій, але за ними відбувається: відчуження майна в якому технологія об'єктивована (договір лізингу); надання послуг щодо використання технології та/або майна в якому технологія об'єктивована та виконання робіт на створення і передання науково-технічної продукції (договір інжинірингу); передання майнових прав на технології та їх складові при обміні науково-технічними результатами на базі діяльності спільних підприємств (договір про спільну діяльність (договір простого товариства)); застава майнових прав на технологію (договір застави майнових прав на технологію); передання прав на техніко-економічні обґрунтування, плани, інструкції, специфікації, креслення та інші інформаційні матеріали про технології та їх складові (договір передання прав на техніко-економічні обґрунтування, плани, інструкції, специфікації, креслення та інші інформаційні матеріали про технології та їх складові).

Підтримуємо слушне зауваження Н. В. Загрішевої, яка відмічає, що ознака використання технології є другорядною, і лише, супроводжує виконання головної цілі у договорах, таких як: договори надання послуг, консультативної допомоги (навчання персоналу), договір застави майнових прав на технологію, засновницький договір та статут, договір створення спільного підприємства тощо. Такі договори мають інші системоутворюючі чинники. Вони включаються до кола договорів трансферу технологій лише тому, що предмет договору містить дії пов'язані із майновими правами на технологію, але не має їх в якості системоутворюючої ознаки направленість на використання майнових прав на технології⁷⁵⁷.

Зазвичай трансфер технологій в Україні зводиться також до однієї з найпростіших його форм – лізингу. Зазначена форма тран-

⁷⁵⁷ Загрішева, Н.В. (2018). *Господарський договір у сфері трансферу технологій* (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04). Київ.

сферу технологій може бути ощадлива у випадку з недостатньою кількістю грошей у підприємства: використовуючи її підприємство зможе регулювати рух грошових коштів ефективніше⁷⁵⁸.

Оскільки *предметом договору лізингу* може бути майно, визначене індивідуальними ознаками, яке відповідає критеріям основних засобів відповідно до законодавства, то наприклад, *передання наукових розробок на основі лізингу* буде корисною для оренди обладнання, у виробництві для досягнення науково-технічного прогресу.

Прийнято вважати, що передумовою укладення договору лізингу є наявність домовленості між сторонами щодо всіх *істотних умов*. Але деякі із зазначених у Законі України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» істотних умов взагалі не можуть міститися в договорі лізингу, адже вони не відповідають змісту останнього. Наприклад, при укладенні *договору лізингу складових технологій права на ноу-хау* взагалі можуть бути відсутні в лізингодавця, тому їх передання апріорі неможливе. Натомість зазначений Закон містить таку істотну умову, як *передання прав на ноу-хау, техніко-економічні обґрунтування, плани, інструкції, специфікації, креслення та інші інформаційні матеріали про технології та їх складові, які необхідні для ефективного їх використання, включаючи обмеження, пов'язані з умовами збереження конфіденційності інформації про технології та їх складові під час їх використання* (абз. 10 ст. 16 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»)⁷⁵⁹.

На практиці у питанні трансферу технологій поширення набули договори, які передбачають *комплексний технологічний обмін із*

⁷⁵⁸ Когут, М.В. (2017). *Міжнародний трансфер технологій як чинник економічного зростання* (дис. ... канд. екон. наук: 08.00.02); Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка.

⁷⁵⁹ Падучак, Б.М. (2010). Істотні умови договорів у сфері трансферу технологій. *Теорія і практика інтелектуальної власності*, 3(53), 70–77. http://www.ndiiv.org.ua/Files2/2010_3/paduchak.pdf

наданням інжинірингових послуг, тому перейдемо до аналізу інжинірингу як організаційної форми трансферу технологій.

Інжиніринг – це комерційна діяльність, якій, як будь-якій іншій підприємницькій діяльності, властиві певні особливості. Інжиніринг є видом договорів про виконання робіт, складовою яких є надання послуг зі створення інноваційного проекту, завдяки якому реалізуються створення, просування сучасних інновацій. При цьому юридичні обов'язки, що виникають із договору інжинірингу, та суб'єктивні права – це важлива складова його змісту⁷⁶⁰.

Вирізняють такі види інжинірингу: 1) *консультаційний* (пов'язаний з інформаційно-консультаційним обслуговуванням за такими напрямками: а) складання й аналіз бізнес-планів, окремих проектних рішень; б) аналіз фінансової діяльності підприємства; в) консультування з питань оподаткування, оптимізації системи управління персоналом; г) розробка й аналіз інвестиційних проектів, консультування тощо); 2) *будівельний*, або загальний (пов'язаний із проектуванням об'єктів, постачанням обладнання та машин, їх монтажем і введенням в експлуатацію); 3) *технологічний* (пов'язаний із розробкою на замовлення науково-технічної продукції) розділами підприємств, установ та організацій тощо)⁷⁶¹.

Отже, у сфері трансферу технологій може бути укладений договір із надання послуг щодо використання технології та/або майна, в якому технологія об'єктивована (*консультаційний інжиніринг*). Він необхідний для надання консультацій і послуг із проектування, асистування та навчання кадрів, які забезпечують реалізацію технологій, і управлінського персоналу особи, якій передаються права на технологію та її складові).

⁷⁶⁰ Мехеда, В.Д. (2020). *Договір інжинірингу у цивільному праві України* (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03). Київ.

⁷⁶¹ Мілаш, В.С. (2008). *Господарське право*. Курс лекцій (у 2 ч.). Х. : Право.

Комплексний (системний) *інжиніринг* становить сукупність інжинірингових послуг, що забезпечують можливість виконання проєктів «під ключ». Надання інженерно-консультаційних послуг супроводжується зазвичай наданням технічного сприяння, що, зокрема, полягає в передаванні технології, допомозі щодо використання, експлуатації, ремонту відповідного об'єкта⁷⁶².

Відповідно, *інжинірингові послуги* за цим договором є сукупністю інтелектуальних видів діяльності на основі наукоємних технологій.

Також може бути укладений договір на створення і передавання науково-технічної продукції (*технологічний інжиніринг*)).

За договором на створення і передавання науково-технічної продукції одна сторона (виконавець) зобов'язується виконати зумовлені завданням другої сторони (замовника) науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи (НДЦКР), а замовник зобов'язується прийняти виконані роботи (продукцію) і оплатити їх.

Наступний договір *трансферу технологій*, який доцільно розглянути, – це договір за яким передаються майнові права на технології та їх складові *при обміні науково-технічними результатами на базі діяльності спільних підприємств*.

Про створення спільних підприємств у сфері трансферу технологій може йтися, коли відбувається часткове передавання майнових прав на технології та їх складові, що може супроводжуватися укладанням договорів на постачання обладнання, комплектувальних частин, сировини, надання інжинірингових послуг, передавання за договором ноу-хау тощо. Основна мета застосування цієї форми для суб'єктів трансферу технологій – отримання результату в поєднанні знань і досвіду у виробництві нового для певного ринку товару, продукції.

⁷⁶² Капіца, Ю.М. (ред.), Шахбазян, К.С., Махновський, Д.С. та Хоменко, І.І. (2015). *Трансфер технологій та охорона інтелектуальної власності в наукових установах* : монографія. К. : Центр інтелектуальної власності та передачі технологій НАН України.

Щодо *застави майнових прав на технологію* слід зауважити, що Закон України «Про заставу» не містить дефініції «технологія» і не передбачає будь-яких дій щодо неї. Відповідно до ст. 4 Закону України «Про заставу» предметом застави є майно та майнові права. Можна аргументувати, що майнові права на технологію можуть бути об'єктом застави, оскільки вони відсутні серед об'єктів, застава яких не допускається (ч. 4 ст. 4), і майнові права на технологію є об'єктом обігу, можуть бути відчужені заставодавцем, і на них може бути звернуте стягнення (ч. 2 ст. 4). Але предметом застави можуть бути лише ті права, що існують у межах відносних правовідносин⁷⁶³.

Останній договір у цій групі, який варто розглянути – це договір передання прав на техніко-економічні обґрунтування, плани, інструкції, специфікації, креслення та інші інформаційні матеріали про технології та їх складові

Одним з основних завдань керівника проекту (НДДКР) є забезпечення виконання робіт у встановлений строк, у межах виділених коштів і з відповідною якістю. При цьому для успішної його реалізації недостатньо лише скласти техніко-економічне обґрунтування, необхідно також скласти детальні плани, які враховують вимоги щодо використання ресурсів, інструкції, специфікації, креслення й інші інформаційні матеріали про технології та їх складові, необхідні для ефективного їх використання, оперативно контролювати виконання робіт, відстежувати строки і дотримуватися обмежень за обсягом фінансування, своєчасно вносячи корективи в допустимих розмірах і ті, що пов'язані з умовами збереження конфіденційності інформації про технології та їх складові під час їх використання. Заключним етапом цього процесу буде складання *договору про передання прав на техніко-економічні обґрунтування, плани,*

⁷⁶³ Загрішева, Н.В. (2018). *Господарський договір у сфері трансферу технологій* (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04). Київ.

інструкції, специфікації, креслення й інші інформаційні матеріали про технології та їх складові.

Оскільки *трансфер технології* – це передання технології, що оформляється шляхом укладення між фізичними та/або юридичними особами двостороннього або багатостороннього договору, яким установлюються, змінюються або припиняються майнові права та обов'язки щодо технології та/або її складових (ст. 1 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»), то, відповідно, *сторонами цього договору* є фізичні та/або юридичні особи.

Відповідно до п. 3 ст. 3 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» *суб'єктами трансферу технологій* є фізичні особи, що безпосередньо беруть участь у створенні, трансфері та застосуванні технологій та/або їх складових, надають необхідні для цього інформаційні, фінансові та інші послуги на всіх стадіях просування технологій та/або їх складових на ринок.

Трансфер технологій становить собою процес передання, обміну технології як об'єкта товарного обороту. За своєю *правовою природою договір трансферу технології* може бути одностороннім, але частіше існує як універсальна категорія з безліччю осіб: дво-, багатосторонній. Загрішевою Н. В. доведено, що стороною господарського договору у сфері трансферу технологій є суб'єкт господарювання. Науковицею досліджено правову природу фізичної особи і доведено, що вона не може бути стороною за господарським договором трансферу технологій. Крім цього, аргументовано доцільність вважати суб'єктом трансферу технологій і стороною господарського договору зазначеної сфери *фізичну особу-підприємця*. Єдиним винятком у сфері трансферу технологій, згідно з яким фізична особа реалізує свої права, є створення спільних підприємств. Засновником (учасником) підприємства може бути фізична особа. Отже, правовий аналіз законодавства про трансфер технологій свідчить про використання поняття «фізична особа» та «фізична особа-підприємець».

Оскільки стороною договору трансферу технології є фізична особа – підприємець, то чи може ця особа володіти майновими правами на технологію за цим договором?

За напрямками удосконалення відчуження майнових прав на технологію за господарським договором: 1) момент відчуження майнових прав на технологію – це момент волевиявлення сторін, що підтверджується фактичним укладенням господарського договору; 2) суб'єкт, який отримує право на технологію, набуває правомочностей володіння, користування та розпорядження щодо технології, всіх її складових частин і майна, в якому технологія об'єктивована одночасно. Отже, доцільно вважати *власником майнових прав на технологію суб'єкта господарювання*⁷⁶⁴.

Звідси, хоча правовий аналіз законодавства про трансфер технологій свідчить про використання понять «фізична особа», наприклад, автор, винахідник, які можуть належати до фізичних осіб, що беруть участь у створенні технологій та/або їх складових, і «фізична особа-підприємець», однак сторонами господарського договору у сфері трансферу технологій є суб'єкти господарювання, тобто фізичні особи-підприємці⁷⁶⁵.

12.7. Окремі аспекти правового статусу учасників інноваційного процесу та суб'єктів трансферу технологій

У п. 3 ст. 3 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» як *суб'єкти трансферу технологій*

⁷⁶⁴ Загрішева, Н.В. (2018). *Господарський договір у сфері трансферу технологій* (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04). Київ.

⁷⁶⁵ Розгон, О.В. (2020). Фізичні особи, які безпосередньо беруть участь у створенні, трансфері та застосуванні технологій та/або їх складових. *Право та інновації*, 1(29), 14–21. URL: <http://pti.org.ua/index.php/ndipzir/article/view/692>

визначені юридичні особи, що створюють та/або використовують технології та/або їх складові та яким належать або передаються майнові права на використання об'єктів права інтелектуальної власності, що є складовими технологій. Вважаємо, що суб'єкти, зазначені у цій частині, є суб'єктами як публічно-правової, так і приватно-правової сфери трансферу технологій.

Наочним прикладом таких юридичних осіб є стартап.

У науковій літературі термін «стартап» тлумачать по-різному. У Порядку надання фінансової державної підтримки суб'єктам мікропідприємництва і малого підприємництва (затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 24 січня 2020 року № 28) надане поняття «новостворений бізнес (стартап)» як *господарська діяльність суб'єкта підприємництва*. Мрихіна О. Б. визначає, що стартап як «об'єкт», а не «процес»⁷⁶⁶.

Стартап можна розглядати і як *юридичну особу* (суб'єкт господарювання), і як *бізнес-проект*, який створюється з метою отримання прибутку. На думку Р.В. Фещур стартапом вважається *проект*, що швидко розвивається у будь-якій з існуючих сфер економіки⁷⁶⁷. З позиції О. С. Грицак стартап-проект та стартап-компанія, узагальнюються в єдиному понятті «стартап-діяльність»⁷⁶⁸. У Стратегії розвитку сфери інноваційної діяльності на період до 2030 року (затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України) стартапи відносять до *юридичних осіб*, які здійснюють впровадження новацій. Визначення стартапу потребує

⁷⁶⁶ Мрихіна, О.Б. (2015). Перспективи стартап-компаній у контексті конкурентоспроможного розвитку українського ринку високих технологій. *Актуальні проблеми економіки*, 9, 215–225.

⁷⁶⁷ Фещур, Р.В., Янівський Б.Б., Янівська Г.Я. (2016). Формування концепції проекту впровадження преакселератора шляхом побудови бізнес-моделі. *Вісник НТУ «ХП»*, 1, 101–105. URL: http://repository.kpi.kharkov.ua/bitstream/KhPI-Press/21427/1/vestnik_KhPI_2016_1_Feshchur_Formuvannia_kontseptsii.pdf

⁷⁶⁸ Грицак, О.С. (2019). Стартап як вид інноваційного бізнесу: обліковий вимір понятійного апарату. *Науковий вісник Ужгородського університету. Серія : Економіка*, 2, 110–115. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvuuec_2019_2_17

конкретизації ключових ознак та критеріїв, щоб вирізнити його серед інших суб'єктів інноваційної діяльності. Зокрема, Д. С. Коритін виокремлює перелік випадків визнання стартапів як юридичні особи і структури, які не є юридичними особами, але мають інноваційний проект⁷⁶⁹.

Зазвичай ідея заснування та діяльності *стартапа* у тому, що створюється новий продукт або нова технологія. Оскільки *технологія* належить до самостійного об'єкта правового регулювання, то вона може бути *використана* самим розробником технології, а може бути й *передана* на умовах використання чи повного передання (передача) прав на неї за договором іншим суб'єктам інноваційної діяльності. Відповідно одним із етапів *трансферу технологій* може бути переговори щодо купівлі технології (це може бути продаж патенту або ліцензії, створення спільного підприємства, спільне продовження науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт, входження до діючого підприємства), які завершуються укладанням договору трансферу технологій, переданням технології та супровідної документації.

Отже, приміром скажімо, для того, щоб стартап як суб'єкт, основна діяльність якого заснована на нових наукових розробках та інноваціях, став інвестиційно привабливим, підтримку можуть надати *бізнес-інкубатори* як інвестори.

Бізнес-інкубатори, як і *технопарки*, *акселератори*, *індустріальні парки* є найбільш ефективними учасниками інноваційного процесу, суб'єктами інноваційної діяльності та суб'єктами трансферу технологій. Діяльність таких структур спрямована на створення сприятливих умов для ефективної діяльності інноваційних підприємств, що спеціалізуються на розробленні та реалізації інноваційних бізнес-ідей. Головне призначення таких структур – ство-

⁷⁶⁹ Коритін, Д.С. (2020). *Правове регулювання господарської діяльності малих та середніх підприємств* (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04). Харків.

рення сприятливих умов для діяльності інноваційних підприємств шляхом тимчасового забезпечення виробничими площами, матеріально-технічними засобами, дослідницьким приладдям, консалтинговими послугами⁷⁷⁰.

Однак для участі, зокрема, в бізнес-інкубаторі учасники стартапу повинні виконати низку *юридичних дій*. Наприклад, визначити питання щодо *захисту прав інтелектуальної власності* шляхом укладення авторського договору між автором і засновниками стартапу. Також урегулювати *правові відносини щодо об'єктів інтелектуальної власності*, які будуть утворені при роботі стартапу тощо⁷⁷¹.

Актуальним є момент *фінансування бізнес-інкубатором*. Оскільки бізнес-інкубатори як інвестори на ранніх стадіях стартапу (на етапі прототипу або бізнес-проекту) інвестують у нього не тільки гроші, але й сервіси, то необхідно визначити форму взаємин з інвестором. Для цього укладається *певний договір* (це може залежати від організаційно-правової форми стартапу, способу оформлення інвестицій і т. д.): при входженні до статутного капіталу (придбання акцій або часток у статутному капіталі) – акціонерний договір або інвестиційний договір (корпоративний договір) для управління стартапом, розподілу та отримання прибутку, отримання інформації про його діяльність, припинення інвестиційних правовідносин; як спосіб оформлення інвестиції у стартап – договір позики з попереднім укладанням договору купівлі-продажу акцій (часток у статутному капіталі) з відкладальною умовою. Виходячи з цього, основним правовим

⁷⁷⁰ Колісніченко, П.Т. (2017). Інноваційна діяльність підприємств малого та середнього бізнесу в Україні: тенденції та перспективи. *Проблеми системного підходу в економіці*, 4(60), 48.

⁷⁷¹ Розгон, О.В., Байдельдінова, М.Б. (2021). Порівняльний аналіз механізму підтримки розвитку стартапів бізнес-інкубаторами за законодавством Казахстану та України. *Економіка та право*, 2.

документом, який регулює взаємовідносини між бізнес-інкубатором і стартапом, є договір⁷⁷².

Доцільно навести досвід Ізраїлю, який вважається сприятливою державою для розвитку стартапів. Дослідники Мезері і Майтана спробували виявити проблеми в практиці ізраїльтян, які пов'язані з *передачею технологій* з університетів і дослідницьких центрів в промисловість. Автори повідомляють, що, хоча Ізраїль є одним зі світових лідерів щодо продуктивності й інтенсивності своїх фундаментальних досліджень в області науки і техніки, його здатність передавати плоди цього створення знань в комерційні додатки вважається недостатньою, займаючи 41-е місце в компанії-університеті співробітництво й 40-е місце в розробці та застосуванні *технологій*. Дослідження охоплювало 8 відділень і підрозділів, що займаються *передачею технологій*, але не дало результатів в плані виявлення причин цієї проблеми. Одним із способів пом'якшення цієї проблеми може бути *використання інкубаторів між дослідницькими університетами та іншими суб'єктами інноваційної діяльності для підтримки передачі знань*. Роль інкубатора полягає в перетворенні теоретичних знань в фінансові вигоди, і це відбувається головним чином через неформальні контакти і мережі інновацій між залученими сторонами⁷⁷³.

Зауважимо, що відносини між суб'єктами інноваційної діяльності щодо *передання* (використання, реалізації) об'єктів інновацій у підприємницькій сфері з метою отримання прибутку

⁷⁷² Розгон, О., Байдельдинова, М. (2020). Бизнес-инкубатор как субъект, который оказывает поддержку стартапам (сравнительный анализ законодательства Казахстана и Украины). *Право, политика, администрация (Болгария)*, 3–4, 23–40. URL: http://www.ipajournal.com/wp-content/uploads/2021/03/Розгон-Байдельдинова_БИ-и-стартап_gotfull.pdf

⁷⁷³ Rothschild, Leora (2005). Technological incubators and the social construction of innovation networks: An Israeli case study. *Technovation*, 25, 59–67. URL: https://www.researchgate.net/publication/222747216_Technological_incubators_and_the_social_construction_of_innovation_networks_An_Israeli_case_study

(доходу) на базі цивільно-правових і господарських договорів слід відносити до приватних відносин⁷⁷⁴. При цьому приватний інтерес суб'єкта господарювання інноваційної моделі економіки виражається в: отриманні максимального рівня *прибутку* за рахунок мінімальної кількості використаних ресурсів, що досягається через інтенсивний процес виробництва, в основу якого покладено технологію; упевненості правової охорони та захисту об'єктів інтелектуальної власності, що є основою технології, та технології як такої⁷⁷⁵.

Наразі інновації у підприємницькій діяльності стають головним засобом збереження конкурентоспроможності інноваційних підприємств, що стимулює їх вивчати досвід інноваційного розвитку успішних підприємств із необхідністю активізації інноваційної діяльності.

Поряд із проблемами практичної реалізації інноваційного розвитку існує також недостатня розробка теоретичних питань підвищення ефективності виробництва на інноваційних засадах, методів адаптування підприємств до економічних процесів, які відбуваються у країні. Складність проблеми полягає в тому, що просте накопичення науково-технічного потенціалу в будь-яких масштабах автоматично не перетворюється на інноваційний процес.

Інноваційні процеси мають бути спрямовані на новостворення або вдосконалення конкурентоспроможності технології, продукції або послуг, а також на використання і комерціалізацію результатів наукових досліджень і розробок організаційно-технічного

⁷⁷⁴ Симсон, О.Э. (2015). *Инновационные и инвестиционные правоотношения: перспективы развития публичной и частной сферы* : монографія. Киев : Издательский дом «Ін Юре».

⁷⁷⁵ Загришева, Н.В. (2013). Характеристика публичных и частных интересов сферы трансфера технологий. *Leges et vita (Закон и Жизнь). Международный научно-практический журнал (Молдова)*, 12/3, 84.

або іншого характеру, що істотно поліпшують структуру та якість виробництва і соціальної сфери⁷⁷⁶.

Інноваційний розвиток підприємницької діяльності стає об'єктивною необхідністю. Відповідно, розроблення і впровадження інновацій на підприємстві дають змогу отримати такі результати: підвищення продуктивності праці; забезпечення безперервного і стабільного виробничого процесу, збільшення рівня ресурсозбереження; зниження трудомісткості на одиницю продукції; покращення ефективності використання обладнання; дифузія і трансфер технологічних інновацій⁷⁷⁷, а розроблення та комерціалізація інновацій мають забезпечуватися кваліфікованим персоналом у сфері наукової і науково-технічної діяльності. Проте за умов занепаду національної економіки, недостатньої державної підтримки щодо фінансування науково-технічних програм інноваційна діяльність великих підприємств вкрай обмежена⁷⁷⁸.

Слід констатувати, що сучасний стан інноваційної діяльності є наслідком відсутності стратегічного бачення та послідовної державної політики щодо переведення України на інноваційний шлях розвитку, цілісної національної інноваційної системи, призначення якої – створення інноваційних продуктів (процесів) та їх швидке виведення на ринок (впровадження). Наявні в Україні структурні елементи національної інноваційної екосистеми і нормативно-правове поле їх функціонування не вибудовані в єдину конструкцію, тому результати діяльності цих елементів поодинокі та не мають синергетичного ефекту, який має полягати

⁷⁷⁶ Пашенко, І.Н., Чернобай, Л.І. (2006). Інновації як основа розвитку підприємства. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Електроніка*, 199–204, Львів : Вид-во Нац. ун-ту «Львів. політехніка». URL: http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/34077/1/44_199-204.pdf

⁷⁷⁷ Міщенко, Я.О. (2010). Аналіз розвитку інноваційної діяльності малих підприємств. *Інвестиції: практика та досвід*, 3, 20.

⁷⁷⁸ Колісниченко, П.Т. (2017). Інноваційна діяльність підприємств малого та середнього бізнесу в Україні: тенденції та перспективи. *Проблеми системного підходу в економіці*, 4(60), 48.

у збільшенні ефективності національного виробництва товарів (послуг) і посиленні їх конкурентоспроможності за рахунок широкомасштабного впровадження результатів наукових досліджень і науково-технічних (експериментальних) розробок.

Висновки

Таким чином, для сталого розвитку держави необхідно забезпечити сприятливі умови для утворення та функціонування інноваційно активних підприємств, розвитку національної інноваційної екосистеми, залучення вітчизняних та іноземних інвесторів.

Відповідно, для побудови інноваційної економіки з розвинутим підприємництвом, інноваціями і високою продуктивністю виробництва в Україні як державі, яка має великий інтелектуальний потенціал, важливою є співпраця між усіма учасниками інноваційного процесу, які сприяють інноваціям на всіх етапах створення і виведення інноваційного продукту на ринок.

Розділ 13

Господарська правосуб'єктність як базова категорія господарського права

Вступ

12.1. Сутність і значення категорії господарська правосуб'єктність

12.2. Структура господарської правосуб'єктності

12.3. Усталені підходи до розуміння сутності господарської компетенції

12.4. Правова природа господарської правоздатності

Висновки

Вступ

У цій частині роботи буде розкрито особливості господарської правосуб'єктності у систематиці ринкових відносин.

13.1. Сутність і значення категорії господарська правосуб'єктність

В умовах загострення економічної ситуації в Україні назріла нагальна необхідність проведення системних та ефективних реформ, спрямованих на забезпечення ефективного функціонування економіки. Оприлюднення Концепції оновлення Цивільного кодексу України⁷⁷⁹ та Концепції модернізації господарського

⁷⁷⁹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ, Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.

законодавства України⁷⁸⁰ актуалізували питання реформування системи правового регулювання господарських відносин. Пошук ефективних правових моделей ведення бізнесу, адекватних новим соціально-економічним умовам, ставить перед правовою наукою завдання з переосмислення усталених доктринальних підходів, у т. ч. основних правових категорій.

Категорія правосуб'єктності належить до числа ключових, методологічних у правовій науці. У залежності від того, наскільки правильно дана наукова категорія відображає реальні суспільні відносини, настільки вона з більшим або меншим успіхом може бути використана в якості одного з інструментів пізнання права і відносин, що регулюються його нормами.

Визначеність та однакове розуміння правових категорій зумовлює їх однозначне та правильне застосування як у ході наукового дослідження, так і правозастосовній діяльності. Відсутність нормативного визначення тієї чи іншої категорії зазвичай виступає стимулюючим чинником для науковців.

Результатом нормативної невизначеності у розв'язанні окресленої проблеми стають прорахунки, котрі допускаються законодавцем при регламентації окремих аспектів господарської правосуб'єктності учасників відносин у сфері господарювання, що знаходить свій вираз в існуючих прогалинах, у принципових протиріччях між положеннями нормативно-правових актів, у судових рішеннях, які не відповідають вимогам розумності, обмежують права суб'єктів господарювання, що, у свою чергу, негативно відбивається на правозастосовній практиці.

Питанням господарської правосуб'єктності приділяється увага багатьма представниками науки господарського права. Поняття та елементи господарської правосуб'єктності були предметом

⁷⁸⁰ Концепція модернізації господарського законодавства України (2021). *Юридичний вісник України*, 13–15, 18–19.

дослідження В. К. Мамутова⁷⁸¹, В. В. Лаптева⁷⁸², В. С. Мартем'янова⁷⁸³, Г. В. Пронської⁷⁸⁴, В. С. Щербини⁷⁸⁵, Р. А. Джабраїлова⁷⁸⁶, О. В. Гарагонича⁷⁸⁷, С. М. Грудницької⁷⁸⁸, І. В. Труша⁷⁸⁹, В. А. Січевлюка⁷⁹⁰, В. С. Мілаш⁷⁹¹, О. М. Переверзева, С. О. Віхрова⁷⁹² та ін.

Результати наукових досліджень цих авторів засвідчили досить складний характер правових питань, які охоплюються дефініцією «господарська правосуб'єктність», що обумовлює необхідність подальших наукових пошуків.

Правосуб'єктність пов'язана із суб'єктом права, без якого не може існувати механізм правового регулювання. Вона є об'єктивно необхідною, оскільки саме право – категорія об'єктивна⁷⁹³.

⁷⁸¹ Мамутов, В.К. (1964). *Компетенция государственных органов в решении хозяйственных вопросов промышленности*. Москва : Юрид. лит.

⁷⁸² Лаптев, В.В. (1969). *Предмет и система хозяйственного права*. Москва : Юрид. лит.

⁷⁸³ Мартемьянов, В.С. (1981). *Хозяйственное право местных Советов*. Москва : Юрид. лит.

⁷⁸⁴ Пронська, Г.В. (1973). *Компетенція господарських міністерств і відомств Української РСР*. Київ : Наук. думка.

⁷⁸⁵ Щербина, В.С. (2008). *Суб'єкти господарського права* : монографія. Київ : Юрінком Інтер.

⁷⁸⁶ Джабраїлов, Р.А. (2010). *Господарська правосуб'єктність міста: теорія і практика* : монографія. Донецьк : Ноулідж.

⁷⁸⁷ Гарагонич, О.В. (2019). *Господарська правосуб'єктність акціонерних товариств: проблеми теорії і практики* : монографія. Київ : НАН України, Ін-т економіко-правових досліджень.

⁷⁸⁸ Грудницкая, С.Н. (2011). *Хозяйственная правосубъектность государственных предприятий: проблемы теории и практики* : монографія. Донецк : Юго-Восток.

⁷⁸⁹ Труш, І.В. (2012). *Господарсько-правове забезпечення діяльності комунальних підприємств* : монографія. Київ : НВП «Інтерсервіс».

⁷⁹⁰ Січевлюк, В.А. (2020). *Еволюція категорії «правова суб'єктність» (теоретико-прикладні засади)* : монографія. Київ : Юридична думка.

⁷⁹¹ Мілаш, В.С. (2005). *Підприємницькі комерційні договори в господарській діяльності* : монографія. Полтава : АСМІ.

⁷⁹² Переверзев, О.М., Віхров С.О. (2012). *Господарська правосуб'єктність недержавних пенсійних фондів*. *Форум права*, 3, 519–523.

⁷⁹³ Веберс, Я.Р. (1976). *Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве* (с. 18). Рига : Зинанте.

Серед рис, які характеризують правову категорію «правосуб'єктність» у юридичній літературі⁷⁹⁴ виділяють:

- безперервний характер правосуб'єктності;
- забезпеченість матеріальними та юридичними гарантіями з боку держави;
- виникнення у повному обсязі на підставі сукупності передбачених нормативно-правовими актами юридичних фактів;
- нерозривний зв'язок із суб'єктом.

Розуміння категорії «правосуб'єктність» і визначення її правової форми і місця в системі правових явищ ускладнюється наявністю значної кількості різних уявлень, концепцій і наукових поглядів про правосуб'єктність⁷⁹⁵.

Незважаючи на те, що правосуб'єктність є загальнотеоретичною категорією, а відтак поширюється на всі галузі права, в кожній з них вона володіє значною специфікою⁷⁹⁶. Тому дефініція та розкриття сутності господарської правосуб'єктності має базуватися на загальнотеоретичній базі, сформованій у юридичній науці та враховувати специфічні риси господарських правовідносин, які виникають між відповідними суб'єктами.

Ґрунтуючись на класичному праворозумінні, правосуб'єктність визначається як передбачена нормами права здатність (можливість) особи бути учасником правовідносин, тобто виступати суб'єктом права⁷⁹⁷. Тобто, для того, щоб бути суб'єктом права особа

⁷⁹⁴ Гараева, Г.Х. (2011). Понятие и сущность правосубъектности как категории права. *Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики*, 5(11), III, 24; Іванов, С.О. (2010). Сутність правосуб'єктності юридичних осіб публічного права у цивільних відносинах: досвід зарубіжних країн. *Університетські наукові записки*, 4, 43.

⁷⁹⁵ Тарасова, А.Е. (2008). *Правосубъектность граждан. Особенности правосубъектности несовершеннолетних, их проявления в гражданских правоотношениях*. Москва: Волтерс Клувер.

⁷⁹⁶ Ватрас, В.А. (2005). Поняття сімейної правосуб'єктності. *Університетські наукові записки*, 3(15), 93–99 (95).

⁷⁹⁷ Лисенкова, С.Л., Копейчикова, В.В. (ред) (2003). *Теорія держави і права*: навч. посіб. (с. 277). Київ: Юрінком Інтер; Скакун, О.Ф. (2010). *Теорія права і держави*: підручник. 2-ге вид. (с. 397). Київ: Алерта; КНТ; ЦУЛ; Кельман, М.С., Мурашин, О.Г. (2005). *Загальна теорія держави і права*: підручник (с. 381–382). Київ: Кондор.

повинна володіти правосуб'єктністю. Лише за наявності правосуб'єктності суб'єкт може бути учасником правовідносин⁷⁹⁸.

Кожна особа є учасником широкого кола відносин, які охоплюють предмет правового регулювання різних галузей права. Кожна з таких галузей права визначає свій різновид правосуб'єктності щодо особи як учасника відносин, що охоплюються її правовим впливом.

Проте не всіма вченими визнається можливість існування в особи господарської правосуб'єктності. Так, А. В. Венедіктов, говорячи про поєднання різних правосуб'єктностей в одній особі, наголошував на необхідності розмежування правосуб'єктності цивільної та адміністративної, заперечуючи проти «тенденції знеособлення цивільно-правових та адміністративно-правових відносин в рамках єдиного господарського права»⁷⁹⁹. З таким підходом не можемо погодитися. Адже розчленування єдиних господарсько-правових відносин на «вертикальні», які регулюються адміністративним правом, і «горизонтальні», які регулюються цивільним правом, призводить до відповідного розчленування господарських суб'єктів на суб'єктів адміністративного права і юридичні особи, розподіл компетенції цих суб'єктів на адміністративно-правову компетенцію і правоздатність, а відповідно спроби втиснути нові явища життя в звичні старі схеми, навряд чи здатні призвести до створення ефективного правового механізму управління народним господарством⁸⁰⁰. Відтак, в сучасних умовах для участі у господарських правовідносинах особа повинна володіти галузевою господарською правосуб'єктністю.

Галузева правосуб'єктність визнає за особою здатність бути учасником правовідносин у певній сфері суспільних відносин⁸⁰¹. На рівні

⁷⁹⁸ Волинка, К.Г. (2003). *Теорія держави і права* : навч. посіб. (с. 158). Київ : МАУП.

⁷⁹⁹ Венедіктов, А.В. (1948). *Государственная социалистическая собственность* (с. 615). М., Л. : Изд-во АН СССР.

⁸⁰⁰ Торкановский, Е.П. (ред) (1971). *Вопросы хозяйственной правосубъектности* : сб. ст., 4. Куйбышев : Воложская коммуна.

⁸⁰¹ Лазор, Л. (2010). Правове регулювання правосуб'єктності у сфері трудового права в ринкових умовах. *Право України*, 12, 108.

галузей права правосуб'єктність, конкретизуючи коло реальних суб'єктів, є разом з тим такою первинною сходинкою конкретизації правових норм, на якій визначається загальне юридичне становище суб'єктів: суб'єкти ставляться в те чи інше становище один щодо одного⁸⁰².

Виходячи з цього логічно впливає, що участь у сфері господарських правовідносин з юридичної точки зору вимагає від будь-якої особи наявності галузевої господарської правосуб'єктності. Здатність бути учасником правовідносин у сфері господарських правовідносин визнається за особою господарською правосуб'єктністю.

Попри те, що термін «господарська правосуб'єктність» досить часто використовується в нормативно-правових актах, його легальне визначення в законодавстві України відсутнє. При цьому вихідні нормативно-правові орієнтири для визначення поняття господарської правосуб'єктності у законодавстві містяться як на рівні Конституції, так і на рівні законів.

Так, термін «правосуб'єктність» вживається законодавцем у п. 2 ч. 1 ст. 92 Конституції України, згідно з яким виключно законами України визначається правосуб'єктність громадян⁸⁰³. Наявність такої норми свідчить, що законодавець суттєву увагу приділяє питанням правосуб'єктності громадян та її правового регулювання виключно на підставі закону. У зв'язку з цим обґрунтовується доцільність поширення практики законодавчого визначення правосуб'єктності на юридичних осіб та інших суб'єктів права⁸⁰⁴. Адже правосуб'єктність як властивість бути суб'єктом права не виникає стихійно⁸⁰⁵. Ця властивість, як зазначає Г. Ф. Шершеневич,

⁸⁰² Алексеев, С.С. (1982). *Общая теория права* (Т. 2, с. 139). Москва : Юрид. лит.

⁸⁰³ Конституція України від 28 червня 1996 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

⁸⁰⁴ Костюк, В.Л. (2009). Проблеми визначення правосуб'єктності у загальній теорії права. *Держава і право*, 44, 18.

⁸⁰⁵ Пундор, Ю.О. (2013). Про визначення змісту категорії «правосуб'єктність» у теорії права та галузевих теоріях цивільного й господарського права (порівняльно-правовий аспект). *Часопис Київського університету права*, 1, 60.

«є творінням об'єктивного права»⁸⁰⁶. І тільки за допомогою законодавчо закріплених норм можливе встановлення і надання специфічної якості (правосуб'єктності), що дає змогу особі або організації бути суб'єктом права⁸⁰⁷.

Важливе значення для з'ясування сутності господарської правосуб'єктності мають й інші конституційні норми. Так, відповідно до ст. 42 Конституції кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. У свою чергу згідно зі ст. 19 Конституції правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством.

У цілому конституційно-правовий підхід до розуміння правосуб'єктності реалізований у Господарському кодексі України (далі – ГК)⁸⁰⁸. Згідно із ч. 1 ст. 5 ГК правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави⁸⁰⁹. Відповідно до ст. 55 ГК України учасники господарських відносин здійснюють господарську діяльність реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків). У концентрованому вигляді підхід законодавця до визначення виду господарської правосуб'єктності до 17 червня 2018 року був сформульований

⁸⁰⁶ Шершеневич, Г.Ф. (2003). Наука гражданского права в России, 215. Москва : Статут.

⁸⁰⁷ Пундор, Ю.О. (2013). Про визначення змісту категорії «правосуб'єктність» у теорії права та галузевих теоріях цивільного й господарського права (порівняльно-правовий аспект). *Часопис Київського університету права*, 1, 60.

⁸⁰⁸ Грудницька, С.М. (2010). Конституційні основи господарської правосуб'єктності. *Часопис Академії адвокатури України*, 3(8), 4.

⁸⁰⁹ Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#top>

у ч. 1 ст. 207 ГК, відповідно до якої господарське зобов'язання, укладене учасниками господарських відносин з порушенням хоча б одним з них господарської компетенції (спеціальної правосуб'єктності) може бути визнано судом недійсним повністю або в частині. При конструюванні даної норми законодавець виходив з того, що господарська правосуб'єктність будь-якої господарської організації є спеціальною, оскільки «визначається встановленими цілями її діяльності відповідно до закону та/або установчих документів»⁸¹⁰ даної господарської організації.

Депо інший підхід до визначення виду правосуб'єктності суб'єктів господарювання – господарських організацій закріплений у Цивільному кодексі України (далі – ЦК)⁸¹¹. Так, ст. 91 ЦК передбачається, що юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Тобто законодавцем у цьому нормативно-правовому акті закріплюється загальна правосуб'єктність юридичних осіб у сфері цивільних правовідносин.

Цікавою з цього приводу є думка В. А. Січевлюка, який зазначає, говорити про реальну «загальну правосуб'єктність» (як про необмежену, невичерпну) складно і в галузевому аспекті. Адже і тут, у локальному правосуб'єктному просторі, ми не бачимо такого суб'єкта права, якому були б доступні всі без винятку правові опції галузі. Наприклад, у господарському праві конкретна фізична особа ніколи не зможе набути дуже істотного масиву тієї правосуб'єктності, що адресований конкретному переліку галузевих суб'єктів просто в силу того імперативного припису, за яким певні види виробничої чи організаційної діяльності є сферою, в яку допущені тільки юридичні особи, створені, до того ж, у визначеній законом

⁸¹⁰ Притика, Д.М., Булгакова, І.В. (ред.) (2010). *Господарський кодекс України. Науково-практичний коментар* (с. 547). Київ : Юрисконсульт, Юстініан.

⁸¹¹ Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

організаційно-правовій формі (банки, страхові компанії, холдингові компанії, об'єднання підприємств тощо). Поряд із цим у господарсько-правовій доктрині визнається можливість поєднання у деяких випадках різнорідних повноважень у межах право суб'єктності одного виду суб'єктів права⁸¹².

Відтак, встановлення у ЦК загальної правосуб'єктності юридичних осіб не означає, що законами не можуть встановлюватися положення про їх спеціальну правосуб'єктність. Як слушно з цього приводу зазначив В. Г. Ротань, усі закони, які встановлюють спеціальну цивільну правоздатність юридичних осіб або в будь-який спосіб обмежують її, зберегли чинність і після введення в дію ЦК України і ГК України. Чинними є і ті закони, які прийняті після введення в дію названих кодексів та встановлюють в будь-який спосіб обмеження на здійснення юридичними особами певних видів підприємницької діяльності та на вчинення відповідних правочинів⁸¹³.

На рівні закону термін «правосуб'єктність» також вживається у Кодексі адміністративного судочинства України (ст. 48)⁸¹⁴, Законі України «Про міжнародне приватне право» (ст. 27)⁸¹⁵, Законі України «Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» (ст. 86)⁸¹⁶, Законі України «Про вищу освіту» (ст. 27)⁸¹⁷ та ін.

⁸¹² Січевлюк, В.А. (2020). *Еволюція категорії «правова суб'єктність» (теоретико-прикладні засади)* : монографія (с. 155–156). Київ : Юридична думка.

⁸¹³ Ярема, А.Г., Ротань, В.Г. (ред.) (2005). *Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України* (с. 56–57). Київ : Реферат.

⁸¹⁴ Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06 липня 2005 року № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/ed20170803#Text>

⁸¹⁵ Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 року № 2709-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text>

⁸¹⁶ Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України від 16 вересня 2014 року № 1678-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1678-18#Text>

⁸¹⁷ Про вищу освіту: Закон України від 01 липня 2014 року № 1556-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#Text>

Як показав аналіз, незважаючи на поширеність терміну «правосуб'єктність» у законодавстві, ні Конституція України, ні ГК України, ні жоден інший нормативно-правовий акт не містять визначення поняття «правосуб'єктність», а тим більше поняття «господарська правосуб'єктність». У зв'язку з цим у практичній діяльності суб'єктів господарювання виникає потреба в офіційному тлумаченні цієї правової категорії відповідними державними органами, які мають повноваження на здійснення зазначених дій⁸¹⁸.

Такою формою вираження офіційної державної позиції з цього питання можна вважати лист Міністерства юстиції України від 05.11.2004 р. № 19-45-1322 «Щодо надання роз'яснення щодо правосуб'єктності підприємства»⁸¹⁹. Однак і в даному документі, центральний орган виконавчої влади не розкриває визначення поняття «правосуб'єктність», а тільки окреслює межі реалізації господарської правосуб'єктності, наголошуючи на тому, що підприємство здійснює свою господарську діяльність відповідно до його мети і предмету діяльності, вказаним у статуті. Виникнення інших прав та обов'язків підприємства, прямо не передбачених статутом, можливе, але при умові, якщо вони не суперечать чинному законодавству і цілям діяльності цього підприємства.

Останнім часом окремим аспектам категорії «правосуб'єктність» приділяє увагу Верховний Суд, Так, про правосуб'єктність у постановках Верховного Суду йдеться у контексті нехтування правосуб'єктністю компанії при проникненні за «корпоративну завіслу»⁸²⁰, змісту правосуб'єктності учасника справи про

⁸¹⁸ Труш, І.В. (2012). Господарсько-правове забезпечення діяльності комунальних підприємств : монографія (с. 159). Київ. НВП «Інтерсервіс».

⁸¹⁹ Щодо надання роз'яснення щодо правосуб'єктності підприємства: лист Міністерства юстиції України від 05.11.2004 р. № 19-45-1322. *Бухгалтер*, 2004, 48.

⁸²⁰ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 17 лютого 2021 року № 910/13643/19. URL: https://ips.ligazakon.net/document/c017319?an=2&ed=2021_02_17

банкрутство⁸²¹, неможливості встановлення правосуб'єктності особи через відсутність про неї відомостей у ЄДР⁸²² та ін.

Відсутність нормативної дефініції «господарська правосуб'єктність» і усталеної судової практики обумовлює необхідність продовження наукового пошуку у площині досліджень проблеми сутності господарської правосуб'єктності представниками правової науки.

Тривалий час у правовій науці триває наукова дискусія щодо визначення поняття господарської правосуб'єктності. Проте, на сьогоднішній день у правовій науці відсутня єдність у підходах до визначення цього поняття.

У науково-практичному коментарі ГК господарська правосуб'єктність визначається як сукупність загальних юридичних можливостей щодо участі у правовідносинах, що закріплюються законодавством за суб'єктами господарювання як суб'єктами права⁸²³.

У навчальному посібнику «Господарське право» під загальною редакцією В. К. Мамутова господарська правосуб'єктність визначається як така, що визнається законодавством за суб'єктом господарювання сукупність загальних юридичних можливостей щодо участі у безпосередній господарській діяльності та керівництва нею. При цьому господарська компетенція визнається як сукупність господарських прав і обов'язків⁸²⁴.

Н. Ф. Ментух визначає господарську правосуб'єктність як правову властивість господарської організації, що виражається в суб'єктивних правах і юридичних обов'язках, які надані законом

⁸²¹ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 02 жовтня 2019 року № 5006/5/396/2012. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85742530>

⁸²² Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 26 березня 2020 року № 910/15213/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88494834>

⁸²³ Мамутов, В.К. (ред.) (2004). *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України* (с. 25). Київ : Юрінком Інтер.

⁸²⁴ Мамутов, В.К. (ред) (2002). *Хозяйственное право : учебник* (с. 277–280). Киев : Юринком Інтер.

та/або безпосередньо законом не встановлені, але необхідні для виконання господарською організацією покладених на неї функцій і завдань, спрямована на збалансування приватних і публічних інтересів⁸²⁵.

С. М. Грудницька вважає, що господарська правосуб'єктність – це абстрактна властивість суб'єкта господарського права, яка конкретизується в суб'єктивних правах і обов'язках двох видів: статусних правах і обов'язках (або компетенції) і похідних від них поточних правах і обов'язках⁸²⁶.

На думку В. С. Мілаш, господарська правосуб'єктність – це галузево-правова якість, володіючи якою суб'єкт права спроможний мати та реалізувати права й обов'язки, пов'язані з організацією та безпосереднім здійсненням господарської діяльності. При цьому на відміну від попереднього автора, вона вважає, що господарська правосуб'єктність – це реальне, а не абстрактне поняття, яке має не статичний, а динамічний характер⁸²⁷.

На думку В. С. Щербини, категорія «правосуб'єктність», яка традиційно розкривається через «праводієздатність», у науці господарського права отримує вираз у понятті «компетенція», а саме господарська компетенція⁸²⁸.

А. Г. Бобкова, ототожнюючи господарську правосуб'єктність із господарською компетенцією, визначає її як засновану на законі можливість набувати майнові та немайнові права, обирати сфери господарської діяльності, партнерів у зобов'язання, визначати порядок розподілу чистого прибутку тощо

⁸²⁵ Ментух, Н.Ф. (2011). Поняття господарської правосуб'єктності. *Адвокат*, 2(125), 41.

⁸²⁶ Грудницька, С.М. (2008, 29 квіт.). Сутність і поняття правосуб'єктності: господарсько-правове визначення. *Становлення сучасної юридичної науки* : матеріали Міжнар. наук.-практ. інтернет-конф. (с. 91–94). Тернопіль.

⁸²⁷ Мілаш, В.С. (2008). *Господарське право* : курс лекцій (ч. 1, с. 79). Харків : Право.

⁸²⁸ Щербина, В.С. (2008). Суб'єкти господарського права : монографія (с. 11). Київ : Юрінком Інтер.

з моменту створення суб'єкта господарювання до припинення діяльності⁸²⁹.

На думку О. А. Беяневич, господарська правосуб'єктність визначається через: 1) господарську компетенцію, тобто конкретні права та обов'язки щодо здійснення господарської діяльності та керівництва нею. Такі права та обов'язки є суб'єктивними правами та обов'язками, що існують в силу закону, тобто в рамках абсолютних (не персоніфікованих) правовідносин; 2) господарську правоздатність, тобто можливість своїми діями набувати прав і обов'язків, що відповідають предмету діяльності суб'єкта, не входять в конфлікт із цілями діяльності цього суб'єкта⁸³⁰.

Кожен із наведених підходів має як свої сильні, так і слабкі сторони. Водночас, у цілому, можна погодитися з тим, що господарська правосуб'єктність є юридичною властивістю, яка притаманна будь-якому суб'єкту господарювання і є передумовою його участі у господарських правовідносинах.

Разом з тим, слід констатувати про відсутність єдиної усталеної думки щодо визначення господарської правосуб'єктності в юридичній літературі. Причиною цьому може бути те, що господарська правосуб'єктність – це досить складне явище, змістовне навантаження якого зазнає істотного впливу у зв'язку зі змінами у соціально-економічному розвитку країни.

У теорії права розрізняють універсальну, спеціальну і виключну правосуб'єктність. Критерієм для розмежування понять універсальної, спеціальної та виключної правової суб'єктності, об'єднаних у єдиній логічній послідовності, на нашу думку В. А. Січевлюка, «є міра диспозитивності, передбачена об'єктивним правом для вияв-

⁸²⁹ Бобкова, А.Г. (2000). *Правовое обеспечение рекреационной деятельности* : монографія (с. 154). Донецк : Юго-Восток.

⁸³⁰ Беяневич, О.А. (2006). *Теоретичні проблеми господарського договірної права* (дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право», с. 400). Київ.

лення та втілення волі того чи іншого суб'єкта права»⁸³¹. В основу цієї класифікації закладається певна характеристика суб'єкта права, набута ним у взаємодії зі сферою об'єктивного права, а не галузеві, внутрішньогалузеві чи інші кількісні виміри останнього⁸³².

Про універсальну правову суб'єктність ми можемо говорити тоді, коли об'єктивне право у межах певного свого сегменту (наприклад, сукупності галузей, окремої галузі чи навіть підгалузі) забезпечує суб'єкту права максимальний простір для виявлення та реалізації його легітимної волі. Така правосуб'єктність ґрунтується на вкрай диспозитивній правовій основі, тобто регулюють її переважно норми, що встановлюють для своїх адресатів найвільніші сценарії їх вольової поведінки. Однак, поряд з цим, у функціонуванні правосуб'єктності цього роду також істотну роль відіграє необхідність її підкорення правилам, що визначають суспільно-прийнятні межі та процедури реалізації відповідним суб'єктом права наявних у його розпорядженні юридичних опцій. Спеціальна правова суб'єктність має місце тоді, коли суб'єкт права володіє значною, однак відчутно обмеженою об'єктивним правом можливістю виявити та реалізувати свою волю в правовому житті. У масиві норм, що формують таку правову суб'єктність, домінують уповноваження (які визначають обсяг «юридично дозволеного»), однак їх вплив балансується нормами, що зобов'язують носія такої правосуб'єктності, та нормами, що частково блокують його волевиявлення шляхом прямих чи опосередкованих заборон. Виключна правова суб'єктність передбачає, що норми об'єктивного права, матеріалізовані у нормативно-правовому акті чи у іншому джерелі права, імперативно та максимально звужують поле волевиявлення

⁸³¹ Січевлюк, В.А. (2019). Загальна, універсальна, спеціальна та виключна правосуб'єктність: теоретичні аспекти та прикладні вияви. *Держава і право* : зб. наук. праць. Серія *Юридичні і політичні науки*, 85, 10.

⁸³² Січевлюк, В.А. (2020). *Еволюція категорії «правова суб'єктність» (теоретико-прикладні засади)* : монографія (с. 161). Київ : Юридична думка.

суб'єкта права. Ресурс для реалізації волі персони, наділеної такою правовою суб'єктністю, дорівнює власне можливості прийняти рішення про входження у певний правовий сценарій, утворений переважно, але не виключно, заборонами та обов'язками⁸³³.

Важливим аспектом у дослідженні господарської правосуб'єктності є з'ясування питання щодо її належності до універсальної, спеціальної чи виключної правосуб'єктності.

Положеннями чинного ГК України щодо суб'єктів господарювання, встановлено спеціальну господарську правосуб'єктність. Наприклад, господарська правосуб'єктність підприємств за своїм змістом вона повинна відповідати цілям і завданням діяльності таких господарських організацій, визначеним в їх установчих документах.

Разом з тим, господарське законодавство України містить численні випадки звуження господарської правосуб'єктності, зводячи її до виключної правосуб'єктності, що визначаються у юридичній літературі як «можливість суб'єкта господарювання мати і здійснювати тільки права та обов'язки, необхідні йому для конкретної діяльності, якщо здійснення інших видів діяльності такому суб'єкту заборонено»⁸³⁴. Це стосується підприємств виключними видами діяльності, яких є банківська діяльність, спільне інвестування, професійна діяльність на ринку цінних паперів, страхування та ін. Для таких суб'єктів законодавчий дозвіл здійснювати певний вид діяльності водночас є заборонаю на здійснення інших видів підприємницької діяльності. Крім прямої вказівки на заборону суміщення певного виду діяльності з іншими видами підприємницької діяльності законодавство може містити перелік видів діяльності, якими суб'єкт, що спеціалізується на діяльності

⁸³³ Січевлюк, В.А. (2020). *Еволюція категорії «правова суб'єктність» (теоретико-прикладні засади)* : монографія (с. 161–163). Київ : Юридична думка.

⁸³⁴ Бобкова, А.Г. (ред.) (2008). *Хозяйственный кодекс Украины* : научно-практический комментарий (с. 186). Харьков: Изд-во ФЛ-П Вапнярчук Н.Н.

виключного виду, не вправі займатись⁸³⁵. Вважаємо, що встановлення для вищеназваних підприємств виключної господарської правосуб'єктності є виправданим кроком, спрямованим на збалансування публічних і приватних інтересів при здійсненні окремих видів господарської діяльності.

Підсумовуючи наведене вище, можна дійти таких висновків.

Господарська правосуб'єктність – це здатність особи бути учасниками господарських правовідносин, а саме, брати участь у правовідносинах, що виникають у сфері господарювання, шляхом реалізації господарської компетенції та набутих суб'єктивних господарських прав і юридичних обов'язків. Господарську правосуб'єктність особа має безперервно протягом усього періоду її існування. У рамках господарської правосуб'єктності особи варто виділяти спеціальну і виключну правосуб'єктність.

13.2. Структура господарської правосуб'єктності

При аналізі господарської правосуб'єктності дослідження даного об'єкта правового впливу проводиться не саме по собі, а з урахуванням зв'язків елементів і їх місця в структурі. Адже, як зазначає Ю. О. Пундор у межах кожної галузі права поняття «правосуб'єктність» набуває свого особливого змістовного відтінку. І саме елементи змісту правосуб'єктності слугують опорою при визначенні спільних ознак та розбіжностей останньої у різних галузях права⁸³⁶.

Визначення елементного складу господарської правосуб'єктності має не тільки теоретичне, але й практичне значення. Втрата

⁸³⁵ Костів, М.В. (2005). *Адміністративна правосуб'єктність юридичних осіб та особливості її реалізації в адміністративно-деліктних відносинах* (автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07, с. 13). Київ.

⁸³⁶ Пундор, Ю.О. (2013). Про визначення змісту категорії «правосуб'єктність» у теорії права та галузевих теоріях цивільного й господарського права (порівняльно-правовий аспект). *Часопис Київського університету права*, 1, 61.

структурної цілісності правосуб'єктності може призвести до її незавершеності і неможливості (обмеженості) участі у сфері господарських правовідносин як самостійного суб'єкта права.

Так, якщо фізична чи юридична особа з тих чи інших причин губить первинний та природний формат завершеного функціонування властивої їй правосуб'єктності (зокрема, критично втрачає її обсяг чи зміст, а в деяких ситуаціях – навіть окремі структурні елементи), ефективність її дії у статусі суб'єкта права катастрофічно руйнується. Прикладами можуть послугувати ситуації обмеження дієздатності (та, фактично, внаслідок цього також і правоздатності сумісно з деліктоздатністю) фізичних осіб внаслідок психічних захворювань, або ж випадки різкого звуження чи навіть повного вилучення галузевої правоздатності юридичних осіб (як-от, втрата суб'єктами господарювання можливості вести господарську діяльність внаслідок анулювання ліцензії чи скасування іншого ключового адміністративного дозволу, що дає право на проведення господарських операцій)⁸³⁷.

Правосуб'єктність складається з низки взаємопов'язаних елементів. Елементи є правовими субстанціями, діалектично поєднаними в межах правосуб'єктності як єдиного цілого та виступають проявами останньої⁸³⁸. Однак у правовій науці не досягнуто повної єдності думок відносно структури категорії, що досліджується.

Так, щодо елементного складу структури правосуб'єктності у юридичній літературі⁸³⁹ було висловлено багато різноманітних концепцій, які відрізняються використанням науковим підходом та спрямованістю юридичної думки. У залежності від елементного складу структури правосуб'єктності науковцями пропонувалися:

⁸³⁷ Січевлюк, В.А. (2019). Незавершена правосуб'єктність : поняття, види, значення для суб'єктів права. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*, 55, 1, 61.

⁸³⁸ Пундор, Ю.О. (2013). Про визначення змісту категорії «правосуб'єктність» у теорії права та галузевих теоріях цивільного й господарського права (порівняльно-правовий аспект). *Часопис Київського університету права*, 1, 60–63(61).

⁸³⁹ Труш, І.В. (2012). Господарсько-правове забезпечення діяльності комунальних підприємств : монографія (с. 159 (400)). Київ : НВП «Інтерсервіс».

– **одноелементна структура** правосуб'єктності, яка передбачала: ототожнення правосуб'єктності із правоздатністю і визначення її як здатності мати права та обов'язки⁸⁴⁰; ототожнення категорії правосуб'єктність та суб'єкт права за своїм основним змістом⁸⁴¹; ототожнення правосуб'єктності із правовим статусом⁸⁴²; ототожнення господарської правосуб'єктності із господарською компетенцією⁸⁴³;

– **двохелементна структура**, яка передбачала включення правосуб'єктністю: правоздатності та дієздатності⁸⁴⁴; правоздатності і правового статусу⁸⁴⁵; компетенції та деліктоздатності⁸⁴⁶; компетенції та правоздатності⁸⁴⁷;

⁸⁴⁰ Венедиктов, А.В. (1955). О субъектах социалистических правоотношений. *Советское государство и право*, 6, 22 ; Братусь, С.Н. (1950). Субъекты гражданского права (с. 6). Москва : Госюриздат ; Кеचेкьян, С.Ф. (1958). Правоотношения в социалистическом обществе (с. 84–85). Москва : Изд. АН СССР ; Толстой, Ю.К. (1959). К теории правоотношения (с. 9–11). Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та ; Матузов, Н.И. (1966). Субъективные права граждан СССР, 84. Саратов : Приволжское книжное изд-во.

⁸⁴¹ Алексеев, С.С. (1982). Общая теория права (Т. 2, с. 139). Москва : Юрид. лит. ; Малени, Н.С. (1980). О понятии, ограничении и защите правосубъектности граждан. *Теоретические вопросы гражданского права*, 3–13. М. : ИГП АН СССР.

⁸⁴² Мицкевич, А.В. (1962). Субъекты советского права (с. 30). Москва : Госюриздат.

⁸⁴³ Бобкова, А.Г. (2000). *Правовое обеспечение рекреационной деятельности* (с. 154). Донецк : Юго-Восток ; Басин, Ю.Г. (1967). Правовые формы реализации оперативно-хозяйственной самостоятельности социалистических предприятий. *Правоведение*, 6, 45.

⁸⁴⁴ Окунев, І.С. (2010). *Загально-теоретичні засади правового статусу суб'єкта права* (автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01, 12). Київ, Ін-т законодавства ВР України ; Илларионова, Т.И. (1978). Структура гражданской правосубъектности. *Правовые проблемы гражданской правосубъектности* : межвуз. сб. науч. тр., 62, 54. Свердловск : УрГУ ; Спиридонов, Л.И. (1996). *Теория государства и права* (с. 185). Москва : Проспект ; Матузов, Н.И. (1972). *Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права* (с. 201). Саратов : Изд-во Саратов. ун-та ; Харитонов, С.О. (2006). *Вступ до цивільного права України* : навч. посіб. (с. 199). Київ. Істина ; Козлова, Н.В. (2005). Правосубъектность юридического лица : учебник (с. 9). Москва : Статут ; Иоффе, О.С. (1957). Спорные вопросы учения о правоотношении. Очерки по гражданскому праву (с. 55–56). Ленинград : Изд-во Ленинград. ун-та.

⁸⁴⁵ Александров, Н.Г. (1961). *Право и законность в период развернутого строительства коммунизма* (с. 236). Москва : Госюриздат.

⁸⁴⁶ Пундор, Ю.О. (2013). Про визначення змісту категорії «правосуб'єктність» у теорії права та галузевих теорій цивільного й господарського права (порівняльно-правовий аспект). *Часопис Київського університету права*, 1, 62.

⁸⁴⁷ Беляневич, О.А. (2006). *Теоретичні проблеми господарського договірної права* (дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» (с. 400)). Київ, Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка ; Щербина, В.С. (ред.) (2003). *Господарське право : практикум* (с. 203). Київ : Юрінком Інтер.

- **трьохелементна структура**, відповідно до якої: правосуб'єктність включає в себе правоздатність, дієздатність і деліктоздатність⁸⁴⁸; правосуб'єктністю поряд із правоздатністю, дієздатністю охоплюється правовий статус⁸⁴⁹; до складу правосуб'єктності включаються, окрім правоздатності і дієздатності, основні права та обов'язки⁸⁵⁰;
- **чотирьохелементна структура**, при якій пропонується розрізняти такі елементи правосуб'єктності: правочиноздатність, деліктоздатність, трансдієздатність і бізнесдієздатність⁸⁵¹;
- **п'ятиелементна структура**, яка в якості елементів правосуб'єктності включає правоздатність, дієздатність, деліктоздатність, правочиноздатність, правонаступництво⁸⁵².

⁸⁴⁸ Січевлюк, В.А. (2020). *Еволюція категорії «правова суб'єктність» (теоретико-прикладні засади)* (автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01, с. 6). Київ ; НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. ; Веберс, Я.Р. (1976). *Правосуб'єктність громадян в советском гражданском и семейном праве* (с. 124). Рига : Зинанте ; Скаукн, О.Ф. (2010). *Теорія права і держави : підручник (2-ге вид., с. 396)*. Київ : Алерта; КНТ; ЦУЛ ; Цвік, М.В., Петришин, О.В. (2009). *Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. вищ. навч. закл.*, (с. 340). Харків : Право ; Крестовська, Н.М. (2007). *Теорія держави і права. Елементарний курс : навч. посібник (с. 303)*. Харків : Одиссей ; Бабаєв, В.К. (1993). *Правовые отношения / Общая теория права : курс лекций (с. 417–418)*. Нижний Новгород : Изд-во Нижегород. ВШ МВД Российской Федерации ; Рассолов, М.М. (ред.) (2004). *Теория государства и права: учебник для вузов (2-е изд. перераб. и доп., с. 329–331)*. Москва : ЮНИТА-ДАНА.

⁸⁴⁹ Мальцев, Г.В. (1968). *Социалистическое право и свобода личности: теоретические вопросы* (с. 87). Москва : Юрид. лит. ; Пиголкин А.С. (ред.) (1996). *Общая теория права : учебник для юрид. вузов (2-е изд., перераб. и доп., с. 240)*. Москва : Изд-во МГТУ им. Баумана ; Сырых, В.М. (1998). *Теория государства и права : учебник (с. 281)*. Москва : Былина ; Нерсисянц, В.С. (ред.) (2004). *Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов (с. 373)*. Москва : Норма.

⁸⁵⁰ Бегичев, Б.К. (1972). *Трудовая правоспособность советских граждан (с. 71–74)*. Москва : Юрид. лит. ; Виткявичус, П.П. (1978). *Гражданская правосуб'єктність советского государства (с. 208)*. Вильнюс ; Удальцова, И.В. (1998). *Особое производство и проблемы признания гражданина ограничено дееспособным или недееспособным (дис. ... канд. юрид. наук, с. 59)*. Харьков, Нац. юрид. акад. Украины им. Ярослава Мудрого.

⁸⁵¹ Харитонов, С.О., Саниахметова, Н.О. (2003). *Гражданское право Украины : підручник (с. 71)*. Київ : Істина ; Зубар, В.М. (2007). Деякі аспекти правосуб'єктності юридичних осіб публічного права. *Актуальні проблеми держави і права*, 33, 32.

⁸⁵² Рассолова, Т.М. (2012). *Гражданское право : учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности 030501 «Юриспруденция» (с. 53)*. Москва : ЮНИТИ-ДАНА.

На сучасному етапі, в умовах модернізації національної економічної системи та правового господарського порядку, більшість науковців та юристів-практиків, зокрема, В. К. Мамутов, Г. В. Пронська, В. С. Щербина, А. Г. Бобкова, О. М. Вінник, С. М. Грудницька, Р. А. Джабраїлов, І. В. Труш, В. С. Мілаш, Н. В. Ментух, Ю. О. Пундор та інші, вважають доцільним визначати структуру господарської правосуб'єктності через включення до неї такого елементу як **«господарська компетенція»**. Така єдність представників науки господарського права обумовлена тим, що господарсько-правовий підхід припускає дослідження суті правосуб'єктності з позицій методологічного колективізму, який відрізняє його від цивільного підходу, що претендує на регулювання відносин у господарській сфері на основі догматизму з позицій методологічного індивідуалізму. Саме завдяки такому підходу розширюється горизонт господарської правосуб'єктності від приватних і публічних виробничих і комерційних структур до публічних суб'єктів, що володіють організаційно-господарськими повноваженнями⁸⁵³.

Якщо в традиційних галузях права правосуб'єктність розглядається як здатність особи бути суб'єктом права і розкривається за допомогою категорій правоздатності і дієздатності або вважається тотожною категорії правоздатності, то в господарському праві правосуб'єктність має економіко-правовий зміст, що відоміє її структуру й обумовлює відмінність від подібних категорій в інших галузях права⁸⁵⁴. Двоїста приватно-публічна сутність господарської правосуб'єктності, що історично сформувалася, ускладнила її структуру. Коли структура приватної підприємницької правосуб'єктності включала правоздатність і дієздатність

⁸⁵³ Грудницькая, С.Н. (2008). Методологические подходы к исследованию проблем хозяйственной правосубъектности. *Актуальные проблемы правоведения*, 1(19), 136–137.

⁸⁵⁴ Грудницька, С. (2008). Еволюція господарської правосуб'єктності як економіко-правової категорії. *Право України*, 8, 74.

або ж прирівнювалася до правоздатності, то з трансформацією її у приватно-публічну господарську правосуб'єктність сформувалася нова категорія господарської компетенції⁸⁵⁵.

У ст. 55 ГК господарська компетенція визначається як сукупність господарських прав та обов'язків.

Господарська компетенція має видовий характер, оскільки пов'язана з певним видом організацій (банками, підприємствами, господарськими товариствами та ін.).

До складу господарської компетенції входить:

- коло питань, які може вирішувати та чи інша господарська організація;
- обов'язки, що покладаються законом на певну господарську організацію;
- форми відповідальності за порушення закладених законом обов'язків;
- способи захисту порушених прав⁸⁵⁶.

Оскільки обсягові прав і обов'язків суб'єктів господарського права притаманний динамічний характер, який, у свою чергу, залежить від мети і завдань діяльності, а також від кількості і характеру господарських зв'язків, в яких перебуває суб'єкт (поточні права та обов'язки), для характеристики правосуб'єктності суб'єкта не достатньо лише категорії «господарська компетенція». Динамічний рух суспільних відносин визначає і динаміку правосуб'єктності, яка виражається в різноманітних заходах щодо збалансування влади та публічних і приватних інтересів, що обумовлює розвиток суб'єктивних прав і обов'язків, тобто здатність набувати права та обов'язки в процесі здійснення власної діяльності (господарська правоздатність)⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ Грудницька, С. (2008). Еволюція господарської правосуб'єктності як економіко-правової категорії. *Право України*, 8, 79.

⁸⁵⁶ Щербина, В.С. (ред.), Пронська, Г.В., Вінник, О.М. та ін. (2003). *Господарське право* : практикум (с. 203). Київ : Юрінком Інтер.

⁸⁵⁷ Ментух, Н.Ф. (2011). Поняття господарської правосуб'єктності. *Адвокат*, 2(125), 40–41.

Відмінність між господарською компетенцією і господарською правоздатністю, свого часу, була досить чітко представлена В. К. Мамутовим, зокрема: компетенція – це сукупність конкретних наявних прав і обов'язків, що має суб'єкт в силу закону, тоді як правоздатність – основа для самостійного набуття прав і обов'язків; компетенція завжди має свій обсяг, який не може бути змінений за власною волею, у той час як обсяг правоздатності менш конкретний та є безмежним⁸⁵⁸.

Господарська правоздатність як другий елемент господарської правосуб'єктності – це здатність господарської організації мати права та обов'язки, які безпосередньо законом не встановлені, але необхідні для виконання господарською організацією покладених на неї функцій і завдань. Господарська правоздатність виникає завдяки закріпленому в законі дозволу мати інші права та обов'язки, якщо вони не суперечать основним нормам законодавства, правам та законним інтересам інших осіб. Правоздатність на відміну від компетенції має індивідуальний характер, оскільки пов'язана із завданнями і функціями конкретної організації⁸⁵⁹.

З огляду на вищенаведене вбачається, що оптимальною є структуризація господарської правосуб'єктності, яка в якості елементів включає *господарську компетенцію і господарську правоздатність*.

13.3. Усталені підходи до розуміння сутності господарської компетенції

Для участі у сфері господарювання особа повинна бути наділена необхідними для цього правами та обов'язками. Без цього

⁸⁵⁸ Мамутов, В.К. (1965). О соотношении понятий компетенции и правоспособности государственных хозяйственных органов. *Правоведение*, 4, 63.

⁸⁵⁹ Щербина, В.С. (ред.), Пронська, Г.В., Вінник, О.М. та ін. (2003). *Господарське право : практикум* (с. 203). Київ : Юрінком Інтер.

особа не зможе ні досягнути визначеної мети, ні виконати поставлених перед нею завдань, ні набути статусу суб'єкта господарського права, ні, взагалі, стати учасником господарських відносин. Сукупність необхідних для всього цього прав та обов'язків розкривається у господарсько-правовій доктрині через поняття господарської компетенції.

Практичне значення і цінність нормативних понять проявляється за умови, якщо вони «починають функціонувати в якості однієї із ланок науково-понятійного апарату, який становить не конгломерат понять, не їх арифметичну суму або невпорядковану сукупність, а єдиний чітко злагоджений механізм, струнку, у всіх своїх підрозділах узгоджену систему, скоординовану в одних і субординовану в інших складових частинах, що її утворюють»⁸⁶⁰.

Оскільки і в ГК, і в юридичній літературі відсутня однозначність у тлумаченні поняття «господарська компетенція», на практиці виникають проблеми при реалізації суб'єктами господарської компетенції у сфері господарювання.

Базовим нормативно-правовим актом, нормами якого визначаються основні положення щодо господарської правосуб'єктності суб'єктів господарського права є ГК України. Аналіз норм і структури ГК свідчить про закладення у цьому нормативно-правовому акті підходу, згідно з яким елементом господарської правосуб'єктності є господарська компетенція. Саме у цьому нормативно-правовому акті було закріплено легальні підстави для вживання терміну «господарська компетенція» у науковому обороті.

Використовуючи у нормах ГК України термін «господарська компетенція», законодавець, разом з тим, допускає певну непослідовність, вживаючи його у різних значеннях.

⁸⁶⁰ Иоффе, О.С. (1972). Логические пределы понятий юридического лица, оперативного управления, хозяйственного обязательства. *Правоведение*, 6, 105.

Наприклад, у ст. 55 ГК господарська компетенція розкривається як **сукупність господарських прав та обов'язків**, які надаються суб'єктам господарювання і реалізуються ними

У ст. 2 та ч. 2 ст. 176 ГК термін «господарська компетенція» законодавець використовує в іншому значенні. Відповідно до цих норм господарською компетенцією наділяються державні органи та органи місцевого самоврядування щодо відповідних суб'єктів господарювання. У зв'язку з цим окремими науковцями пропонується термін «господарська компетенція» тлумачити так, що він позначає те ж явище, яке позначається терміном «організаційно-господарські повноваження», і, крім того, до змісту поняття господарської компетенції включати ті повноваження, які державні органи, органи місцевого самоврядування мають стосовно господарських товариств, створених (у тому числі одноособово) державою чи територіальною громадою. При цьому вони зауважують, що до відносин між суб'єктами господарювання, засновниками або учасниками яких не є держава, територіальна громада (їх органи), з одного боку, та державними органами або органами самоврядування, – з другого, термін «господарська компетенція» застосовуватись не може⁸⁶¹.

І, нарешті, у ст. 207 ГК (до 17 червня 2018 року) поняття господарської компетенції уже ототожнюється з терміном **«спеціальна правосуб'єктність»**. Подібний підхід знаходить свою підтримку і серед окремих науковців, що пропонують одноелементну структуру господарської правосуб'єктності, при якій «господарська правосуб'єктність» = «господарська компетенція»⁸⁶².

Відсутність у законодавстві усталеного підходу до визначення господарської компетенції обумовлює необхідність визначення

⁸⁶¹ Ярема, А.Г., Ротань, В.Г. (ред.) (2005). *Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України* (336 с. (с. 25)). Київ : Реферат.

⁸⁶² Мачуський, В.В. (ред.) (2015). *Правове регулювання господарської діяльності* : навч. посіб. (с. 20). К. : КНЕУ ; Лебідь, В.І., Можаровська, Н.О., Нескороджена, Л.Л. (2014). *Господарське право* : навчальний посібник (с. 33). Київ : Алерта.

даного терміну з використанням інструментарію правової науки. Адже для того, щоб забезпечити єдність господарського законодавства у сфері правових понять, необхідно своєчасно усунути проблеми понятійного апарату.

У такій ситуації цілком логічним є проведення аналізу напрацьованих, вироблених юридичною наукою.

У юридичній літературі питання визначення сутності господарської компетенції отримало детальну розробку, насамперед, у працях представників науки господарського права. Так, при аналізі правового статусу суб'єктів господарського права у господарсько-правовій доктрині сформувалось досить чітке уявлення про наявність у них такої ознаки як господарська компетенція. Через цю ознаку суб'єкта господарського права в господарсько-правовій теорії розкривається його господарська правосуб'єктність⁸⁶³.

Хоча господарська компетенція є однією із базових ознак суб'єктів господарського права, в господарсько-правовій науці ще не сформувалось однакового розуміння поняття «господарська компетенція». Визначаючи господарську компетенцію окремою науковою категорією, науковці, разом з тим, вкладають у це поняття різний зміст.

В. В. Лаптев вважав, що поняття господарської компетенції включає права та обов'язки двоякого роду: по-перше, суб'єктивні права та обов'язки, які засновані безпосередньо на законодавстві і належать суб'єкту господарського права незалежно від вступу в правовідносини; по-друге, право набувати права та обов'язки при

⁸⁶³ Лаптев, В.В. (1975). *Теоретические проблемы хозяйственного права* (с. 66–84). Москва : Наука ; Мартемьянов, В.С. (1994). *Хозяйственное право. Общие положения* : курс лекций (Т. 1, с. 56). Москва : БЕК ; Ершова, И.В. (2002). *Предпринимательское право* : учебник (с. 37). Москва : Юриспруденция ; Беяневич, О.А. (2006). *Теоретичні проблеми господарського договірної права* (дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.04, с. 400). Київ, Б. в. ; Щербина, В.С. (2008). *Суб'єкти господарського права* : монографія (с. 11). Київ : Юрінком Інтер.

вступі в господарські правовідносини, які називаються зазвичай правоздатністю⁸⁶⁴.

На думку **В. С. Мартем'янова**, господарська компетенція як необхідний елемент правосуб'єктності означає, що суб'єкт отримує можливість набувати права й обов'язки з моменту створення і ця можливість заповнюється наявними у суб'єкта правами (на майно, фірму, вибір сфери господарювання та ін.)⁸⁶⁵.

Деякі вчені визначають компетенцію як сукупність можливих, а не наявних прав, передумову правоволодіння, що реалізується через суб'єктивні права⁸⁶⁶.

З такою постановкою питання категорично не погоджувався **В. К. Мамутов**, який стверджував, що поняттям компетенції охоплюються тільки конкретні права й обов'язки, якими суб'єкт володіє безпосередньо в силу закону⁸⁶⁷.

Подібного підходу до визначення поняття господарської компетенції притримуються і ряд інших науковців.

Так, на думку **Г. В. Пронської**, господарська компетенція – це сукупність прав і обов'язків, прямо закріплених діючим законодавством для господарських організацій даного виду. Господарська компетенція є видовою (по організаціям певного виду). До складу господарської компетенції вченою включаються: коло питань, які може вирішувати господарська організація певного виду; обов'язки, що покладаються на господарську організацію певного виду; права

⁸⁶⁴ Лаптев, В.В. (1963). *Правовое положение государственных промышленных предприятий в СССР* (с. 49). Москва : Изд-во АН СССР ; Лаптев, В.В. (1969). *Предмет и система хозяйственного права* (с. 49). Москва : Юрид. лит.

⁸⁶⁵ Мартемьянов, В.С. (1994). *Хозяйственное право. Общие положения* : курс лекций (Т. 1, с. 56). Москва : БЕК.

⁸⁶⁶ Басин, Ю.Г. (1967). Правовые формы реализации оперативно-хозяйственной самостоятельности социалистических предприятий. *Правоведение*, 6, 45 ; Татаринцева, Е.В. (1971). О правосубъектности, компетенции и правоспособности государственных хозяйственных органов. *Вопросы хозяйственной правосубъектности* : сб. ст. (с. 53). Куйбышев : Волжская коммуна.

⁸⁶⁷ Мамутов, В.К. (1965). О соотношении понятий компетенции и правоспособности государственных хозяйственных органов. *Правоведение*, 4, 58–59.

господарської організації певного виду; форми відповідальності господарської організації за порушення своїх обов'язків; способи захисту порушених прав⁸⁶⁸.

О. А. Беяневич вважає, що господарська компетенція – це конкретні права та обов'язки щодо здійснення господарської діяльності та керівництва нею. Такі права та обов'язки є суб'єктивними правами та обов'язками, що існують в силу закону, тобто в рамках абсолютних (не персоніфікованих) правовідносин⁸⁶⁹.

На думку **І. В. Єршової**, господарська компетенція як необхідний елемент правосуб'єктності означає сукупність прав, якими суб'єкт наділений у відповідності закону та установчих документів, а в окремих випадках – на підставі ліцензії. Це можливість здійснення суб'єктом певних видів підприємницької діяльності, вчинення угод⁸⁷⁰.

В. С. Щербиню господарська компетенція тлумачиться як поняття, через яке у науці господарського права розкривається категорія «правосуб'єктність», під якою традиційно розуміють «праводієздатність». Він зазначає, що оскільки поняття компетенції є досить широким і застосовується в різних правових галузях (конституційному, адміністративному праві тощо), в ГК йдеться саме про господарську компетенцію, якою позначається не лише сукупність прав і обов'язків суб'єктів господарювання, але і сукупність повноважень, прав та обов'язків органу державної влади або органу місцевого самоврядування при виконанні своїх функціональних завдань у сфері господарювання⁸⁷¹.

А. Г. Бобкова ототожнюючи господарську компетенцію із правосуб'єктністю, визначає її як засновану на законі можливість набу-

⁸⁶⁸ Пронська, Г.В. (2013). *Вибране* (с. 526). Київ : Освіта України.

⁸⁶⁹ Беяневич, О.А. (2006). *Теоретичні проблеми господарського договірної права* : (дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.04, с. 400). Київ, Б. в.

⁸⁷⁰ Ершова, І.В. (2002). *Предпринимательское право* : учебник (с. 37). Москва : Юриспруденція.

⁸⁷¹ Щербина, В.С. (2008). *Суб'єкти господарського права* : монографія (с. 11–13). Київ : Юрінком Інтер.

вати майнові та немайнові права, обирати сфери господарської діяльності, партнерів у зобов'язаннях, визначати порядок розподілу чистого прибутку тощо з моменту створення суб'єкта господарювання до припинення діяльності⁸⁷².

На позиціях ототожнення господарської компетенції і правосуб'єктності стоять і автори **науково-практичного коментаря ГК** (Київ, 2008). На їх думку, під господарською компетенцією розуміється сукупність господарських прав та обов'язків щодо здійснення господарської діяльності, які має суб'єкт господарювання чи інший учасник господарських відносин. Таке поняття господарської компетенції розглядається як синонім поняття господарської правосуб'єктності, яка має спеціальний господарський характер. Зміст вказаної компетенції (спеціальної правосуб'єктності) конкретного учасника господарських відносин складають його права та обов'язки, встановлені законодавством та установчими документами (статутом, засновницьким договором, положенням)⁸⁷³.

Таке розмаїття думок серед представників науки господарського права свідчить про відсутність доктринальної єдності у визначенні поняття «господарська компетенція».

Крім того, аналіз наведених визначень засвідчує, що при з'ясуванні сутності господарської компетенції мають місце значні розходження щодо співвідношення даного поняття із суміжними правовими категоріями, такими як: правоздатність, правосуб'єктність тощо. У сучасній юридичній літературі проблемі співвідношення названих правових категорій приділяється незначна увага. Разом з тим, ця проблема досить детально досліджувалась наукою господарського права радянського періоду.

⁸⁷² Бобкова, А.Г. (2000). *Правовое обеспечение рекреационной деятельности* (с. 154). Донецьк : Юго-Восток.

⁸⁷³ Знаменський, Г.Л., Щербина, В.С. (ред.) (2008). *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України* (2-е вид. перероб. і допов., с. 362). Київ : Юрінком Інтер.

Зокрема, свого часу питання **співвідношення господарської компетенції і правоздатності** досить детально розглядалися В. К. Мамутовим⁸⁷⁴. Основні висновки науковця щодо змістовних відмінностей між цими правовими категоріями можуть бути зведені до таких положень:

– поняттям компетенції охоплюються права та обов'язки покладені на суб'єкта законодавством. Ці права та обов'язки виникають в силу самого факту утворення суб'єкта, а не з угод, які є підставою для виникнення цивільних прав;

– компетенція не може бути зведена до «здатності» і до «загальних можливостей» – компетенція це щось більш конкретне, ніж загальні можливості; це – сукупність визначених, уже наявних прав;

– компетенція як сукупність наявних конкретних прав і обов'язків має визначений об'єм. Об'єм компетенції не може бути змінено з власної волі суб'єкта. Об'єм правоздатності менш конкретний, але також не безмежний. Якщо компетенція вказує, якими правами і обов'язками суб'єкт уже володіє в силу того, що належить до певної категорії учасників господарських відносин, то правоздатність показує, якими правами та обов'язками він може володіти понад це;

– наділення суб'єкта певною компетенцією означає визнання його правосуб'єктності, а відповідно, і правоздатності, але об'єм його спеціальної правоздатності є похідним від об'єму змісту його компетенції;

– і компетенцією, і правоздатністю суб'єкт володіє в силу закону, на відміну від суб'єктивних прав і обов'язків, які він набуває у результаті реалізації правоздатності.

Щодо **співвідношення господарської компетенції і правосуб'єктності** потрібно дотримуватися позиції про розмежування

⁸⁷⁴ Мамутов, В.К. (1965). О соотношении понятий компетенции и правоспособности государственных хозяйственных органов. *Правоведение*, 4, 58–59.

цих понять, але при цьому не треба виключати їх тісного взаємозв'язку. Це досить взаємопов'язані категорії, які в цілому і формують передумови участі особи в господарських правовідносинах⁸⁷⁵. При цьому господарська компетенція і господарська правосуб'єктність співвідносяться як частина і ціле.

Певні розходження у юридичній літературі мають місце і щодо **визначення змісту господарської компетенції**. Одні вчені включають до змісту господарської компетенції тільки ті господарські права та обов'язки, які прямо визначені законом⁸⁷⁶. Інші вчені вважають, що господарською компетенцією охоплюються не тільки господарські права та обов'язки, якими суб'єкти господарського права володіють у силу прямої вказівки закону, але й ті, які визначені в установчих документах таких суб'єктів⁸⁷⁷. Деякі дослідники, взагалі, наполягають на тому, що до господарської компетенції включаються також права та обов'язки, які виникають на підставі ліцензії⁸⁷⁸.

Найобґрунтованішим вбачається підхід, згідно з яким до змісту господарської компетенції входять господарські права та обов'язки, які передбачені як законом, так і установчими документами суб'єктів господарського права. Можливість визначення господарських прав та обов'язків для організації, яка вступає в сферу господарських відносин, не тільки в законі, але й в установчих

⁸⁷⁵ Джабраїлов, Р.А. (2010). *Господарська правосуб'єктність міста: теорія і практика* : монографія (с. 169). Донецьк : Ноулідж.

⁸⁷⁶ Мамутов, В.К. (1965). О соотношении понятий компетенции и правоспособности государственных хозяйственных органов. *Правоведение*, 4, 58–59; Пронська, Г.В. (2013). *Вибране* (с. 526). Київ : Освіта України; Беляневич, О.А. (2006). *Теоретичні проблеми господарського договірної права* (дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.04, с. 400). Київ : Б. в.

⁸⁷⁷ Ершова, И.В. (2002). *Предпринимательское право* : учебник (с. 37). Москва : Юриспруденция; Грудницкая, С.Н. (2011). *Хозяйственная правосубъектность государственных предприятий : проблемы теории и практики* : монографія (с. 191). Донецк : Юго-Восток.

⁸⁷⁸ Арсланов, И.М. (2007) Хозяйственная компетенция деятельности субъектов естественных монополий. *Российский следователь*, 23. URL: <http://www.center-bereg.ru/k2110.html>

документах передбачена нормами ГК України. Наприклад, абз. 2 ч. 4 ст. 57 ГК прямо передбачено, що положенням визначається господарська компетенція органів державної влади, органів місцевого самоврядування чи інших суб'єктів у випадках, визначених законом. А в ч. 2 ст. 57 ГК, зазначено, що в установчих документах суб'єкта господарювання серед іншого повинні бути зазначені «склад і компетенція його органів управління», через які такий суб'єкт бере участь у господарських відносинах. При цьому відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 15 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» зміст установчих документів господарських організацій та інших суб'єктів господарського права не може суперечити нормам законодавства⁸⁷⁹. Тобто господарські права та обов'язки, визначені в установчих документах, не можуть суперечити нормам закону, якими встановлюється господарська компетенція суб'єктів господарського права. З урахуванням цього, на практиці, в установчих документах господарські права та обов'язки суб'єкта господарського права, що охоплюються поняттям господарська компетенція, тільки конкретизуються та/або у випадках, не заборонених законодавством (наприклад, в установчих документах суб'єктів господарювання), доповнюються.

Таким чином, в сучасних умовах функціонування сфери господарських відносин господарські права та обов'язки, які у сукупності формують господарську компетенцію певної організації і мають загальнообов'язковий характер, можуть визначатися не тільки законом, але й установчим документом такої організації (статутом, засновницьким договором, положенням тощо).

Проведений аналіз сутності господарської компетенції дає підстави виділити характерні ознаки, які притаманні даній

⁸⁷⁹ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань : Закон України від 15 травня 2003 року № 755-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text>

правовій категорії і відрізняють її від інших правових категорій. Зокрема, можна виділити такі **ознаки господарської компетенції**:

– господарська компетенція є **елементом господарської правосуб'єктності**. У сучасній господарсько-правовій доктрині домінує позиція, згідно з якою структурним елементом господарської правосуб'єктності є господарська компетенція. Теоретичним підґрунтям для неї стали праці представників науки господарського права, видані як за часів радянського періоду⁸⁸⁰, так і в період незалежності України⁸⁸¹. Такий погляд на місце господарської компетенції у структурі господарської правосуб'єктності висвітлений у переважній більшості підручників і навчальних посібників з господарського права та коментарів ГК України;

– **носієм господарської компетенції є суб'єкти господарського права**. Господарська компетенція притаманна усім без винятку суб'єктам господарського права. Без неї їх участь у сфері господарських правовідносин неможлива. Визначаючи у нормах законодавства носіїв господарської компетенції, законодавець тим самим окреслює коло суб'єктів господарського права;

– **зміст господарської компетенції становлять** встановлені законодавством та установчими документами господарські права та обов'язки суб'єкта. Суб'єкти господарського права наділені

⁸⁸⁰ Мамутов, В.К. (1964). *Компетенция государственных органов в решении хозяйственных вопросов промышленности* (267 с.). Москва : Юрид. лит. ; Пронська, Г.В. (1973). *Компетенция господарських міністерств в відомств Української РСР* (126 с.). Київ : Наук. думка ; Мартемьянов, В.С. (1981). *Хозяйственное право местных Советов* (176 с.). Москва : Юрид. лит. ; Андреев, В.К. (1986). *Правосубъектность хозяйственных органов : сущность и реализация* (124 с.). Москва : Наука.

⁸⁸¹ Щербина, В.С. (2008). *Суб'єкти господарського права* : монографія (264 с.). Київ : Юрінком Інтер ; Мілаш, В.С. (2005). *Підприємницькі комерційні договори в господарській діяльності* : монографія (450 с.). Полтава : АСМІ ; Захарченко, А.М. (2007). *Господарська компетенція місцевих державних адміністрацій* (автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04, 20 с.). Донецьк, НАН України. Ін-т екон.-прав. дослідж. ; Грудницькая, С.Н. (2011). *Хозяйственная правосубъектность государственных предприятий : проблемы теории и практики* : монографія (428 с.). Донецьк : Юго-Восток ; Джабраїлов, Р.А. (2010). *Господарська правосуб'єктність міста: теорія і практика* : монографія (455 с.). Донецьк : Ноулддж ; Труш, І.В. (2012). *Господарсько-правове забезпечення діяльності комунальних підприємств* : монографія (400 с.). Київ : НВП «Інтерсервіс».

комплексом різних прав і обов'язків. Однак не всі права та обов'язки охоплюються поняттям господарської компетенції. Зміст господарської компетенції складають тільки встановлені безпосередньо в актах законодавства та установчих документах господарські права та обов'язки, необхідні для участі суб'єктів господарського права у господарських правовідносинах;

– **конкретний характер господарських прав та обов'язків**, які складають зміст господарської компетенції. Господарська компетенція показує, які конкретні, прямо передбачені у законі права та обов'язки уже належать суб'єкту, незалежно від того, в якій кількості правовідносин він перебуває в конкретний момент⁸⁸². Адже зведення правосуб'єктності, так само як і компетенції, до можливих у майбутньому прав і обов'язків нічого від неї не залишить, крім правоздатності, у зв'язку з чим вийде, що до настання відповідних можливостей суб'єкт також буде можливим, потенційним. Однак для господарських правовідносин характерна участь у них цілком реальних суб'єктів, наділених не тільки можливими в майбутньому, але й уже наявними правами та обов'язками⁸⁸³;

– **видовий характер господарської компетенції**. Для вирішення поставлених перед різними суб'єктами господарського права завдань і досягнення ними конкретних цілей кожен з них повинен володіти правами та обов'язками у різному об'ємі, різного змісту і в неоднаковому наборі⁸⁸⁴. Залежно від обсягу прав та обов'язків суб'єктів господарювання (організаційно-господарських повноважень державних органів та органів місцевого самоврядування) у юридичній літературі виділяють загальну і спеціальну (у тому числі виключну) господарську компетенцію. Останньою наділені,

⁸⁸² Хахулин, В.В. (1981). *Правовое положение управления промышленного объединения* (с. 75). Казань : Изд-во Казан. ун-та.

⁸⁸³ Коняев, Н.И. (1973). *Звенья народного хозяйства и реформа* (Субъекты хоз. права) (с. 232). Куйбышев : Куйбыш. кн. изд-во.

⁸⁸⁴ Мамутов, В.К. (ред.) (2002). *Хозяйственное право : учебник* (с. 284). Киев : Юринком Интер.

наприклад, органи державної влади функціональної компетенції (Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку України, Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг тощо), а також такі суб'єкти господарювання, як фінансові установи, товарні і фондові біржі, аудиторські фірми тощо⁸⁸⁵;

– **статичний характер** господарської компетенції – визначені законом господарські права та обов'язки, що утворюють зміст господарської компетенції, не можуть бути змінені за волею суб'єкта, який є їх носієм. Зміст господарської компетенції певної категорії або виду суб'єктів господарського права може змінюватися шляхом внесення змін до нормативно-правових актів, якими встановлюються відповідні господарські права та обов'язки таких учасників господарських правовідносин.

Детальний аналіз ознак господарської компетенції, а також доктринальних підходів і положень чинного законодавства щодо з'ясування поняття даної правової категорії дає змогу запропонувати таке його визначення: **господарська компетенція** – це елемент господарської правосуб'єктності, зміст якого складають господарські права та обов'язки, встановлені законодавством та установчими документами для суб'єктів господарського права певного виду.

Господарська компетенція – це елемент господарської правосуб'єктності, зміст якого складають господарські права та обов'язки, встановлені законодавством та установчими документами для суб'єктів господарського права певного виду.

Ознаки господарської компетенції:

- є елементом господарської правосуб'єктності;
- носієм господарської компетенції є суб'єкти господарського права;

⁸⁸⁵ Щербина, В.С. (2008). *Суб'єкти господарського права* : монографія (с. 13, 264 с.). Київ : Юрінком Інтер.

- зміст господарської компетенції складають встановлені законодавством та установчими документами господарські права та обов'язки суб'єкта;
- конкретний характер господарських прав та обов'язків, які складають зміст господарської компетенції;
- видовий характер господарської компетенції;
- статичний характер господарської компетенції.

13.4. Правова природа господарської правоздатності

Поняття «правоздатність» є іманентним, з необхідністю присутнім у структурі категорії «правова суб'єктність» елементом, оскільки саме воно позначає собою якісну визначеність цієї категоріальної абстракції. Це поняття віддзеркалює, так би мовити, «чисту природу» правової суб'єктності, фіксуючи сутнісний зв'язок абстрактного суб'єкта із обсягом розкритого для нього об'єктивного права, воно є певним індикатором буття соціального суб'єкта у праві. Тобто правоздатність конститує правосуб'єктність у сенсі позитивного залучення суб'єкта до сфери об'єктивного права. Бути правоздатним – значить бути правосуб'єктним⁸⁸⁶.

Інтенсивний розвиток технологій, постійна зміна умов ведення бізнесу обумовлюють актуальність питання розширення обсягу здатності суб'єктів господарювання мати ті чи інші права та обов'язки. Прикладом розширення сфери економічних відносин може бути ринок віртуальних активів, для врегулювання відносин на якому до Верховної Ради України внесено проект Закону України «Про віртуальні активи» № 3637 від 11 червня 2020 року⁸⁸⁷.

⁸⁸⁶ Січевлюк, В.А. (2018). До питання про зміст та структуру категорії «правова суб'єктність» у загальній теорії права. *Бюлетень Міністерства юстиції України*, 04, 33.

⁸⁸⁷ Проект Закону України «Про віртуальні активи» від 11 червня 2020 року № 3637. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69110

Господарською правоздатністю особи володіють в якості учасників господарських відносин. Хоча обсяг господарської правоздатності не конкретизується законодавцем, проте він не є безмежним.

Господарська компетенція вказує на те, якими господарськими права і обов'язками суб'єкт наділений законом та установчими документами. Однак, це не означає, що суб'єкт не може мати інші господарські права і обов'язки. Саме господарською правоздатністю охоплюється той обсяг господарських прав і обов'язків, якими суб'єкт здатний володіти понад тих, які закріплені у законі та установчих документах. Тобто, господарська правоздатність – це потенціал розширення обсягу прав і обов'язків, які може мати особа як учасник господарських відносин.

Хоча господарська правоздатність визнається елементом господарської правосуб'єктності, поняттям господарської компетенції вона не охоплюється. Ці два елементи господарської правосуб'єктності існують паралельно, не пересікаючись одне з одним, і включають усі права і обов'язки учасника господарських відносин. Однак, як слушно зазначає В. К. Мамутов, між сукупністю прав та обов'язків, які охоплюються поняттям компетенції, і правоздатністю нема нездоланної межі, оскільки окремі права можуть переходити зі сфери правоздатності у сферу компетенції⁸⁸⁸. Наприклад, у Законі України «Про господарські товариства» прямо не передбачалися права акціонерів витребувати особливу інформацію про акціонерне товариство, положення про кожну філію та кожне представництво товариства, принципи (кодекс) корпоративного управління товариства тощо⁸⁸⁹. Натомість із прийняттям Закону України «Про акціонерні товариства» такі права акціонерів були закріплені

⁸⁸⁸ Мамутов, В.К. (1965). О соотношении понятий компетенции и правоспособности государственных хозяйственных органов. *Правоведение*, 4, 59–60.

⁸⁸⁹ Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 року № 1576-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12#Text>

на законодавчому рівні⁸⁹⁰. Тобто, до прийняття цього Закону вищезазначені права акціонерів охоплювалися поняттям «господарська правоздатність», а після його ухвалення – поняттям «господарська компетенція».

На обсяг господарської правоздатності суб'єкта можуть впливати різні чинники. Наприклад, залежно від організаційно-правової форми здійснення господарської діяльності правоздатність учасників господарських відносин може істотно відрізнитися. Так, фізична особа-підприємець не здатна мати права на здійснення низки виключних видів господарської діяльності, суб'єктами якої можуть бути винятково господарські організації певних організаційно-правових форм.

До виключних видів господарської діяльності, право на здійснення якої мають винятково господарські організації певних організаційно-правових форм належать банківська діяльність (ст. 6 Закону «Про банки і банківську діяльність» Закон України від 07 грудня 2000 року № 2121-III⁸⁹¹), спільне інвестування (ст. 8 Закону «Про інститути спільного інвестування»⁸⁹²), професійна діяльність на ринку цінних паперів (ч. 2 ст. 4 Закону «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки»⁸⁹³), страхування (ст. 2 Закону «Про страхування»⁸⁹⁴), діяльність товарних бірж (ст. 3 Закону «Про товарні біржі»⁸⁹⁵) та ін.

Принагідно зазначимо, що особливість господарської правоздатності у порівнянні з цивільною полягає в тому, що у цивілістичній

⁸⁹⁰ Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 року № 514-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17#Text>

⁸⁹¹ Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07 грудня 2000 року № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text>

⁸⁹² Про інститути спільного інвестування: Закон України від 05 липня 2012 року № 5080-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5080-17#Text>

⁸⁹³ Про ринки капіталу та організовані товарні ринки: Закон України від 23 лютого 2006 року № 3480-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15#Text>

⁸⁹⁴ Про страхування: Закон України від 07 березня 1999 року № 85/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80#Text>

⁸⁹⁵ Про товарні біржі: Закон України від 10 грудня 1991 року № 1956-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1956-12#Text>

доктрині фізичні особи у порівнянні з юридичними особами мають більший обсяг правоздатності (ст. 91 ЦК України). Натомість у господарському праві правоздатність фізичної особи-підприємця зазвичай є меншою за обсягом ніж у господарських організаціях.

На обсяг господарської правоздатності може впливати і форма власності, на базі якої створений і діє суб'єкт господарського права. Наприклад, державні унітарні підприємства обмежені в можливості мати права засновників (учасників, акціонерів, членів) інших підприємств, крім випадків передбачених законом.

Чинником, від якого залежить обсяг господарської правоздатності, також є правовий титул майна, на якому воно закріплено засновником за господарською організацією. Так, державні і комунальні унітарні підприємства, засновані на базі державної (комунальної) власності, за якими майно закріплено на праві господарського відання або праві оперативного управління, можуть мати обмежене коло господарських прав і обов'язків, порівняно з підприємства, які є власниками майна, переданого їм засновниками. До того ж у своїй діяльності державні та комунальні підприємства зобов'язані дотримуватися публічних інтересів власників їх майна.

На обсяг господарської правоздатності суб'єкта господарського права може впливати і рівень його платіжездатності. Так, порушення провадження у справі про банкрутство може істотно звужити можливість особи мати певні господарські права та обов'язки.

Суб'єкти господарського права наділені загальною правоздатністю – значною за обсягом здатністю мати права та обов'язки, якщо не у всіх, то у переважній більшості галузей права. Загальна і галузева (господарська, адміністративна, цивільна, конституційна тощо) правоздатність співвідносяться як родові і видові поняття. Тому господарська правоздатність суб'єкта господарських відносин є однією зі складових його загальної правоздатності. У сукупності з господарською компетенцією господарська правоздатність

відображає особливості правового статусу особи як учасника господарських правовідносин.

Правовий статус суб'єкта господарського права включає права та обов'язки, які у літературі прийнято називати «первинні» і «вторинні»⁸⁹⁶. Первинними господарськими правами та обов'язками особа наділяється з моменту набуття статусу суб'єкта господарських відносин. Такі права та обов'язки визначені законом, а для господарських організацій ще й установчими документами. Саме з ними у правовій доктрині пов'язують категорію господарської компетенції. Вторинні – це ті господарські права та обов'язки, які особа набуває, реалізуючи господарську правоздатність. Вторинні господарські права та обов'язки не охоплюються поняттям господарської компетенції. Мало того, на момент встановлення господарської компетенції законодавцем не конкретизовані права та обов'язки, які особа здатна мати, реалізуючи господарську правоздатність. Вони тільки визнаються потенційно можливими для осіб, наділених господарською правоздатністю.

Обсяг первинних прав і обов'язків може бути однаковим для певної категорії суб'єктів. Наприклад, для фізичних осіб-підприємців, які у результаті державної реєстрації набули статус суб'єкта господарювання, законом встановлюється однаковий обсяг господарських прав і обов'язків. Проте у подальшому, внаслідок реалізації господарської правоздатності, обсяг належних їм прав і обов'язків стає різним. При цьому спільним для вторинних прав і обов'язків є те, що їх виникнення, зміна і припинення обумовлюється цілями здійснення господарської діяльності. Саме цільова направленість на організацію і здійснення господарської діяльності є визначальною для змістовної наповненості обсягу господарської правоздатності.

⁸⁹⁶ Мамутов, В.К. (1965). О соотношении понятий компетенции и правоспособности государственных хозяйственных органов. *Правоведение*, 4, 61.

Закріплення у законі та установчих документах прав і обов'язків, які формують господарську компетенцію, покликане визначити базову модель поведінки суб'єкта у системі координат господарського правового порядку. Натомість основною метою закріплення за учасниками господарських відносин господарської правоздатності є забезпечення балансу публічних (держави, суспільства, територіальної громади) і приватних (суб'єкта господарювання) інтересів при організації і здійсненні господарської діяльності. Досягненню такого балансу на фоні встановлення в законодавстві та установчих документах конкретних господарських прав і обов'язків господарська компетенція з однієї сторони має сприяти легальна фіксація диспозитивності волевиявлення при реалізації суб'єктами здатності мати господарські права та обов'язки (господарської правоздатності) – з другої сторони.

Господарська правоздатність, на відміну від господарської компетенції, не згадується у тексті ГК. Проте відсутність у ГК формального закріплення поняття господарської правоздатності чи згадки про неї не означає, що у структурі господарської правосуб'єктності такого елемента нема. Звільнення законодавця від необхідності зазначення про правоздатність обумовлене існуючою у праві презумпцією наявності господарської правоздатності у складі господарської правосуб'єктності в якості її елемента.

У юридичній літературі зустрічаються думки про те, що аналогічна презумпція існує і щодо наявності у складі господарської правосуб'єктності такого елемента як господарська дієздатність⁸⁹⁷. З таким твердженням важко погодитися. У науці господарського права неодноразово наголошувалося на тому, що у сфері господарських відносин категорія «дієздатність» розкривається у понятті

⁸⁹⁷ Січевлюк, В.А. (2020). *Еволюція категорії «правова суб'єктність» (теоретико-прикладні засади)* : монографія (с. 137). Київ : Юридична думка.

«господарська компетенція»⁸⁹⁸. Відтак, існування у структурі господарської правосуб'єктності одночасно господарської дієздатності і господарської компетенції призвело б до дублювання її елементів.

Висновки

Проаналізованими питаннями дослідження правової природи господарської правоздатності не вичерпується. Подальші дослідження окресленої проблематики доцільно здійснювати у контексті модернізації господарського законодавства України та реформування системи юридичних осіб.

⁸⁹⁸ Щербина, В.С. (2008). *Суб'єкти господарського права* : монографія (с. 11). Київ : Юрінком Інтер ; Пундор, Ю.О. (2013). Про визначення змісту категорії «правосуб'єктність» у теорії права та галузевих теоріях цивільного й господарського права (порівняльно-правовий аспект). *Часопис Київського університету права*, 1, 62.

Розділ 14

Відповідальність у приватному праві

Вступ

14.1. Доктринальний підхід до проблеми визначення юридичної відповідальності (цивільно-правової відповідальності)

14.2. Співвідношення юридичної відповідальності (цивільно-правової відповідальності) та санкції як правових категорій

14.3. Окремі аспекти переддоговірної відповідальності

14.4. Випадки змішаної цивільно-правової відповідальності

14.5. Заходи оперативного впливу та цивільно-правова відповідальність (спільне та відмінне)

14.6. Проблемні аспекти самозахисту як форми захисту порушеного права

Висновки

Вступ

У цій частині буде розкрито особливості відповідальності у приватному праві. З цього приводу у загальній теорії права термін «відповідальність» вживається у різних значеннях: найчастіше під відповідальністю розуміють борг, обов'язок, покарання, тобто відповідальність аналізується з точки зору психології особистості: з якими рисами особистості пов'язано, на підставі яких психічних процесів формується та розвивається почуття соціальної відповідальності.

14.1. Доктринальний підхід до проблеми визначення юридичної відповідальності (цивільно-правової відповідальності)

Відповідальність у цьому значенні виступає як своєрідний моральний, політичний регулятор поведінки людей на сьогодні і в майбутньому⁸⁹⁹. Відповідальність може виступати як негативний наслідок для особи, яка вчинила протиправну поведінку (заподіяння особі тих чи інших позбавлень викликає негативну реакцію суспільства на цей вчинок). Про юридичну відповідальність можна говорити лише тоді, коли вона постає у вигляді покарання (в широкому значенні цього слова)⁹⁰⁰. Вказує на юридичну відповідальність М. В. Вітрук, як на новий, додатковий юридичний обов'язок з несенням покарання за скоєне правопорушення, що означає для правопорушника втрату, обтяження, несприятливі наслідки у вигляді обмежень особистого, майнового та іншого характеру⁹⁰¹.

К. А. Флейшиц вважає, що юридична відповідальність, у тому числі й цивільна, – це застосування санкції за порушення обов'язку, який випливає з правової норми⁹⁰². У свою чергу, І. С. Самощенко зауважує, що оскільки обов'язок здійснюється внаслідок владно-примусового втручання держави, що припиняє порушення права та змушує порушника виконати свій обов'язок, то він є відповідальністю⁹⁰³. С. М. Братусь зазначає, що юридична відповідальність –

⁸⁹⁹ Денисов, А.И. (ред.) (1972). *Теория государства и права* : учеб. (с. 499). М. : Изд-во Моск. ун-та

⁹⁰⁰ Васькин, В.В., Овчинников, Н.И., Рогович, Л. Н. (1988). *Гражданско-правовая ответственность* : моногр. (с. 7). Владивосток : Изд-во Дальневосточ. ун-та.

⁹⁰¹ Вітрук, Н.В. (2012). *Общая теория юридической ответственности* (2-е изд., исправ. и доп., с. 43–44). Москва: Норма.

⁹⁰² Флейшиц, Е.А. (1962). Общие начала ответственности по основам гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик. *Советское государство и право*, 3, 35.

⁹⁰³ Самощенко, И.С., Фарушкин, М.Х. (1971). *Ответственность по советскому законодательству* (с. 58). М. : Юрид. лит-ра.

це той же обов'язок, але такий, що виконується в силу державного примусу⁹⁰⁴. За словами М. В. Вітрук, юридична відповідальність являє собою різновид обов'язків, що має ряд істотних відмінностей від інших видів юридичних обов'язків. По-перше, юридична відповідальність є новим, додатковим обов'язком правопорушника, на якого вона покладається. По-друге, юридична відповідальність виконує роль гаранта юридичного обов'язку, що існувала до правопорушення, оскільки при її невиконанні може наступити юридична відповідальність. По-третє, юридична відповідальність як новий, додатковий обов'язок щодо відшкодування (компенсації) завданих збитків (шкоди) та несення справедливої відплати як карі за правопорушення виконується в примусовому порядку при невиконанні первинної юридичної відповідальності⁹⁰⁵.

Не виникає сумніву, що обов'язок і відповідальність взаємопов'язані. Однак цей очевидний взаємозв'язок не може бути підставою для їх отождолення у випадку примусового виконання обов'язку, в основі якого лежить мета – реальне виконання зобов'язання. За допомогою примусу боржник вчиняє дії, які добровільно не виконав, і таким чином досягається мета, яка ставилась при виникненні зобов'язання. Цивільна відповідальність як умова, визначена у договірних зобов'язаннях, виступає як засіб спонукання, стимулювання боржника добровільно виконати свій обов'язок. Якщо порівняти відповідальність як умову договірного зобов'язання й примусове здійснення добровільно невиконаного обов'язку, то останнє виступає як мета, відповідальність – як засіб. Виступаючи у різних правових явищах, вони не можуть збігатися в одне правове явище – відповідальність⁹⁰⁶. Таким чином, у доктрині простежується

⁹⁰⁴ Братусь, С.Н. (1973). Спорные вопросы теории юридической ответственности. *Советское государство и право*, 4, 27–35.

⁹⁰⁵ Вітрук, Н.В. (2008). *Общая теория юридической ответственности* : моногр. (с. 35). М. : РАП.

⁹⁰⁶ Титова, Н.І. (ред.) (1975). *Юридична відповідальність (цивільні аспекти)* (с. 5–6). Львів : Вища шк.

неоднозначність думок з приводу категорій відповідальності та обов'язку. Ця неоднозначність прослідковується не тільки в теорії, але й на практиці. Правильно було висловлено у свій час О.О. Красавчиковим, що проблема відповідальності не втратила своєї привабливості, а головне – практичної актуальності. Може, у силу такої «надмірної» уваги вона нагадує дитину, у якої сім няньок. У теорії цивільно-правової відповідальності практично немає кардинального питання, з приводу якого думки дослідників звелися б до одного логічного знаменника⁹⁰⁷.

Цивільно-правова відповідальність є одним з видів юридичної відповідальності. Вона має як свої специфічні властиві тільки їй ознаки, так і ознаки, які характеризують юридичну відповідальність. Слід зазначити, що юридична відповідальність – це передбачені санкціями норм права, забезпечені можливістю застосування державного примусу, несприятливі наслідки особистого, майнового чи організаційного характеру, яких суб'єкт зазнає за вчинене правопорушення і які індивідуалізовані через належний юридичний акт. Юридична відповідальність є складним, багатоаспектним соціально-правовим явищем⁹⁰⁸.

Особливими рисами цивільно-правової відповідальності є: а) її майновий характер; б) відповідальність одного учасника цивільно-правових відносин перед іншими (відповідальність порушника перед потерпілим); в) можливість перевищення розміру відповідальності порівняно з розміром заподіяної шкоди або збитків (наприклад, застосування штрафної неустойки, завдток); г) застосування рівних за обсягом мір відповідальності за однотипні правопорушення, що забезпечує послідовну реалі-

⁹⁰⁷ Красавчиков, О.А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве. *Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав*. Свердловск, 1973. С. 5–16.

⁹⁰⁸ Тацій, В.Я., Гетьман, А.П., Борисова, В.І. (ред.) (2014). *Проблеми правової відповідальності* : монографія (с. 16). Харків : Право ; Бабаєв, В.К. (ред.) (1993). *Общая теория права* : курс лекцій (с. 456). Нижний Новгород: Изд-во Нижегород. ВШ МВД РФ.

зацію принципу рівноправності учасників цивільно-правових відносин⁹⁰⁹.

У разі порушення суб'єктивного права у правовідносинах воно трансформується в охоронні правовідносини, у межах яких може здійснюватися відновлення або захист порушених прав шляхом застосування заходів цивільно-правової відповідальності⁹¹⁰. Лише при наявності та відповідно при порушенні суб'єктивних цивільних прав слід вести мову про відповідальність. Цивільне законодавство поряд з майновим впливом на порушника цивільних прав та обов'язків виконує й важливе творче завдання правильної організації майнових та особистих немайнових зв'язків між учасниками цивільного обороту⁹¹¹. У найбільш узагальненому вигляді під цивільно-правовою відповідальністю розуміють опосередковане державним примусом виконання зобов'язання боржником-порушником. У свою чергу, під обов'язком прийнято розуміти міру належної поведінки суб'єкта правовідносин. У договірних відносинах сторони наділяються, як правило, правами та обов'язками відносно одна одної. Як зазначає Н. С. Кузнецова, реанімація приватноправових засад у цивільному праві на сучасному етапі зумовила відновлення й принципу свободи договору, невід'ємною складовою якого є можливість не лише встановлювати в договорі основні права та обов'язки сторін, а також умови їх реалізації, а й передбачати підстави й обсяг цивільно-правової відповідальності за їх порушення⁹¹². При нормальному виконанні договірною зобов'язання відповідальність залишається лише в плані можливості⁹¹³.

⁹⁰⁹ Шемшученко, Ю.С. (2007). *Великий енциклопедичний юридичний словник* (с. 104). К. : Юрид. думка.

⁹¹⁰ Кузнецова, Н.С. (2010). *Гражданско-правовая ответственность: понятие, условие и механизм применения. Альманах цивилистики*, 3, 36–37.

⁹¹¹ Грибанов, В.П. (2000). *Осуществление и защита гражданских прав* (с. 299). М. : Статут.

⁹¹² Кузнецова, Н.С. (2010). *Гражданско-правовая ответственность: понятие, условие и механизм применения. Альманах цивилистики*, 3, 35.

⁹¹³ Антимонов, Б.С. (1962). *Основания договорной ответственности в социалистических организациях* (с. 19–21). М. : Юрид. лит-ра.

Слід зазначити, що у цивільному праві не все зводиться лише до цивільно-правової відповідальності. Різноманітність цивільних прав та обов'язків та відмінність у характері взаємовідносин суб'єктів у сфері цивільного обороту дозволяють використовувати широкий арсенал засобів вирішення цивільно-правових спорів, засобів захисту суб'єктивних цивільних прав і впливу на осіб, які не виконують або виконують неналежним чином свої обов'язки. Можна зробити важливий, але лише попередній висновок, що цивільно-правова відповідальність є одним із засобів захисту цивільних прав та впливу на порушників обов'язків. М. А. Смирнова зазначає, що особливість договірної вимоги полягає в тому, що порушення прав кредитора передують домовленості сторін, яка може містити в собі умови про відповідальність боржника і визначати тим самим обсяг позовних вимог⁹¹⁴. Відповідальність боржника, – писав Б. С. Антимонов, – тому й здатна спонукати його до виконання, бо це дещо доповнює первинне зобов'язання, яке має інший зміст, ніж первинне зобов'язання⁹¹⁵.

За загальним правилом обов'язок, покладений на суб'єктів, повинен бути виконаний належним чином. При виконанні обов'язку, покладеного на суб'єктів (кредитора, боржника), вважається, що зобов'язання виконується належним чином. А раз зобов'язання виконується належним чином, то відповідно цивільно-правова відповідальність до таких правовідносин не застосовується і, отже, не має місця. Це положення буде діяти й тоді, коли сторона при неналежному виконанні зобов'язання, наприклад, порушення строків, зазначених у договорі, все одно після спливу певного часу виконає покладені на неї обов'язки за договором у добровільному порядку.

⁹¹⁴ Смирнова, М.А. (2003) Соотношение обязательственных требований в российском гражданском праве. *Актуальные проблемы гражданского права*, 7, 187.

⁹¹⁵ Антимонов, Б.С. (1962). *Основание договорной ответственности социалистических организаций* (с. 21). М. : Юрид. лит.

Отже, *неналежне виконання зобов'язання* – це порушення умов, визначених у договорі або у законі. При неналежному виконанні боржник виконує обов'язок, але з порушенням певних умов, які становлять зміст договору або визначені у законі. Неналежне виконання – це виконання зобов'язання з певними дефектами⁹¹⁶. При неналежному виконанні зобов'язання може мати місце недодержання умов щодо кількості, якості, асортименту товару, якості виконаної роботи чи наданої послуги, розміру оплати, строку, способу або місця виконання тощо.

При невиконанні зобов'язання боржник не здійснює жодних дій на користь кредитора. Залежно від змісту обов'язку невиконання зобов'язання може полягати в тому, що боржник не передав річ, не виконав роботу, не надав послугу, не сплатив гроші тощо.

На практиці кредитор може не одержати виконання зобов'язання навіть при вчиненні боржником певних дій, що становлять його обов'язок. Наприклад, за договором підряду підрядник виконав певний обсяг роботи, але її результат був знищений до моменту передачі замовнику. Або перевізник прийняв вантаж, здійснив його перевезення, але через втрату вантажу в дорозі не передав вантажоодержувачеві. За словами Л. М. Баранової, визначаючи зміст поняття «невиконання зобов'язання», необхідно акцентувати увагу не на діях (бездіяльності) боржника, а на їх результаті для кредитора. Отже, під невиконанням зобов'язання розуміється неодержання кредитором виконання обов'язку боржником⁹¹⁷. Таким чином, при невиконанні або неналежному виконанні зобов'язання в добровільному порядку виникає цивільно-правова відповідальність як засіб примусового впливу на правопорушника.

⁹¹⁶ Баранова, Л.М. (2014, 28 лютого). Невиконання та неналежне виконання як види порушення зобов'язання. *Актуальні проблеми приватного права: матеріали міжнар. наук.- практи. конф., присвяч. 92-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова* (с. 89). 2014 р. Харків, Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого.

⁹¹⁷ Там само. С. 88–89.

Винна сторона (правопорушник) у примусовому порядку має виконати основне зобов'язання з обтяженнями, тобто додатковими заходами примусу, спрямованими на прискорення виконання основного обов'язку, які можуть бути прописані як у договорі, так і в законі. Слід погодитись з думкою Н. Ю. Пришви, що відповідальність не можна розцінювати як юридичний обов'язок платника. До відповідальності притягуються особи, які не виконали свого юридичного обов'язку, пов'язаного зі сплатою обов'язкового платежу, у *добровільному порядку* (курсив авт. – В. Н.), тому логічно відмежовувати здатність суб'єкта виконати юридичні обов'язки від здатності нести відповідальність за порушення, допущені при виконанні юридичних обов'язків, у *примусовому порядку* (курсив авт. – В. Н.)⁹¹⁸.

Таким чином, результатом застосування цивільно-правової відповідальності завжди є покладання на правопорушника негативних наслідків. Саме їх несприятливість, невідгідність стимулюють учасників до належної поведінки⁹¹⁹. Категорично не погоджуємося з точкою зору науковців, які стверджують, що добровільна виплата певних компенсацій за порушення реалізації інтересу належить до цивільно-правової відповідальності⁹²⁰, що добровільне відшкодування збитків винною особою варто вважати проявом цивільно-правової відповідальності, оскільки суб'єкт добровільно поніс тягар негативних наслідків своєї неправомірної поведінки⁹²¹, що відповідальність може здійснюватися і в межах регулятивних правовідносин, сторони яких є рівними, що характерно для галузей

⁹¹⁸ Пришва, Н.Ю. (2004). *Правові проблеми регулювання обов'язкових платежів* (дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07, с. 112). Київ, Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка.

⁹¹⁹ Борисова, В.І., Спасибо-Фатеева, І.В., Яроцький, В.Л. (ред.) (2004). *Цивільне право України* (Т. 1, с. 270). Київ : Юрінком Інтер.

⁹²⁰ Венедиктова, І.В. (2014). *Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві* : монографія (с. 101). Київ : Юрінком Інтер.

⁹²¹ Нечипуренко, О.М. (2016, 27 травня). До питання визначення сутності цивільно-правової відповідальності. *Проблеми цивільного права та процесу* : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті О. А. Пушкіна (с. 163). Харків, ХНУВС.

приватного права, де відшкодування шкоди може бути реалізоване без втручання держави⁹²². У цьому аспекті слід зробити наголос на тому, що цивільно-правова відповідальність застосовується виключно у примусовому порядку. Примус є таким видом зовнішнього впливу державної влади в особі компетентних органів і посадових осіб на свідомість та волю суб'єкта суспільних відносин, за допомогою якого їх поведінка приводиться у відповідність до публічного інтересу, навіть всупереч їх поглядам, інтересам та волі⁹²³. Нема примусу – нема й цивільно-правової відповідальності, є примус – є цивільно-правова відповідальність. Примус є головною ознакою цивільно-правової відповідальності. А добровільне врегулювання невиконаного зобов'язання боржником – є належним виконанням зобов'язання, тобто виконанням боржником основного обов'язку, додаткового обов'язку (неустойки тощо).

У свою чергу Р. Б. Шишка зазначає, що відповідальність є застосуванням до делінквента передбачених нормою права (закону чи договору) заходів державного примусу з метою відновлення чи виправлення правового (майнового становища) потерпілого чи встановлення правової превенції проти можливості порушення прав у подальшому⁹²⁴. Під цивільно-правовою відповідальністю М. Г. Масевич розуміє будь-які міри державного примусу, у тому числі й примусове виконання дії, що становить зміст зобов'язання, якщо ж зобов'язання виконано неналежним чином – примусову заміну неналежного виконання належним⁹²⁵. Аналогічна думка

⁹²² Гришина, І.І. (2016, 27 травня). Визначення поняття відповідальності учасників акціонерних правовідносин. *Проблеми цивільного права та процесу* : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна (с. 181). Харків, ХНУВС.

⁹²³ Витрук, Н.В. (2008). *Общая теория юридической ответственности* : моногр. (с. 36). М. : РАП.

⁹²⁴ Шишка, Р.Б. (2012). Цивільно-правова відповідальність і деліктне зобов'язання. *Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького ун-ту управління та права*, 1, 271–280.

⁹²⁵ Масевич, М.Г. (1964). Договор поставки и его роль в укреплении хозрасчета. Покровский, Б.В. (ред.) (с. 267–269). Алма-Ата : Изд-во АН КазССР.

висловлена В. О. Тарховим⁹²⁶ та іншими ученими⁹²⁷. Взявши за ознаку цивільно-правової відповідальності державний примус, згадані автори відносять до відповідальності й здійснення в примусовому порядку добровільно невиконаного обов'язку.

Д. І. Бернштейн, розглядаючи як ознаку цивільно-правової відповідальності примус до виконання обов'язку, визначає, що його можна вважати відповідальністю тільки в тих випадках, коли примус має виховний характер⁹²⁸. Примусові заходи можуть бути спрямовані як на майно, так і на особистість правопорушника. Так, позбавлення батьківських прав – це міра примусового характеру за порушення батьками своїх обов'язків. Позбавлення батьківського права – це немайновий, особистісний вид відповідальності. Із цього випливає, що примусові заходи, як правило, мають майновий характер, але відповідно до закону можуть мати і особистий немайновий характер. Відповідальність – це не просто санкція за правопорушення, а санкція, що призводить до певних втрат майнового чи особистого характеру для особи, що є порушником⁹²⁹. Не можна погодитися з точкою зору В. В. Васильєва, що відповідальність – це застосування державою до правопорушника конкретних заходів додаткового впливу (санкції) через судові рішення⁹³⁰. Відповідальність розкривається не лише через додатковий вплив (санкцію),

⁹²⁶ Тархов, В.А. (1973). Ответственность по советскому гражданскому праву (с. 18). Саратов : Изд-во Саратов. ун-та.

⁹²⁷ Рахмилович, В.А. (1955). *Основные вопросы договорной ответственности по советскому гражданскому праву* (автореф. дис. ... канд. юрид. наук, с. 2). М., Всесоюз. ин-т юрид. наук М-ва юстиции СССР ; Садиков, О.Н. (1957). Имущественные санкции в хозяйственных договорах. *Советское государство и право*, 4, 50–53.

⁹²⁸ Бернштейн, Д.И. (1964). *Понятие ответственности за нарушение социалистических правовых норм и вина как неперемное условие ответственности* (автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01). Ташкент, Ташкент. гос. ун-т им. В.И. Ленина.

⁹²⁹ Гришина, І.І. (2016, 27 травня). Визначення поняття відповідальності учасників акціонерних правовідносин. *Проблеми цивільного права та процесу* : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна (с. 181). Харків, ХНУВС..

⁹³⁰ Васильєв, В.В. (2016). *Правове регулювання відшкодування шкоди, завданої злочиним* (дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03, с. 20). Харків, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого.

а ще через виконання основного обов'язку покладеного на правопорушника, тому у запропоноване авторське розуміння необхідно було б додати й основний вплив, тоді запропоноване визначення відповідало б дійсності. У випадках, коли примусові заходи мають немайновий характер, цивільно-правова відповідальність і санкції співпадають.

Таким чином, при невиконанні або неналежному виконанні покладеного обов'язку боржник вважається винною стороною (правопорушником) і в примусовому (судовому) порядку повинен виконати основний обов'язок, взятий на себе за договором, а також виконати додатковий обов'язок, який додатково виникає при невиконанні чи неналежному виконанні боржником покладених основних обов'язків⁹³¹. Додатковий обов'язок розглядається як додатковий захід примусу за правопорушення (санкція).

14.2. Співвідношення юридичної відповідальності (цивільно-правової відповідальності) та санкції як правових категорій

Додатковий обов'язок, покладений у судовому порядку на правопорушника, є санкцією. Термін «санкція» (лат. *sanctio* – схвалення, влада, примусовий захід) має декілька значень. Він позначає насамперед частину норми, яка встановлює правові наслідки при її недотриманні. За словами Г. В. Россіхіної, «санкція вказує на примусовий захід, що може бути застосований державними органами до осіб, які не виконують вимог тієї або іншої правової норми»⁹³².

⁹³¹ Наден, В.В. (2016, 21–23 квітня). Соотношение цивилистических категорий «долг»-«обязанность», «обязанность»-«ответственность», «обязанность»-«санкция». *Закарпатські правові читання*. Матеріали VIII Міжнародної науково-практичної конференції (Т. 1, с. 317). Ужгород, УжНУ.

⁹³² Россіхіна, Г.В. (2013). *Застосування фінансово-правових норм* : монографія (с. 51). Харків : Цифрова друкарня № 1.

У цьому розумінні поняття «санкція» тісно пов'язане з логічною структурою правової норми, до складу якої, як відомо, входять три обов'язкові елементи: диспозиція, гіпотеза, санкція. Як свідчить історія розвитку юридичної науки, первісне розуміння структури норми права стосувалося лише норм цивільного права. Саме в них найчастіше передбачалися зазначені елементи: якщо настають (складаються) певні обставини (гіпотеза), то сторони (суб'єкти) зобов'язані здійснити необхідні дії (диспозиція), а інакше настануть несприятливі для них наслідки (санкція)⁹³³.

Зважаючи на триелементу структуру правової норми (гіпотези, диспозиції, санкції), під санкцією розуміють частину правової норми, яка вказує на наслідки, що настають у результаті реалізації диспозиції норми. Під санкціями мають на увазі власне заходи юридичної відповідальності, перш за все, заходи карального характеру. Заходи юридичної відповідальності передбачають санкції правових норм. Тому юридична відповідальність є реалізацією санкції правових норм⁹³⁴. Під санкцією розуміють правовий засіб, який вказує на несприятливі (особисті, майнові, організаційні) наслідки для суб'єктів права, у випадку вчинення ними правопорушення, за допомогою застосування передбачених законом чи договором правових охоронних заходів⁹³⁵. За словами В. О. Тархова, «цивільно-правові санкції – це ті заходи, яким держава підкріплює (санкціонує) цивільні права та обов'язки, надає їм юридичного характеру»⁹³⁶. У законодавстві під словом «санкція» іноді розуміються твердження, схвалення, дозвіл якої-небудь дії.

⁹³³ Радько, Т.Н. (2011). *Теория государства и права* : учеб. (с. 239). М. : Рос. акад. адвокатуры.

⁹³⁴ Витрук, Н.В. (2008). *Общая теория юридической ответственности* : монография (с. 40). М. : РАП.

⁹³⁵ Сobotник, Р.В. (2016). Особливості цивільно-правової відповідальності сторін за договором страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки. *Часопис Київського університету права*, 1, 209.

⁹³⁶ Тархов, В.А. (1996). *Гражданские права и ответственность* : моногр. (с. 62). Цыбуленко, З.И. (ред.). Уфа : Изд-во Уфим. высш. шк. МВД РФ.

Предметом дискусії серед учених є питання співвідношення таких понять, як «санкція» та «відповідальність». На жаль, ЦК України не розкриває терміна «санкція», хоча у певних випадках використовує цю категорію. Так, відповідно до ч. 1 ст. 354 ЦК України до особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом. Можна зробити висновок, що законодавець у цьому аспекті визначає санкцію як додатковий вид покарання за правопорушення. Із цього випливає, що санкція є додатком до цивільно-правової відповідальності. На нашу думку, необхідно на законодавчому рівні визначити категорії «відповідальність», «санкція», їх спільні та відмінні риси.

Терміном «санкція» оперують Господарський кодекс України (далі – ГК), Кримінальний кодекс України (далі – КК України). Так, згідно з ч. 1 ст. 216 ГК учасники господарських відносин несуть господарсько-правову відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до правопорушників господарських санкцій на підставах і в порядку, передбачених законами та договором. Відповідно до ч. 1 ст. 217 ГК господарськими санкціями визнаються заходи впливу на правопорушника у сфері господарювання, у результаті застосування яких для нього настають несприятливі економічні та/або правові наслідки.

За Податковим кодексом України фінансова відповідальність застосовується у вигляді штрафних (фінансових) санкцій (штрафів) та/або пені⁹³⁷.

Отже, цілком очевидно, що формулювання змісту категорій цивільно-правової відповідальності та санкції у ГК потребує удосконалення. Слід ще раз підкреслити, що відповідальність і санкції – це різні поняття:

⁹³⁷ Податковий кодекс України (2011). *Відомості Верховної Ради України*, 13–14, 15–16, 17, ст. 112.

1) цивільно-правова відповідальність – це самостійна категорія, яка застосовується у примусовому порядку до правопорушника. Санкція – додаткова категорія, яка може застосовуватися, а може й не застосовуватися у примусовому порядку до правопорушника додатково (з цивільно-правовою відповідальністю). Санкція – це додаток до цивільно-правової відповідальності;

2) відповідальність може бути застосована без застосування санкції, у свою чергу, санкція не може бути застосована без цивільно-правової відповідальності.

Тому для правильного вирішення даних питань необхідно на законодавчому рівні в окремій главі ЦК України приділити увагу загальним питанням цивільно-правової відповідальності та санкції, визначити їх спільні та відмінні риси.

Згідно зі ст. 236 ГК у господарських договорах сторони можуть передбачати використання таких видів оперативно-господарських санкцій:

1) одностороння відмова від виконання свого зобов'язання управомоченою стороною, із звільненням її від відповідальності за це (у разі порушення зобов'язання іншою стороною); відмова від оплати за зобов'язанням, яке виконане неналежним чином або достроково виконано боржником без згоди другої сторони; відстрочення відвантаження продукції чи виконання робіт внаслідок прострочення виставлення акредитива платником, припинення видачі банківських позичок тощо;

2) відмова управомоченої сторони зобов'язання від прийняття подальшого виконання зобов'язання, порушеного другою стороною, або повернення в односторонньому порядку виконаного кредитором за зобов'язанням (списання з рахунку боржника в безакцептному порядку коштів, сплачених за неякісну продукцію, тощо);

3) установлення в односторонньому порядку на майбутнє додаткових гарантій належного виконання зобов'язань стороною,

яка порушила зобов'язання: зміна порядку оплати продукції (робіт, послуг), переведення платника на попередню оплату продукції (робіт, послуг) або на оплату після перевірки їх якості тощо;

4) відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин із стороною, яка порушує зобов'язання.

Перелік оперативно-господарських санкцій, встановлений у ч. 1 цієї статті, не є вичерпним. Сторони можуть передбачити у договорі також й інші оперативно-господарські санкції (ч. 2 ст. 236 ГК).

Розглянувши визначений перелік виникає питання, чи можна взагалі положення ст. 236 ГК застосовувати до категорії «санкція»? На наш погляд, ні. Це велика помилка, яка була зроблена законодавцем і по сьогоднішній день міститься у ГК. Тому не випадково на сьогодні робочою групою по рекодифікації ЦК ведуться жваві дискусії щодо скасування ГК України на підставі дублювання багатьох положень ЦК або, як показано на прикладі ст. 236 ГК України некоректного розуміння категорії «санкції», а отже, і видів (переліку) санкцій. У цитованій статті визначені суб'єктивні права, якими наділяється управомочена сторона в зобов'язанні, і які управомочена особа може реалізувати у випадках невиконання або неналежного виконання зобов'язаною особою своїх обов'язків. Саме реалізація визначеного суб'єктивного права управомоченою особою приводить до зміни або припинення зобов'язання, а також визначені суб'єктивні права, в деяких випадках, виступають гарантією для належного виконання зобов'язання боржником.

Таким чином, *санкція* – це додатковий захід майнового і/або немайнового характеру, що застосовується у примусовому порядку до правопорушника (боржника).

На думку П. Д. Гуйвана, протягом встановленого строку неналежне виконання зобов'язаною особою свого обов'язку не тягне оперативних санкцій, але після його закінчення порушення

«дозріває», і оперативний вплив стає дозволеним⁹³⁸. З приводу даної тез виникає питання: дозволяється застосувати санкцію чи заходи оперативного впливу? Автор оперує у своїй тезі двома категоріями: санкцією та оперативним впливом. Слід зазначити, що це дві самостійні категорії. Якщо санкція застосовується у примусовому (судовому) порядку, то заходи оперативного впливу можуть застосовуватися як у добровільному, так і примусовому порядку. На наш погляд, автор має на увазі примусовий порядок розв'язання конфлікту, який виник з приводу невиконання чи неналежного виконання покладених обов'язків на зобов'язану особу (боржника). У цьому випадку можна говорити і про санкцію, і про оперативний вплив.

Не можна погодитися з думками деяких учених (О. С. Іоффе, І. С. Самощенко, М. Х. Фарукшин, О. Є. Лейст), що в ряді випадків сам контрагент (кредитор) може застосувати всупереч волі боржника встановлену в договорі санкцію, не вдаючись до допомоги юрисдикційних органів. Кредитор вдається до можливості покладання і, відповідно, вимоги до боржника виконання основного та додаткового обов'язку, передбаченого договором або законом. У такому випадку кредитор застосовує не санкцію, а реалізує своє суб'єктивне право відносно боржника. Додатковий обов'язок, який доповнює основний, лише ускладнює основне правовідношення. Якщо у договорі міститься умова про сплату неустойки при невиконанні чи неналежному виконанні зобов'язання, то обов'язок боржника сплатити неустойку, оскільки боржник порушує умови договору, забезпечені неустойкою. Якщо неустойка сплачена боржником добровільно, не виникає питання про відповідальність. У свою чергу вимога про відшкодування збитків – це вимога про виконання нового обов'язку, що замінює колишній обов'язок. При

⁹³⁸ Гуйван, П.Д. (2016). Сутнісні та темпоральні аспекти оперативних способів правового захисту. *Вісник господарського судочинства*, 5–6, 89.

добровільному виконанні його боржником немає підстав говорити про відповідальність. Справедливо вважає М. М. Агарков, що санкцією є не обов'язок відшкодувати збитки, викликані невиконанням договірною зобов'язання або недоговірним заподіянням шкоди, а тільки примусове виконання цього обов'язку⁹³⁹. Як зазначає С. М. Братусь, державний примус до виконання обов'язку у випадках ухилення від цього – це реалізація санкції, тобто виконання обов'язку в стані примусу⁹⁴⁰. На думку О. Є. Лейста, обов'язок відшкодування шкоди сам по собі є санкцією і може здійснюватися без втручання державних органів, тобто добровільно, у той час як для застосування та реалізації інших санкцій необхідно рішення державного органу⁹⁴¹.

Як бачимо, серед учених немає однозначної відповіді з приводу співвідношення обов'язку і санкції. Слід зазначити, що санкція як додатковий засіб застосовується винятково до правопорушника в примусовому порядку. Якщо боржник без примусу виконує свій основний обов'язок, а також додатковий обов'язок у добровільному, самостійному порядку – ці дії визнаються виконанням обов'язків боржником. Визначені дії не можна розглядати з точки зору відповідальності, санкції. Таким чином, обов'язок і санкція також різні теоретичні категорії за своїм змістовним навантаженням.

Отже, договірне зобов'язання містить виконання основного обов'язку і в міру необхідності – додаткового обов'язку. У випадках неможливості у добровільному порядку врегулювати питання неналежного виконання або невиконання договірною зобов'язання потерпіла сторона (кредитор) звертається до суду. Саме з цього моменту застосовується категорія цивільно-правової відповідальності

⁹³⁹ Агарков, М.М. (1944). *Обязательство по советскому гражданскому праву*: моногр. (с. 44). М. : Юриздат НКЮ СССР.

⁹⁴⁰ Братусь, С.Н. (1976). *Юридическая ответственность и законность (очерк теории)*: монография (с. 87). М. : Юрид. лит.

⁹⁴¹ Лейст, О.Э. (1962). *Санкции в советском праве* (с. 133). М. : Госюриздат.

до правопорушника (боржника). На правопорушника в примусовому порядку покладається виконання основного обов'язку (згідно з умовами договору) та додаткового обов'язку (передбаченого умовами договору або законом – неустойка, упущена вигода, моральна шкода). Додатковий обов'язок, що застосовується у примусовому порядку – є санкцією. Санкція відносно добровільного додаткового обов'язку є більш широкою категорією, яка складається не лише з неустойки, а й з упущеної вигоди, моральної шкоди.

Загальний обов'язок всякого й кожного утримуватися від заподіяння іншому майнової шкоди за своєю природою такий самий, як і обов'язок не вчиняти злочинів. Але після того як цей обов'язок порушений, виникає інший, вже не пасивний, а активний обов'язок – відшкодувати шкоду конкретній особі – потерпілому, відновити порушену рівновагу, привести майнове становище потерпілого до такого, в якому він перебував до правопорушення. Добровільне виконання цього обов'язку, як вже зазначено, припиняє договірне зобов'язання. При невиконанні цей обов'язок реалізується в примусовому порядку. Ось це і є відповідальність. М. І. Брагінський зазначав, що зовні цивільно-правова відповідальність виступає як особливе зобов'язання. У тих випадках, коли мова йде про порушення відносних прав, відповідальність являє собою вторинне зобов'язання, що виникає з первинного в результаті вчинення боржником правопорушення. За своєю юридичною природою таке вторинне зобов'язання – різновид охоронних правовідносин і цим відрізняється від початкового зобов'язання, яке належить до розряду регулятивних відносин⁹⁴².

Слід погодитися із цивілістами, які підкреслюють компенсаційний характер цивільно-правової відповідальності для особи,

⁹⁴² Брагинский, М.И. (1972). Повыситъ эффективность ответственности в хозяйственных обязательствах. *Советское государство и право*, 8, 79.

чий права були порушені, вважають, що необхідною ознакою є настання для правопорушника несприятливих майнових наслідків у вигляді відшкодування збитків, сплати неустойки.

Вирішення питання про юридичну природу примусового здійснення добровільно невиконаного обов'язку має істотне значення. Суть проблеми полягає в тому, що залежно від його кваліфікації, будуть визначатись підстави застосування примусу. Якщо примусове здійснення невиконаного обов'язку визнається відповідальністю, то для його здійснення необхідна наявність у діях боржника складу правопорушення, структурним елементом якого є вина. Тому, коли, наприклад, наймодавець не надає в обумовлений строк у користування наймачеві майно, останній має право вимагати від нього майно лише при умові, що у поведінці наймодавця є склад правопорушення. У свою чергу, якщо примусове здійснення невиконаного обов'язку не є відповідальністю, то підставою для його реалізації буде сам факт неправомірного невиконання обов'язку⁹⁴³.

Таким чином, *не можна ототожнювати категорії суб'єктивного цивільного обов'язку та цивільно-правової відповідальності. Це різні категорії за своїм правовим значенням.*

14.3. Окремі аспекти переддоговірної відповідальності

У сучасній цивілістичній літературі все більше уваги приділяється питанням переддоговірної відповідальності. Під *переддоговірною відповідальністю* розуміють відшкодування збитків за несумлінне ведення або переривання переговорів щодо укладення основного

⁹⁴³ Титова, Н.І. (ред.) (1975). *Юридична відповідальність (цивілістичні аспекти)* (с. 9). Львів : Вищ. шк.

договору. Спеціальні норми щодо переддоговірної відповідальності закріплені, наприклад, у статтях 1337–1338 ЦК Італії. Так, згідно зі ст. 1337 ЦК Італії встановлено спільний обов'язок сумлінної поведінки на переддоговірній стадії та заборона з приводу несумлінного переривання переговорів. У деяких європейських країнах відповідальність за збитки, що виникли на переддоговірній стадії, традиційно розглядається як деліктна (Франція, Іспанія, Бельгія та ін.).

Визнається й інший підхід, пов'язаний з визнанням особливого типу зобов'язальних правовідносин – переддоговірного зобов'язання (Австрія, Греція, Нідерланди, Португалія, Швейцарія, Естонія та ін.). Судовою практикою і доктриною розроблена концепція, заснована на довірі спеціальних переддоговірних правовідносин, покладеного законом зобов'язання (*gesetzlichesschuldverhältnis*), в силу якого обидві сторони переговорного процесу зобов'язані сумлінно вести справи і брати до уваги інтереси іншої сторони. Як зазначає Є. Д. Богданов, що обов'язки учасників переговорного процесу не обмежуються лише негативним змістом (не переривати переговори без поважних причин, не вступати в переговори без наміру укласти договір, не вести переговори з третіми особами тощо), оскільки учасники переговорного процесу повинні нести і позитивний обов'язок щодо надання, розкриття інформації, яка має суттєве значення для прийняття іншою стороною рішення про вступ до договору, визначення його умов тощо.

Інший підхід закріплений у ЦК України, який дає право сторонам перед укладенням основного договору укласти попередній договір, за яким сторони зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір у майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором (ч. 1 ст. 635 ЦК). Попередній договір має організаційний, немайновий характер, та не впливає на правовий режим майна, яке буде предметом основного договору, укладення такого договору можливе щодо нерухомого

майна, яке на момент укладення договору ще не існує, а буде створено (набуто) пізніше. Конструкція попереднього договору розрахована саме на такі випадки та сприяє більш швидкому входженню майна у цивільний обіг.

Нотаріальне посвідчення попереднього договору не вимагає від сторін попереднього договору, які мають намір в майбутньому укласти договір купівлі-продажу нерухомого майна, надавати нотаріусу правостановлюючі документи на це майно. В свою чергу, нотаріус не зобов'язаний вимагати їх пред'явлення при посвідченні попереднього договору купівлі-продажу нерухомого майна. Якщо б нотаріус при посвідченні попереднього договору повинен був вимагати всі документи, які необхідні при укладанні основного договору, тоді взагалі б втрачався сенс попереднього договору. Необхідність же укладення попередніх договорів викликана саме у випадку, коли з якихось причин основний договір не може бути укладений (не оформлена спадщина, не одержані документи про право власності на новостворене майно тощо).

Правостановлюючі документи нотаріус вимагає при укладенні основного договору купівлі-продажу нерухомого майна.

За бажанням зацікавлених сторін, які звернулись до нотаріуса, при укладенні попереднього договору, можуть надати правостановлюючі документи, для того щоб нотаріус перевінив майбутній предмет основного договору в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Відповідно до пункту 2 статті 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» державний реєстр речових прав на нерухоме майно – єдина державна інформаційна система, що забезпечує обробку, збереження та надання відомостей про зареєстровані речові права на нерухоме майно та їх обтяження, про об'єкти та суб'єктів таких прав.

При посвідченні попереднього договору відповідно до ст. 43 Закону України «Про нотаріат» нотаріуси зобов'язані встановити

осіб учасників цивільних відносин, які звернулися за вчиненням нотаріальної дії.

Сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати іншій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 2 ст. 635 ЦК). Суб'єкти дотримуються договірних зобов'язальних відносин на стадії укладення попереднього договору, який створює передумови до укладення основного договору, відповідно і відповідальність наступатиме як у договірному зобов'язанні.

Таким чином, *в українському законодавстві переддоговірні відносини є зобов'язальними і на них поширюються норми цивільного законодавства, що стосуються договірних зобов'язань, зокрема й питання цивільно-правової відповідальності.*

14.4. Випадки змішаної цивільно-правової відповідальності

Слід зауважити, що цивільно-правова відповідальність може виникати як у договірних, так і в недоговірних (деліктних) зобов'язаннях, але законодавством передбачені випадки й змішаної відповідальності. Так, відповідно до ст. 1194 ЦК України особа, яка застрахувала свою цивільну відповідальність, у разі недостатності страхової виплати (страхового відшкодування) для повного відшкодування завданої нею шкоди зобов'язана сплатити потерпілому різницю між фактичним розміром шкоди і страховою виплатою (страховим відшкодуванням). У постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 4 від 01.03.2013 року «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної

небезпеки»⁹⁴⁴ зазначено, оскільки відповідно до статті 3 Закону України № 1961-IV «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів»⁹⁴⁵ обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності здійснюється як з метою забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної життю, здоров'ю та/або майну потерпілих унаслідок дорожньо-транспортної пригоди, так і захисту майнових інтересів страхувальників, враховуючи положення статті 1194 ЦК, питання про відшкодування шкоди самою особою, відповідальність якої застрахована, вирішується залежно від висловленої нею згоди на таке відшкодування та виконання чи невиконання нею передбаченого ст. 33 Закону № 1961-IV обов'язку щодо письмового надання страховику, з яким укладено відповідний договір (у передбачених випадках Моторному транспортному бюро України – МТСБУ), повідомлення про дорожньо-транспортну пригоду встановленого зразка. У разі відсутності такої згоди завдана потерпілому шкода підлягає відшкодуванню страховиком у межах передбаченого договором страхування страхового відшкодування. Наявність такої згоди у вигляді відповідної заяви цієї особи та виконання нею передбаченого ст. 33 Закону обов'язку з'ясовується судом першої інстанції.

Таким чином, ст. 1194 ЦК передбачає **змішану відповідальність**, тобто можливість відшкодування шкоди страховиком відповідно до умов страхового договору (поліса) та різниці (яка залишилась непокритою договором страхування), яка відшкодовується винною особою відповідно до норм ЦК (Гл. 82). Отже, застосовується частково договірна відповідальність, частково – недоговірна.

⁹⁴⁴ Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки. *Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ*; постанова від 01.03.2013 р., 4. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0004740-13>

⁹⁴⁵ Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів. Закон України від 20.10.2005 р. *Відом. Верхов. Ради України*, 2005, 1, ст. 1.

Відповідно до згаданої Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду можна зробити висновок, що суд надає перевагу **альтернативній відповідальності**, тобто потерпіла сторона має право обрати, хто буде виконувати обов'язок щодо відшкодування шкоди: а) це може бути страховик (відповідно до страхового договору), у цьому випадку застосовується договірна відповідальність; б) сама винна особа, наприклад, якщо не вчинить зазначених у Законі попередніх дій після настання страхового випадку. У такому разі має місце недоговірна відповідальність.

Таким чином, *відповідно до умов виникнення цивільно-правову відповідальність можна поділити на: а) договірну; б) недоговірну; в) змішану; г) альтернативну. Відповідно до виду цивільно-правової відповідальності поділяються і обов'язки, покладені на зобов'язаних осіб.*

14.5. Заходи оперативного впливу та цивільно-правова відповідальність (спільне та відмінне)

Інститут відповідальності є основоположним у цивільному праві. В. О. Тарховим було зазначено, що більшість наших недоліків виникає через безвідповідальність⁹⁴⁶. Невиконання або неналежне виконання зобов'язань, розрив господарських зв'язків, катастрофи відбуваються через недбале ставлення до своїх обов'язків. В останні роки почастишали умисне невиконання своїх обов'язків та порушення чужих прав⁹⁴⁷. При порушенні прав громадян або організацій з боку інших осіб, а також при будь-якій загрозі порушення

⁹⁴⁶ Тархов, В.А. (1973). *Ответственность по советскому гражданскому праву* (с. 4). Саратов : Саратов. гос. ун-т.

⁹⁴⁷ Тархов, В.А. (1996). *Гражданские права и ответственность* : монографія (с. 64). Цыбуленко, З.И. (ред.). Уфа : Изд-во Уфим. высш. шк. МВД РФ.

права в майбутньому та при відсутності добровільного відновлення порушеного права в потерпілого завжди виникає об'єктивна потреба застосування певних заходів або способів захисту відносно зобов'язаної сторони⁹⁴⁸. Тому в теорії цивільного права приділено увагу заходам оперативного впливу, спрямованим на зобов'язаного суб'єкта, який з яких-небудь (визначених або невизначених) причин не виконує або неналежним чином виконує взяті на себе обов'язки.

Умовно заходи оперативного впливу залежно від їх спрямованості можна поділити на: 1) заходи оперативного впливу, спрямовані на відновлення порушеного права; 2) заходи оперативного впливу, спрямовані на припинення порушеного права. Б. І. Пугинський вказував, що серед цивільно-правових засобів регулювання суспільних відносин важливу групу становлять заходи оперативного впливу, що являють собою передбачені законодавством способи впливу на організації та громадян з метою припинення або попередження порушень зобов'язань та відновлення порушеного права⁹⁴⁹. Заходи оперативного впливу нерозривно пов'язані із зобов'язальними відносинами. Вони за своєю природою істотно відрізняються від відповідальності. Більшість з них – це допустимі законодавством односторонні дії щодо зміни умов зобов'язання або тимчасової, аж до усунення контрагентом допущеного порушення, відмови від виконання зобов'язання⁹⁵⁰. Заходи оперативного впливу застосовуються уповноваженою особою лише тоді, коли зобов'язана сторона допустила ті чи інші порушення, наприклад, не виконала зобов'язання у встановлений строк, ухиляється від виконання тих чи інших дій, систематично затримує платежі тощо. Застосування заходів оперативного впливу має односторонній характер. Уповноваженій стороні дається право врегулювати конфлікт самостійно

⁹⁴⁸ Васильєв, С.В. (2010). *Гражданский процесс* : курс лекцій (с. 7). Харків : Еспада.

⁹⁴⁹ Пугинский, Б.И. (1980). *Гражданско-правовые меры оперативного воздействия на нарушителей обязательств. Советская юстиция*, 16, 5.

⁹⁵⁰ Там само.

без звернення до компетентних державних органів або посадових осіб за захистом порушеного суб'єктивного права. Саме тому названі заходи мають назву оперативних. Вони є одним з видів правових гарантій, спрямованих на забезпечення належного виконання зобов'язань шляхом надання управомоченій стороні права безпосереднього оперативного впливу на свого несправного контрагента. Важливого значення у зв'язку із цим набувають два моменти: по-перше, різноманітний і багато в чому індивідуальний характер заходів оперативного впливу, який породжений специфікою регульованих відносин і передбачає необхідність точного та імперативного визначення в законі специфічних, багато в чому індивідуальних умов і меж їх застосування; по-друге, з метою забезпечення їх правомірного використання управомоченою особою закон надає право зобов'язаній особі у разі необгрунтованого застосування до неї заходів оперативного впливу оскаржити правильність їх застосування у суді⁹⁵¹. Таке правило закріплене і в ч. 1 ст. 15 ЦК: кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. На думку П. Д. Гуївана, «звернення управомоченої особи до компетентних органів держави з вимогою про захист порушеного чи оспорюваного права є одним з найбільш дієвих засобів захисту для носіїв суб'єктивного права»⁹⁵². З такою думкою не можемо погодитись, оскільки простий, дієвий спосіб врегулювання конфлікту, який виник у зобов'язанні, полягає у можливості домовленості управомоченої особи із зобов'язаною з приводу реанімації невиконаних обов'язків у бік їх належного виконання. Тому в цій ситуації центральне місце посідають засоби оперативного впливу, які можуть використати суб'єкти правовідносин в певних випадках.

⁹⁵¹ Грибанов, В.П. (2000). *Осуществление и защита гражданских прав* (с. 135). М.: Статут.

⁹⁵² Гуїван, П.Д. (2016). Стутнісні та темпоральні аспекти оперативних способів правового захисту. *Вісник господарського судочинства*, 5–6, 86.

Під заходами оперативного впливу прийнято розуміти такі юридичні засоби, які можуть застосовуватися до порушника цивільних прав безпосередньо самою управомоченою особою, як стороною у цивільних правовідносинах, без звернення, за необхідності, за захистом права до компетентних державних органів. За словами В. П. Грибанова, «заходи оперативного характеру мають значною мірою превентивне, попереджувальне значення. Застосування їх управомоченою особою усуває виникнення для неї в майбутньому можливих збитків»⁹⁵³. Із цим твердженням важко погодитися, тому що із застосуванням заходів оперативного впливу управомоченою особою на зобов'язаного може покладатися додатково з виконанням основного боргу ще й неустойка, а неустойка – це свого роду збитки для зобов'язаної особи. Тому вважаємо більш аргументованим, застосовувати до цієї тези категорію *попередження настання цивільно-правової відповідальності*. Це ширша категорія, яка включає в себе виконання основного обов'язку та виконання збитків, завданих управомоченій стороні.

Заходи оперативного впливу можуть застосовуватися управомоченою особою до порушника тільки в тих випадках, коли вони прямо передбачені законом або домовленістю сторін. Застосування оперативних заходів впливу не усуває можливості зобов'язаної особи оскаржити правильність їх застосування в суді. Застосування управомоченою особою заходів оперативного впливу тягне за собою не вигідні наслідки для зобов'язаної особи. Однак при усуненні нею допущених порушень такі наслідки, зазвичай, відпадають або значно зменшуються. Тому головне призначення розглянутих заходів **полягає в стимулюванні належного виконання обов'язків учасниками цивільних правовідносин**. Зазначені цивільно-правові заходи є заходами правового

⁹⁵³ Грибанов, В.П. (1972). *Пределы осуществления и защиты гражданских прав* (с. 192–194). М. : Изд-во МГУ.

захисту, у результаті дії яких настає відновлювальна юридична відповідальність⁹⁵⁴. Із цим твердженням можна погодитися в частині правового захисту, щодо відновлювальної юридичної відповідальності, то вважаємо, що автор необґрунтовано категорично вказує на настання юридичної відповідальності, тому що при застосуванні заходів оперативного впливу юридична відповідальність може і не настати, а це головне призначення заходів оперативного впливу.

Серед учених не склалося єдиного погляду щодо змісту поняття заходів оперативного впливу та їх складових. Одні вчені стверджують, що складові заходів оперативного впливу – це заходи відповідальності. Інші зазначають, що заходи оперативного впливу – це самостійна категорія. Розглянемо більш докладно цю проблему.

Ще за радянських часів у цивілістичній доктрині була сформульована концепція перспективної (позитивної) та ретроспективної (негативної) відповідальності, проте чітке уявлення про них до сих пір ще не склалося. Однак саме відповідальність у перспективному аспекті заслуговує на головну увагу⁹⁵⁵, адже тільки підвищення її дасть змогу звільнитися від правопорушень⁹⁵⁶.

Концепцію позитивної відповідальності підтримувало багато вчених-правознавців, серед яких З. А. Астеміров, Б. Т. Базильов, Н. О. Боброва, М. В. Вітрук, Ю. І. Єременко, А. О. Іванова, В. О. Кучинський, Д. А. Ліпінський, М. І. Матузов, П. Є. Недбайло, В. О. Тархов, Л. С. Явич та багато інш. Так, на думку П. Є. Недбайло, позитивна відповідальність у людини виникає вже тоді, коли вона приступає до виконання своїх обов'язків, а не тільки тоді,

⁹⁵⁴ Вітрук, Н.В. (2008). *Общая теория юридической ответственности* : моногр. (с. 53). М. : РАП.

⁹⁵⁵ Матузов, Н.И. (1977). Социалистическая демократия как единство прав, обязанностей и ответственности личности. *Советское государство и право*, 11, 143.

⁹⁵⁶ Тархов, В.А. (1996). *Гражданские права и ответственность*: моногр. (с. 71). Цыбуленко, З.И. (ред.). Уфа : Изд-во Уфим. высш. шк. МВД РФ.

коли вона їх не виконує або діятиме всупереч ним⁹⁵⁷. Д. А. Ліпінським позитивна відповідальність розумілася як обов'язок діяти правомірно, вимога дотримуватися правової норми⁹⁵⁸. Позитивний аспект відповідальності М. І. Матузов убачає в сумлінному (належному) виконанні суб'єктами покладених на них обов'язків. «Позитивна відповідальність, – зазначає він, – на відміну від негативної, не тимчасова і не примусова, а постійна (перманентна), добровільна та глибоко усвідомлена відповідальність особи за свою поведінку в сьогоденні і майбутньому, за належне виконання своїх юридичних обов'язків і громадянського обов'язку. Вона передбачає не лише контроль особи за своїми діями, але й позитивну реакцію на контроль суспільства, держави. Це не що інше, як міра вимогливості людини до себе⁹⁵⁹. За словами Р. фон Ієрінга, позитивна відповідальність пов'язана не тільки з сумлінним виконанням обов'язків, а й з ініціативним, творчим використанням прав і свобод, з боротьбою («війною») за права і свободи людини, за забезпечення та захист своїх законних інтересів⁹⁶⁰. Позитивна відповідальність у правомірній поведінці має морально-політичний, соціально-психологічний, мотиваційно-установчий та юридичний аспекти, коли людина зважає можливі моральні, психологічні, правові та інші наслідки своєї поведінки. Осмислення позитивної відповідальності в усіх галузях права, починаючи з конституційного і аж до кримінального, є не що інше, як пошуки шляхів підйому правосвідомості та правової культури, підвищення почуття суспільно-правового,

⁹⁵⁷ Недбайло, П.Е. (1971). Система юридических гарантий применения советских правовых норм. *Известия вузов. Правоведение*, 3, 51.

⁹⁵⁸ Хачатуров, Р.Л., Липинский, Д.А. (2007). *Общая теория юридической ответственности* (с. 133). СПб. : Юрид. центр Пресс.

⁹⁵⁹ Матузов, Н.И. (1987). *Правовая система и личность* (с. 208). Саратов : Изд-во Саратов. ун-та.

⁹⁶⁰ Иеринг, Р. (1881). *Цель в праве* : моногр. (Т. 1, с. 271). Лицкий, В.Р., Муравьев, Н.В., Дерюжинский, Н.Ф. (пер.); Муравьева Н.В. (изд.). СПб. : Тип. М-ва путей сообщения (А. Бенке).

громадянського обов'язку громадян, тобто розвитку ініціативної, творчої, правомірної поведінки, спрямованої на досягнення оптимального результату⁹⁶¹. На думку А. О. Іванова, відповідальність виступає, перш за все і головним чином, в її позитивному значенні, як відповідальне ставлення особи до своїх обов'язків, як її законслухняна поведінка⁹⁶². Юридична відповідальність у всякому разі в будь-якому аспекті охоплюється поняттям обов'язку (необхідності) дати звіт про свою поведінку⁹⁶³. З даними поглядами не можна погодитися. Оскільки у випадках належного виконання обов'язків сторонами немає потреби вдаватися до цивільно-правової відповідальності, а тим більше кваліфікувати дані правомірні дії сторін як аспекти позитивної відповідальності.

У свою чергу В. В. Васькін зазначав, що коли порушення суб'єктивних прав логічно неминуче викликають ретроактивну реакцію, то з тією ж послідовністю нормальне їх здійснення потребує оперативно-перспективного реагування, яке є організаційною основою належної поведінки суб'єктів суспільних відносин. Організаційна основа, передумова відносин з очевидністю представляється у вигляді системи оперативних заходів впливу одного суб'єкта на іншого. Позитивно-перспективні засоби існують не напередодні звичайних цивільних відносин та не самі по собі, а з уже сформованими цивільно-правовими відносинами (зобов'язаннями), являючи собою одну з їхніх властивостей до самозабезпечення, до самоурегульованості, до цілісності та закінченості первинного стандартного набору, системи нормальних суспільних

⁹⁶¹ Витрук, Н.В. (1985). *Правовой статус личности в СССР* (с. 167). М. : Юрид. лит.

⁹⁶² Иванов, А.А. (1997). *Принцип индивидуализации юридической ответственности* (автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01, с. 10). М., Юрид. ин-т МВД России.

⁹⁶³ Пиантковский, А.А. 1967 О понятии уголовной ответственности. *Советское государство и право*, 12, 40; Сыроватская, Л.А. (1974). *Ответственность по советскому трудовому праву* (с. 12). М. : Норма ; Карпушин, М.П., Курляндский, В.И. (1974). *Уголовная ответственность и состав преступления* (с. 39). М. : Изд-во МГУ ; Карпекин, Ю.Б., Макаров, О.В., Сердюк, Л.В. (1993). *Человек и право* (с. 223). Хабаровск: Юрид. лит.

відносин⁹⁶⁴. Н. С. Кузнецова стверджує, що коли говорити про засоби правового впливу, основною складовою якого є механізм правового регулювання, то, безумовно, потрібно включати у цей процес як важливий фактор правового впливу правосвідомість, правову культуру, правове виховання. Всі ці юридичні інструменти та категорії перебувають в органічному зв'язку та іманентно обумовлюють більш широке розуміння поняття юридичної (у тому числі цивільно-правової) відповідальності, об'єднання її позитивного та ретроспективного аспектів, здатного забезпечити як недопущення або попередження цивільних правопорушень, так і, в разі їх здійснення, – відновлення й захист порушених цивільних прав⁹⁶⁵.

Як бачимо, серед вчених склалося судження, що позитивна відповідальність – це належне виконання зобов'язання боржником. Ще раз слід підкреслити, що з таким твердженням важко погодитися, тому що *належне виконання обов'язку не є відповідальністю, а є належною поведінкою зобов'язаного суб'єкта*. Поки суб'єкт належним чином виконує взяті на себе обов'язки, немає потреби застосовувати цивільно-правову відповідальність, тим більше, що цивільно-правова відповідальність застосовується в примусовому порядку до правопорушника. Поки немає правопорушення, не настає і відповідальність. Під правопорушенням розуміють протиправне, винне діяння (дію або бездіяльність), що завдає шкоди особистим немайновим та майновим правам інших суб'єктів цивільного права та за яке законодавством передбачена цивільна відповідальність⁹⁶⁶.

Стосовно договірної зобов'язання прийнято говорити, що при належному виконанні сторонами своїх обов'язків немає потреби

⁹⁶⁴ Васькин, В.В., Овчинников, Н.И., Рогович, Л.Н. (1988). Гражданско-правовая ответственность. Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, . С. 30–31.

⁹⁶⁵ Кузнецова, Н.С. (2010). Гражданско-правовая ответственность: понятие, условие и механизм применения. *Альманах цивилистики*, 3, 44.

⁹⁶⁶ Менджул, М.В. (2010). *Цивільно-правовий статус громадських організацій* : моногр. (с. 135). Ужгород : Вид-во Олександри Гаркуші.

вдаватися до цивільно-правової відповідальності. Категорія цивільно-правової відповідальності в договірному зобов'язанні спочатку виконує стимулюючу, попереджувальну функцію, яка стимулює, попереджає сторони про необхідність належним чином виконувати взяті на себе обов'язки, в іншому випадку – вказує сторонам на можливі несприятливі майнові наслідки.

На нашу думку, заходи оперативного впливу мають самостійний, незалежний характер. С. І. Лебедев зауважує, що заходи оперативного впливу є науковою категорією, не відомою чинному цивільному законодавству. Однак такий стан речей зовсім не позбавляє концепцію оперативних заходів практичного значення. Категорія заходів оперативного впливу не лише має право на існування в цивільно-правовій доктрині, але й в перспективі в міру систематизації наслідків порушення договірного зобов'язання може знайти певне відображення в теорії, а також у чинному законодавстві⁹⁶⁷. За словами М. В. Южаніна, заходи оперативного впливу спрямовані не лише на зміну та припинення договірних правовідносин, а й на їх збереження (забезпечення недоторканності права)⁹⁶⁸.

Таким чином, під заходами оперативного впливу слід розуміти правозахисні заходи уповноваженої особи, спрямовані на належне виконання суб'єктивного обов'язку щодо зобов'язаної особи, без звернення, за необхідності, до компетентних державних органів. У цих правовідносинах задіяні два заінтересованих суб'єкти – уповноважений (кредитор) і зобов'язаний (боржник). Уповноважений наділяється суб'єктивним цивільним правом урегулювати (захистити) своє порушене право в договірному зобов'язанні з боку зобов'язаної особи (боржника), який з певних або невизначених причин неналежним чином виконує покладені на нього за договором обов'язки

⁹⁶⁷ Лебедев, С.И. (2010). *Самозащита гражданских прав в договорных отношениях* (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03, с. 3). М., Рос. гос. гуманитар. ун-т (РГГУ).

⁹⁶⁸ Южанин, Н.В. (2015). *Односторонние правозащитные меры (вопросы теории)* : моногр. (с. 36). Рыбаков, В.А. (ред.). М. : Юрлитинформ.

(або не виконує їх взагалі). Закон спочатку наділяє управомочену особу правом вирішити конфлікт у добровільному порядку, без звернення до компетентних органів.

Так, у Рішенні Конституційного Суду України від 09.07.2002 р. у справі № 15-рп / 2002 (обов'язковому для всіх судів загальної юрисдикції в Україні)⁹⁶⁹ міститься висновок про те, що обрання певного засобу правового захисту, у тому числі і досудового врегулювання спору, є правом, а не обов'язком особи, яка добровільно, зважаючи на власні інтереси, його використовує. Установлення законом обов'язкового досудового врегулювання спору обмежує можливість реалізації права на судовий захист. У судовій практиці зустрічаються випадки, коли суд відмовляє в задоволенні позовних вимог у зв'язку з тим, що кредитор, перш ніж звертатися до суду, не вислав вимоги боржнику. Відповідно до ст. 530 ЦК України, якщо у зобов'язанні встановлений строк (термін) його виконання, то воно підлягає виконанню у цей строк. Зобов'язання, строк (термін) виконання якого визначений вказівкою на подію, яка неминуче має настати, підлягає виконанню з настанням цієї події. Якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його виконання у будь-який час. Боржник зобов'язаний виконати таке зобов'язання в семиденний строк з дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не впливає із договору або актів цивільного законодавства.

У статтях 5–11 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК)⁹⁷⁰ передбачається порядок здійснення досудового врегулювання господарських спорів шляхом розгляду контрагентами претензій, з якими звертаються підприємства та організації,

⁹⁶⁹ Рішення КСУ № 15-рп/2002 від 09.07.2002 р.

⁹⁷⁰ Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992, 6, ст. 56. URL: <http://zakon2/rada/gov/ua/laws/show/1798-12>

чий права та законні інтереси порушені, з метою безпосереднього врегулювання спору; чи звернення заінтересованих підприємств або організацій з пропозиціями про зміну або розірвання договору.

Досудове стягнення боргів посідає перше місце серед усіх можливих способів урегулювання конфліктів, пов'язаних із заборгованістю. Основна причина полягає в тому, що такий спосіб вигідний не лише кредитору, а й боржнику: він дозволяє сторонам (кредитору та боржнику) уникнути значних часових, трудових та фінансових витрат. На стадії досудового стягнення можна вирішити питання про погашення заборгованості на взаємовигідних умовах для боржника та кредитора з використанням різних форм реструктуризації боргу, застосування різних видів розстрочок виконання фінансових зобов'язань.

Такі правовідносини П. Ф. Єлісейкін називає спонуканням кредитором боржника до відповідної поведінки. Юридичною основою такого спонукання може бути правомочність на одностороннє волевиявлення. Реалізуючи таку правомочність, управомочена особа нікого не примушує, а ставить зобов'язану особу в стан необхідності поводити себе так, а не інакше під загрозою позбавлення майнового та особистого порядку⁹⁷¹. Таким чином, учений розрізняє спонукання (односторонні дозволені дії управомоченої особи) та примус (звернення до компетентних органів за захистом свого порушеного суб'єктивного права). Ці передбачені дії з боку управомоченої особи є самостійним способом правового захисту (самозахисту), а не цивільно-правовою відповідальністю. Із викладеного випливає, що термін «позитивна відповідальність», щодо тих визначень, які запропоновані в літературі, не підпадає під категорію відповідальності. Отже, дії зобов'язаної особи не можна кваліфікувати як позитивну відповідальність. На нашу думку, дії

⁹⁷¹ Елісейкин, П.Ф. (1975). Природа доюрисдикционного урегулирования разногласий. *Вопросы развития и защиты прав граждан*: межвуз. темат. сб. (с. 66). Калинин, Калинин. гос. ун-т.

управомоченої особи, а саме можливість добровільно врегулювати конфлікт, що виник відносно неналежного виконання (чи невиконання) обов'язків боржником, слід кваліфікувати як самотійний спосіб захисту свого порушеного суб'єктивного цивільного права. Поки носій обов'язку не порушує (не зачіпає, не заперечує) суб'єктивного права, що протистоїть йому, воно не потребує захисту, примусу, а має непозовний характер⁹⁷². Коли ж суб'єктивне право порушується або створюється загроза порушення, виникає необхідність його захисту, який полягає у процесуальних формах, що використовуються носієм суб'єктивного права самим або шляхом звернення до компетентних органів. Однак, зобов'язана особа може сама добровільно вжити заходів для відновлення порушеного нею становища, без втручання будь-яких органів, а іноді й без звернення потерпілого. За словами І. В. Венедіктової, «на відміну від управомоченого суб'єкта, зобов'язана особа діє не у своїх інтересах, а в інтересах носія суб'єктивного права. Інтерес управомоченого суб'єкта правовідносин отримує законний захист разом із суб'єктивним правом, у яке він утілюється у процесі реалізації»⁹⁷³. Добровільне виконання або виконання в стані примусу – це лише форми виконання обов'язку, що не роблять жодного впливу на саме існування обов'язку та супроводжує його відповідальність⁹⁷⁴. Як справедливо зауважив Р. Є. Гукасян, «матеріальні та процесуальні правовідносини і дії існують паралельно, не перетинаючись»⁹⁷⁵.

Л. С. Явич пропонує під захистом розуміти такі юридичні засоби правоохоронного характеру, що застосовуються до порушника

⁹⁷² Гурвич, М.А. (1949). *Право на иск* (с. 142). М. ; Л. : АН СССР.

⁹⁷³ Венедіктова, І.В. (2014). *Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві* : монографія (с. 49). Київ: Юрінком Інтер.

⁹⁷⁴ Тархов, В.А. (1996). *Гражданские права и ответственность* : моногр. (с. 69), Цыбуленко, З.И. (ред.). Уфа : Изд-во Уфим. высш. шк. МВД РФ.

⁹⁷⁵ Гукасян Р.Е. (ред.) (1975). *Вопросы развития и защиты прав граждан* : межвуз. темат. сб. Калинин, Калинин. гос. ун-т.

прав, інтересів та обов'язків безпосередньо стороною правовідносин як уповноваженою особою без звернення за захистом до компетентних або громадських органів⁹⁷⁶. Із запропонованим визначенням, на наш погляд, не можна погодитись, тому що під захистом, передусім слід розуміти дії із застосуванням юридичних засобів правоохоронного характеру.

У свою чергу М. О. Гуревич зазначає, що будь-який захист має мету, предмет та практичне виправдання, якщо він здатний вчинити будь-яку дію, тобто зміцнити, поновити або забезпечити певне становище. Якщо будь-що не потребує ані зміцнення, ані поновлення, ані забезпечення, то захист видався би безцільним, безпредметним і даремним, як битва з вітряками⁹⁷⁷. В. Ф. Яковлев зазначає, що захист порушених суб'єктивних прав відбувається або в межах правовідносин власності, або в межах звичайних зобов'язальних правовідносин, і лише в тих випадках, коли заходи захисту речових прав виявляються непридатними, а застосування заходів захисту звичайних зобов'язальних прав неможливе, порушення суб'єктивного права служить юридичним фактом виникнення спеціальних правоохоронних відносин⁹⁷⁸. Г. Я. Стоякін стверджує, що будь-яка міра захисту виступає як санкція за правопорушення та полягає у покладанні на самого правопорушника певних несприятливих наслідків⁹⁷⁹. Із цим твердженням погодитися не можна, тому що заходи захисту можуть застосовуватися при відсутності правопорушення та не бути пов'язаними із санкціями і тим більше із несприятливими наслідками.

Таким чином, **правовий захист** – широке поняття, яке охоплює, по-перше, самозахист, тобто вчинення фактичних дій,

⁹⁷⁶ Явич, Л.С. (1976). *Общая теория права* (с. 164). Ленинград : Изд-во ЛГУ.

⁹⁷⁷ Гуревич, М.А. (1978). *Право на иск* (с. 78). М. : Наука.

⁹⁷⁸ Яковлев, В.Ф. (1972). *Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений* (с. 180). Свердловск : Изд-во Свердлов. юрид. ин-т.

⁹⁷⁹ Стоякин, Г.Я. (1973). *Меры защиты в советском гражданском праве* (с. 13). Свердловск : Изд-во Свердлов. юрид. ин-т.

спрямованих на охорону прав та законних інтересів у межах, встановлених законом, по-друге, заходи захисту, які використовуються носіями прав у зверненні до компетентних органів та посадових осіб з метою застосування ними відповідних заходів відповідальності до правопорушника. Із цього положення випливає, що правовий захист може застосовуватися самим уповноваченим (неюрисдикційний спосіб захисту – самозахист), а також компетентними органами (юрисдикційний спосіб захисту)⁹⁸⁰. Р. А. Майданик зазначає, що у цивілістичній науці під способами захисту розуміються визначені законом або договором матеріально-правові засоби, спрямовані на поновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав і правовий вплив на правопорушника; у свою чергу судова практика схиляється до розгляду способів захисту прав як до правоохоронних засобів у вигляді закріплених законом матеріально-правових засобів

⁹⁸⁰ В юридичній літературі є різні підходи до визначення видів форм захисту цивільних прав: позовна та непозовна форми захисту цивільних прав (Добровольський А.А., Иванова С.И. Основные проблемы исковой формы защиты права. М. : Изд-во МГУ, 1979. С. 25); судова, адміністративна та самозахист (Свердлов Г.А., Страунинг Э.Л. Защита и самозащита гражданских прав. М. : Лекс-книга, 2002. С. 37); самостійний захист права; захист, що здійснюється юрисдикційними органами; громадянський захист (Воложанин В.П. Основные проблемы защиты гражданских прав в несудебном порядке : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Свердлов. юрид. ин-т. Свердловск, 1975. С. 7–12); судова, арбітражна, адміністративна, нотаріальна та громадська форма захисту (Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. Ленинград : Изд-во ЛГУ, 1968. С. 52–60); державна (судова, адміністративна, прокурорська) і недержавна (громадська, третейська, нотаріальна, самозахист прав та добровільне задоволення) форми захисту суб'єктивних прав (Болгова В.В. Формы защиты субъективного права: теоретические проблемы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Самар. гос. ордена «Знак Почета» эконом. акад. Уфа, 2000. 38 с. Яремчук Е.П. Негосударственные формы защиты субъективных прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / МВД России. С.-петерб. ун-т. СПб., 2002. 24 с.); загальна (судова і позасудова), спеціальна (адміністративна, а також спеціально уповноваженими недержавними органами) і виняткова (самозахист цивільних прав) (Гражданский процесс / под ред. М.С. Шакарян. М. : Статут, 1993. С. 6); юрисдикційну та неюрисдикційна форми захисту (Барышникова Т.Ю. Формы и способы защиты трудовых прав и охраняемых законом интересов в российском трудовом праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Ярослав. гос. ун-т им. П.Г. Демидова. Пермь, 2005. 32 с.) і др.

примусового характеру, за допомогою яких здійснюється поновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав і вплив на провпорушника⁹⁸¹. О. О. Юрченко розглядає спосіб захисту як обумовлену нормами або духом цивільного права можливість звертатися за захистом до компетентних органів або самостійно захищати порушений інтерес⁹⁸². Спосіб захисту – це не лише прямо передбачений, але й санкціонований (що допускається) нормою права варіант поведінки уповноваженої особи на захист у разі порушення суб'єктивного права і законного інтересу⁹⁸³. Таким чином, як вже зазначалося, у цивільному праві перевага надається поділу способів захисту на неюрисдикційні та юрисдикційні. Юрисдикційна форма захисту більш системна, оскільки включає в себе вагомий галузевий процесуальний механізм, у той час як самозахист реалізується в рамках матеріального права та «нерівноважний» з юрисдикційною формою⁹⁸⁴. У сучасних умовах приватного права цей підхід найбільш виправданий, оскільки враховує приватний (самостійний) елемент захисту, проте для закріплення такого підходу в сучасному праві потрібна істотна робота зі зміни цивільного законодавства. Неюрисдикційна (самостійна) форма захисту прав повинна отримати більш виражене та системне оформлення в законі⁹⁸⁵.

⁹⁸¹ Майданик, Р.А. (2011). Квалификация способов защиты гражданских прав и интересов судом в Украине: теория и практика. *Альманах цивилистики*, 4, 107, 109.

⁹⁸² Юрченко, О.О. (2004). *Право на защиту и способы защиты охраняемого законом интереса в гражданском праве* (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03, с. 99). Тверь, Твер. гос. ун-т.

⁹⁸³ Савченко, С.А., Тордия И.В. (2009). О некоторых отдельных способах защиты гражданских прав и интересов. *Закон и право*, 9, 45.

⁹⁸⁴ Южанин, Н.В. (2015). *Односторонние правозащитные меры (вопросы теории)* : моногр. (с. 24) ; Рыбаков, В.А. (ред.). М. : Юрлитинформ.

⁹⁸⁵ Там само. С. 26.

14.6. Проблемні аспекти самозахисту як форми захисту порушеного права

Неюрисдикційна форма захисту – це форма захисту, яка охоплює дії фізичних та юридичних осіб, спрямовані на захист суб'єктивних цивільних прав і охоронюваних законом інтересів, що здійснюються ними самостійно, без будь-якого звернення за допомогою до державних та інших компетентних органів. До неюрисдикційних способів захисту прийнято відносити самозахист, найдавнішу форму правового захисту, найбільш просту, але результативну. Разом з тим при самозахисті існує велика небезпека неправомірних дій, проявів беззаконня з боку того, хто захищає суб'єкта. Тому ЦК спеціально підкреслює, що способи самозахисту мають відповідати змісту порушеного права, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідками, викликаними цим порушенням⁹⁸⁶. С. М. Братусь розглядав самозахист як оперативний вплив, який дозволяється застосовувати до порушника суб'єктивних цивільних прав безпосередньо самою управомоченою особою як стороною у цивільних правовідносинах, не вдаючись до допомоги юрисдикційних органів⁹⁸⁷. В. О. Тархов зазначає, що самозахист цивільних прав являє собою заходи, яких має право вжити для захисту суб'єктивних прав їх носій без звернення до компетентних органів⁹⁸⁸. В. П. Грибанов до заходів самозахисту відносить тільки фактичні дії, спрямовані на охорону особистих або майнових прав та інтересів управомочених осіб, у тому числі дії у стані необхідної оборони або крайньої необхідності⁹⁸⁹. М. В. Вітрук до

⁹⁸⁶ Васильєв, С.В. (2010). *Гражданский процесс* : курс лекций (с. 20). Харьков : Эспада.

⁹⁸⁷ Братусь, С.Н. (1976). *Юридическая ответственность и законность (Очерк теории)* : моногр. (с. 25). М. : Юрид. лит.

⁹⁸⁸ Тархов, В.А. (1996). *Гражданские права и ответственность* : моногр. (с. 56); Цыбуленко, З.И. (ред). Уфа : Изд-во Уфим. высш. шк. МВД РФ.

⁹⁸⁹ Грибанов, В.П. (2000). *Осуществление и защиты гражданских прав* (с. 117–132). М. : Статут.

самозахисту прав і законних інтересів включає: а) фактичні дії, спрямовані на безпосередній захист благ, прав та законних інтересів до і в процесі посягань на них; б) заходи оперативного впливу на порушників прав і законних інтересів. Заходи фактичного характеру, спрямовані на охорону прав фізичних та юридичних осіб, можуть бути передбачені законом, а також впливати із звичайно прийнятих у реальному житті заходів такого роду⁹⁹⁰. Відповідно до ч. 2 ст. 19 ЦК самозахист – це застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства.

Таким чином, *самозахист* – це самостійні дії суб'єктів, які спрямовані на захист, охорону свого порушеного суб'єктивного цивільного права, передбачені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. Самозахист у договірному зобов'язанні – це самостійна міра оперативного впливу, що застосовується суб'єктом, право якого порушено, до порушника для можливості усунення порушень у договірному зобов'язанні, а також для ненастання цивільно-правової відповідальності.

Заходи самозахисту застосовуються у тих випадках, коли обставини виключають можливість звернення в даний момент за захистом до юрисдикційних органів. Заходи самозахисту не повинні виходити за межі тих прав, які захищає потерпіла особа.

Ознаками самозахисту є такі: 1) самозахист здійснюється в разі порушення цивільного права або реальної загрози такого порушення; 2) самозахист здійснюється в односторонньому порядку (тобто тільки особою, права якої порушено, без звернення до компетентних органів); 3) самозахист здійснюється тільки у формі дії; 4) можливість реалізації конкретного способу самозахисту повинна бути передбачена в законі або договорі; 5) спрямованість дій при

⁹⁹⁰ Витрук, Н.В. (2008). *Общая теория юридической ответственности* : моногр. (с. 76). Москва : РАП.

самозахисті на забезпечення недоторканності права, припинення порушення, ліквідації наслідків цього порушення⁹⁹¹. До безспірних переваг самозахисту належить те, що він здійснюється за активною ініціативою сторони і за часом своєї реалізації однозначно є більш економним і вигідним, ніж будь-які інші форми захисту суб'єктивних прав⁹⁹².

Таким чином, *заходи захисту* – це реакція на невиконання обов'язків і порушення прав. Вони використовуються тільки в тому випадку, якщо сторона, яка порушила чийсь права, добровільно їх не відновлює, або перешкоджає цьому, або не виконує добровільно свого обов'язку.

Цікавим, на наш погляд, є вирішення питання про самозахист у договірних відносинах США. Незважаючи на те, що переважним способом захисту та відновлення порушених цивільних прав у договірних відносинах у США є звернення до суду з метою відшкодування збитків, у судовій практиці та правовій літературі приділяється значна увага самозахисту. Більшість авторів виділяють дві найбільші категорії, за якими вони можуть бути згруповані: а) узгоджений самозахист (*cooperative self-help*); б) неузгоджений самозахист (*non-cooperative self-help*).

Узгоджений самозахист здійснюється за взаємною згодою сторін, вираженою у договорі.

До узгодженого самозахисту прийнято відносити всі дії сторін, вжиті з метою забезпечення належного виконання договору або зведення до мінімуму негативних наслідків можливого порушення. Такі дії є самозахистом у широкому тлумаченні цього терміна.

⁹⁹¹ Лебедко, М.М., Ципилева, О.В. (2007). Самозащита как особая форма защиты гражданских прав. *Вестник филиала Российского государственного социального университета в г. Красноярске*, с. 126. Красноярск : РИО КФ РГСУ.

⁹⁹² Венедіктова, І.В. (2014). *Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві* : монографія (с. 132). Київ : Юрінком Інтер.

Першу велику підгрупу в рамках узгодженого самозахисту становлять умови, які дозволяють одній зі сторін вчиняти певні дії у відповідь на невиконання або неповне виконання договірних зобов'язань контрагентом.

Наприклад, контрагенти можуть включити в договір умову, що покупець може призупинити оплату, якщо виконання не здійснюється належним чином. Такі умови поширені в контрактах, що включають проміжні виплати в міру виконання робіт (*progress payments*)⁹⁹³.

Ще одним загальнопоширеним прикладом узгодженого самозахисту, є включення в договір пункту про заздалегідь оцінені збитки (*liquidated damages*), в якому сторони домовляються про фіксовану суму, яка підлягає виплаті в разі невиконання (по суті, йдеться про неустойку). При цьому в правовій літературі зазначається, що такий механізм самозахисту спрямований не стільки на те, щоб забезпечити виконання договору, як на те, щоб сумлінна сторона не зазнала збитків, з огляду на те, що фіксована неустойка, як правило, покриває повністю всі можливі збитки для потерпілої сторони⁹⁹⁴.

Інша, більш явна форма узгодженого самозахисту – це включення умов захисних заходів, які працюють протягом всього строку дії договору, а не тільки в разі порушення. Вони призначені для того, щоб стимулювати сторони до дотримання положень договору. Ця форма дуже схожа із забезпечувальними способами виконання зобов'язань, передбаченими ЦК (застава, утримання та ін.).

У свою чергу неузгоджений самозахист є односторонньою дією сторони договору, що здійснюється без згоди другої сторони, можливість застосування якої договором не передбачена.

⁹⁹³ Див., напр., рішення у справі *National E. Corp. v. United States* (1973).

⁹⁹⁴ Taylor, S. (1998). *Self-help in contract law: an exploration and proposal*. *Wake Forest Law Review*. P. 854.

Це набагато складніший спосіб застосування самозахисту, законність якого буде встановлюватися, зважаючи на зміст контрактних доктрин, що регулюють права та обов'язки сторін, серед яких виділяється доктрина про «передбачувані умови» (*the doctrine of constructive conditions*).

Свого часу у загальному праві стороні договору, яка зіткнулася з потенційною або фактичною нездатністю іншої сторони здійснити виконання, заборонялося використовувати самозахист. Обіцянки, якими сторони обмінювалися в процесі укладення контракту, вважалися незалежними і сторона, що зіткнулася з порушенням («ПФВ» – *party faced with breach*), була зобов'язана здійснити виконання незалежно від цього та звернутися до суду з позовом до іншої сторони (порушника) про відшкодування збитків.

Такий стан справ тривав до 1773 року, коли справа Кінгстона проти Престона⁹⁹⁵ стала поштовхом до створення доктрини передбачуваних умов. В аналізованому випадку позивач погодився працювати в бізнесі відповідача з виробництва шовку з умовою, що він отримує право викупити бізнес відповідача після закінчення одного року. Позивач виплачував відповідачу щомісячні платежі в розмірі £ 250 і повинен був отримати справу в свою власність одночасно або відразу після надання відповідачу «достатнього забезпечення» (*good and sufficient security*). Коли настала дата здійснення операції, відповідач не став передавати бізнес позивачеві, пославшись на відсутність необхідного забезпечення.

Відповідно до закону того часу, відповідач повинен був програти свій позов. Його зобов'язання передати бізнес вважалося незалежним від зобов'язання позивача надати забезпечення. Таким чином, відмова позивача від виконання не виправдовує відмову відповідача від виконання⁹⁹⁶.

⁹⁹⁵ Kings Branch (1973). *English Reporter*, vol. 99, 1478 p.

⁹⁹⁶ Francis, C. (1983). *The Structure of Judicial Administration and the Development of Contract Law in Seventeenth Century England*. *Columbia Law Review*, 35, 123.

Суддя Менсфілд, виступаючи в суді королівської лави, рішуче відкинув існуюче правило, пояснюючи, що воно сприятиме «найбільшій несправедливості».

Замість поняття незалежності нормативних обіцянок, Менсфілд запропонував використовувати «те, що зараз відомо як доктрина про передбачувані умови»⁹⁹⁷. Прибічники цієї доктрини виходять із того, що коли з конкретних формулювань або контекстів не визначено інше, взаємні обіцянки в двосторонньому договорі конструктивно обумовлені один одним. Якщо сторони здійснюють виконання одночасно, їх обов'язки виконуються. «Взаємні умови будуть виконуватися одночасно і в такому випадку, якщо одна зі сторін була готова і запропонувала виконати свою частину, а інша знехтувала або відмовилася від виконання своєї частини. У такому випадку сумлінна сторона буде вважатися такою, що виконала свої зобов'язання і може вживати дії, спрямовані проти іншої сторони за невиконання, хоча в договорі не визначено, що яка-небудь зі сторін зобов'язана вчинити перша дії»⁹⁹⁸.

Згідно з доктриною про передбачувані умови, сторона більше не зобов'язана здійснювати виконання у відповідь на неповне виконання або невиконання, а потім шукати правовий захист у суді. Замість цього сторонам дозволяється захищати свої інтереси за допомогою невиконання.

Такий дозвіл на самозахист, встановлений у дещо прихованій формі шляхом визнання передбачуваних умов у рішенні у справі Кінгстона, із часом отримало розвиток як в юридичній доктрині, так і в судовій практиці.

При оцінці судами законності дій, що здійснюються сторонами в межах самозахисту, ключовими питаннями є виконання відповідачем всіх істотних умов (*substantial performance*) і наявність

⁹⁹⁷ Chesterlin, M. (1993). *Concepts and case analysis in law of contract* (p. 75). N.Y.

⁹⁹⁸ Kings Branch (1973). *English Reporter*, vol. 99. p. 438.

істотного порушення договору (*material breach*) іншою стороною. На думку більшості правознавців, саме ці два поняття є логічним продовженням доктрини про передбачувані умови⁹⁹⁹. Несправедливість такого тлумачення стала очевидною, коли незабаром після винесення рішення у справі Кінгстона, який створив доктрину передбачуваних умов, той же суд зіткнувся з несправедливими результатами, які викликали суворе застосування цієї доктрини. У справі Бун проти Ейрі¹⁰⁰⁰ суд своїм рішенням поклав початок новій доктрині, яка стала відома як доктрина істотного виконання.

Ця доктрина передбачає, що коли виконання однією стороною є передбачуваною умовою виникнення обов'язку для іншої сторони, то для виникнення такого обов'язку досить істотного виконання. Незначні відхилення від умов договору не викликають невідповідності передбачуваних умов взаємного виконання. При цьому сторона, що виконала значну частину зобов'язань, повинна відшкодувати іншій стороні збитки, завдані відхиленням. Ключовим у такій ситуації є питання про достатність виконання для визнання його істотним, відповідь на яке в договірному праві США до сих пір не знайдена.

Визначення того, чи є виконання істотним, вимагає спеціального аналізу фактів, заснованих на очікуваннях сторін. Як заявив суддя Верховного суду США Кардосо, відповідним розслідуванням є розслідування того, що сторони вважають важливим або незначним. «Місце, де може бути проведена риса, не може бути встановлено за формулою, питання полягає в ступені»¹⁰⁰¹. Якщо недотримання належить лише до несуттєвого питання, то виконання буде вважатися істотним, а передбачувані умови обміну виконаними. Однак,

⁹⁹⁹ Andersen, E.A. (1988). *New Look at Material Breach in the Law of Contracts*. *U.C. Davis Law Review*, p. 1139 ; Cohen, A.B. *Reviving Jacob and Youngs, Inc. v. Kent: Material Breach Doctrine Reconsidered*, vol. 42, p. 237.

¹⁰⁰⁰ Kinings Branch (1977). *English Reporter*, vol. 126, p. 160.

¹⁰⁰¹ Решение по делу *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent* // *Northeast Reporter*, Vol. 129. N.Y., 1921. P. 889–891.

якщо воно належить до «важливого» для сторін елементу домовленості, обов'язки сторін не будуть вважатися виконаними.

Таким чином, можна говорити про те, що головні критерії для встановлення суттєвості виконання у сучасній контрактній доктрині США відсутні.

Наслідком заходів правового захисту є настання відповідальності правопорушника у вигляді відновлювальних заходів і (або) заходів карально-штрафного характеру (покарання)¹⁰⁰². Ю. Д. Басін визначає захист прав як передбачену законом систему заходів, що спрямовані на боротьбу з правопорушенням, спираються на державний примус і мають на меті забезпечення недоторканості охоронюваного об'єкта та ліквідацію його порушення¹⁰⁰³. З. В. Ромовська вбачає захист прав у діяльності уповноважених органів та осіб з метою забезпечення належного здійснення зазначених прав у випадках, коли останні ким-небудь оспоруються або порушуються¹⁰⁰⁴. Г. В. Мальцев наголошує, що в організації юридичного захисту можна побачити реальне відбиття таких закономірностей: а) правовий захист суб'єктивного права завжди є захистом законного інтересу; б) правовий захист законного інтересу не завжди є захистом суб'єктивного права¹⁰⁰⁵. Таким чином, одні учені підтримують захист з точки зору юрисдикційного способу, інші – з неюрисдикційного. Як вже визначено, у даній роботі підтримується право на захист як юрисдикційним, так і неюрисдикційним способом, віддаючи перевагу неюрисдикційному способу (самоза-

¹⁰⁰²Витрук, Н.В. (2008). *Общая теория юридической ответственности* : моногр. (с. 78). М. : РАП.

¹⁰⁰³Басин, Ю.Д. (1971). *Основы гражданского законодательства о защите субъективных гражданских прав* (с. 33). *Проблемы применения Основ гражданского законодательства и Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик*: сб. материалов. Саратов, Изд-во Саратов. юрид. ин-та.

¹⁰⁰⁴Ромовская, З.В. (1985). *Защита в советском семейном праве* (с. 9). Львов : Высш. шк.

¹⁰⁰⁵Мальцев, Г.В. (2007). *Социальные основания права* : моногр. (с. 378). Москва : Норма.

хисту суб'єктивного цивільного права управомоченою особою). І. В. Венедіктова зазначає, що відсутність захисту в правовому полі позбавляє сенсу існування як суб'єктивних прав, так і охоронюваних законом інтересів. Вони стають юридичною декларацією, фікцією, існування якої викликає великі сумніви¹⁰⁰⁶.

Слід приділити увагу медіативним можливостям захисту суб'єктивних цивільних прав. Медіація – це форма захисту інтересів, що полягає в примиренні сторін за допомогою незалежної особи – фахівця, обраного сторонами для проведення переговорів. Основними ознаками медіації є: 1) поза юрисдикційний процес захисту суб'єктивного цивільного права управомоченої особи; 2) його учасниками є сторони конфліктних правовідносин і медіатор; 3) цьому процесу притаманні неформальність і гнучкість процедури, добровільність, конфедичійність, прозорість. При цьому слід зазначити, що медіація може застосовуватися і в юрисдикційній системі як механізм реалізації повноважень органів цивільної юрисдикції, але зазвичай медіація – це самостійний механізм урегулювання спору, що існує паралельно із традиційними способами захисту цивільних прав і охоронюваних законом інтересів поза юрисдикційною системою¹⁰⁰⁷. На наш погляд, медіацію слід розуміти як проміжну ланку неюрисдикційним та юрисдикційним способами захисту.

Висновки

Таким чином, як правило, заходи оперативного впливу мають одну особливість – спонукають несправного контрагента до належного виконання зустрічного задоволення. Однак, на відміну від

¹⁰⁰⁶Венедіктова, І.В. (2014). *Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві* : монографія (с. 95). Київ : Юрінком Інтер.

¹⁰⁰⁷Калашникова, С.И. (2011). *Медиацция в сфере гражданской юрисдикции* (с. 18). М. : Инфоропик Медиа.

цього, ряд заходів оперативного характеру, також пов'язаних із забезпеченням зустрічного задоволення, мають інший характер: вони надають можливість самій управомоченій особі отримати зустрічне задоволення за рахунок майна, що знаходиться в його веденні.

Розділ 15

Захист соціально-економічних прав людини

Вступ

15.1. Природа та характеристика соціально-економічних прав людини

15.2. Захист соціально-економічних прав у практиці Європейського суду з прав людини

15.3. Соціально-економічні права людини в Україні крізь призму положень Європейської соціальної хартії

Висновки

Вступ

Зважаючи на складну структуру економічних і соціальних прав, зокрема їх доведення у судовому порядку (*justification*), у цій частині посібника буде дана коротка характеристика соціально-економічним правам, їх забезпечення конституційною юстицією через економічний аналіз права та його ціннісний вимір, а також вироблені підходи у їх захисту Європейським судом з прав людини. Для цього буде здійснено декілька загальних зауваг, які стосуються природи гідності людини, соціальної державності та природи позитивних обов'язків держави.

15.1. Природа та характеристика соціально-економічних прав людини¹⁰⁰⁸

У структурі соціально прав, на відміну від прав економічного характеру, робиться акцент на позитивних обов'язках держави. Водночас, на відміну від класичних, ліберальних прав, економічні права хоча і є також негативними по суті (тобто для їх здійснення має бути мінімізоване державне втручання), однак від них критично залежить інфраструктура ринку та соціальна інфраструктура. Наприклад, право власності імпліцитно включає обов'язок сплачувати податки, які є ніщо іншим як інструментом алокації ресурсів, зокрема на розвиток соціальної інфраструктури. У свою чергу, як свідчить боротьба із пандемією COVID-19, ринкові інструменти на кшталт вільної конкуренції та відкритості ринку не є ефективними для відповідної алокації ресурсів, збору та обробки інформації (зокрема, що щеплення чи необхідності медичних препаратів чи устаткування або організації логістики), прикладом чого є доволі проблемна інфраструктура медичного забезпечення у США з огляду на соціетальний інтерес.

15.1.1. Право власності. У ліберальній конституційній традиції право власності вважається засадничим правом, яке гарантує приватну автономію індивіда. Попри дискусійний характер цієї тези з методологічних міркувань, вона є доволі поширеною у сучасному конституціоналізмі. Право власності базується на свободі договору, яка передбачає мінімальне втручання держави у процес переходу власності і передбачає обов'язок держави забезпечувати належне виконання зобов'язань. У справі *Lochner v. New York* Верховний суд штату Нью-Йорку визнав порушенням свободи договору положень акту легіслатури штату, яким вводилося обме-

¹⁰⁰⁸При огляді прав соціально-економічного характеру використано матеріали мого підручника: Савчин, М. (2020) *Порівняльне конституційне право*. Київ : ВАІТЕ.

ження тривалості робочого часу для пекарів. Суд вказав, що це є «необґрунтоване, непотрібне та довільне втручання у право та свободу особи укладати контракт»¹⁰⁰⁹. Однак пізніше такий лібертаріанський підхід був змінено. У 1934 році Верховний суд вирішив у *Nebbia v. New York*¹⁰¹⁰ підкреслив, що не існує конституційного фундаментального права на свободу договору. У 1937 р. Верховний суд у справі *West Coast Hotel Co. v. Parrish*¹⁰¹¹ здійснив перегляд такого прецеденту (overruling) і ознаменував кінець ери Лохнера, відкинувши ідею, що свобода договору повинна бути необмеженою.

і) *Обсяг права власності*. Розуміння сутнісного змісту права власності зазнав своєї еволюції від концепту *lasses-faire* до певних соціетальних концептів, згідно з якими на власника також накладаються певні обов'язки у силу нерівномірного характеру розподілу майна на ринку. Прикладом ліберального підходу, згідно з яким передбачається мінімальне втручання держави у здійснення права власності є позиція американського Верховного суду до середини 1930-х р., відколи розпочався «Новий курс» Президента Франкліна Делано Рузвельта. Так, в одному із своїх рішень Верховний суд США наголосив¹⁰¹²:

«У силу природи речей неможливо відстояти свободу договору і право приватної власності без визнання легітимним цього стану нерівності, який є необхідним результатом здійснення цих прав».

Однак із посиленням ідей соціал-демократії та виникненням масових політичних партій змінюються підходи до розуміння права власності. Воно починає соціалізуватися через введення

¹⁰⁰⁹*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹⁰¹⁰*Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934).

¹⁰¹¹*West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

¹⁰¹²*Coppage v Kansas* 236 US 1, 22 (1914).

формули у Веймарській конституції 1919 р. про «соціальну функцію» власності. Цьому передували реформи соціального страхування та соціального забезпечення проведені ще наприкінці XIX століття в Британській та Німецьких імперіях. Це не було заперечення приватної власності, як склалося після Жовтневого перевороту 1917 р. у радянській Росії із брутальними конфіскаціями та експропріаціями майна. Натомість після Другої світової війни соціалізація економічного порядку та соціальна функція власності знайшла своє відображення у конституціях Італії, ФРН та Франції. Це дало змогу поступово сформулювати доктрину обов'язку захисту з боку держави, згідно з якими держава несе не лише негативні (у їх класичному розумінні), а також і позитивні обов'язки захисту права власності.

Традиційно вважається що зміст права власності складає класична тріада права володіння, користування і розпорядження майном, заснована на пануванні власника над належними йому речами¹⁰¹³. Однак такий підхід не розкриває багатоманітності прояву права власності на практиці. У цьому контексті конституційні положення підлягають інтерпретації відповідно до критерії функціональної адекватності, що передбачає аналіз явища через призму функцій конституції у конкретному історичному, політичному і економічному середовищі. Таке трактування власності також не відповідає критерію функціональної адекватності, відповідно до якого юридичні конструкції спрямовані на певні соціально значущі цілі, які мають бути реально і дієво забезпечуватися у конкретному суспільному середовищі.

Виходячи із цих критеріїв необхідно визначити конституційний зміст меж здійснення права власності, яке розкривається через категорію втручання та трискладовий тест, який виражає ступінь легі-

¹⁰¹³ Дзера, О.В., Кузнецова, Н.С. (ред.) (2000). *Право власності в Україні* (с. 9). Київ : «Юрінком Інтер».

тимності такого втручання. Термін «втручання» є методологічною основою обґрунтування рішень Європейського суду з прав людини, який був запозичений Судом із німецького адміністративного права. Інтерпретація відносин між приватною особою і державою через категорію «втручання» також впливає із обов'язку держави забезпечити захист гідності людини у всіх її проявах згідно зі статтею 3 Конституції. Згідно практики ЄСПЛ та доктрини категорія «втручання» впливає із позитивних і негативних обов'язків держави щодо захисту прав людини і основоположних свобод. Обов'язок захисту по відношенню до основоположних прав означає ніщо інше, як їх обмеження, яке має бути належним чином обґрунтованим.

З таких вимог впливає організаційна і процедурна забезпеченість основоположних прав, що має бути в істотних елементах визначена на рівні закону. У цьому контексті право власності має дуалістичну структуру: 1) приватна власність визначає межі легітимного втручання держави у здійснення правомочностей власником; 2) публічна влада визначає організаційно-процедурний порядок здійснення повноважень щодо майна органами публічної влади з міркувань забезпечення публічного інтересу. Вочевидь, що зводить зміст права власності у його сутнісному значенні до тріади правомочностей з володіння, користування і розпорядження майном буде ригідним (спрощеним розумінням проблеми). Наприклад, англійський правознавець А. Оноре у змісті права власності виділяє одинадцять ключових елементів:

- 1) право володіння, тобто виняткового фізичного контролю над річчю;
- 2) право користування, тобто особистого використання речі;
- 3) право керування, тобто рішення, як і ким річ може бути використана;
- 4) право на дохід, тобто на блага, що виникають від попереднього особистого користування річчю чи дозволу іншим особам користуватися нею;

- 5) право на капітальну вартість речі, що припускає право на відчуження, споживання, зміну чи знищення речі;
- 6) право на безпеку, тобто імунітет від експропріації;
- 7) право на перехід речі в спадщину чи за заповітом;
- 8) безстроковість;
- 9) заборона шкідливого використання, тобто обов'язок утримуватися від використання речі шкідливим для інших способом;
- 10) відповідальність у вигляді стягнення, тобто можливість відібрання речі на сплату боргу;
- 11) залишковий характер, тобто чекання «природного» повернення переданих будь-кому правомочностей після закінчення терміну передачі чи у випадку втрати нею сили з будь-якої іншої причини¹⁰¹⁴.

Ці правомочності залежно від конкретної ситуації можуть поєднуватися по різному і набувати специфічного змісту. Хоча набір цих правомочностей не видається нам бездоганим, однак він визначає доволі цілісну картину бачення права власності на відміну від теорії класичної тріади правомочностей власності.

Окрім того у практиці ЄСПЛ склалися наступні елементи інтерпретації змісту права власності на мирне володіння майном:

- акції компаній (*Бреймлід і Мальстром проти Швеції*);
- позови про відшкодування збитків за внутрішнім законодавством;
- рішення арбітражного органу в зв'язку зі спором (*Грецькі нафтопереробні заводи «Стерн» проти Греції*);
- законні розрахунки на те, що існує певне становище (*Компанії «Пайн Веллі девелопментс Лтд» проти Ірландії*);
- господарські інтереси, пов'язанні з управлінням бізнесом, а також управління клієнтурою (ділова репутація, нематеріальні

¹⁰¹⁴Honore, A.M. (1961). The Ownership. Gest, A.G (Ed.) *Oxford essays in jurisprudence* (pp. 112–128). Oxford: Oxford University Press ; Clarck, A. (2005) *Property Law: Commentary and Materials* (pp. 193–203). Cambridge: Cambridge University Press.

активи тощо) (*Іатрідіс проти Греції, ван Марле та інші проти Нідерландів*);

– право на пенсію (якщо протягом якогось періоду робилися внески) (*Мюллер проти Австрії*).

Водночас право власності накладає конкретні обмеження, які випливають із розуміння категорії втручання, яке ґрунтується на класичній формулі трискладового тесту, згідно з яким суб'єктивне публічне право підлягає обмеженню (1) на основі закону (2) з мотивів суспільної необхідності у демократичному суспільстві (3) за допомогою достатніх і доречних засобів згідно покладеної легітимної мети.

Негативний обов'язок держави полягає у мінімальному втручанні у здійснення права володіння та права власності. Принаймні таке втручання повинно здійснюватися з мотивів суспільної необхідності, бути пропорційним і не посягати на сутнісний такого права, здійснюватися на основі закону з додержанням належної процедури обмеження такого права або вилучення такого майна лише за умови попереднього і повного відшкодування його вартості.

Також держава несе позитивний обов'язок забезпечити належний захист права на майно. Позитивний обов'язок держави полягає у захистові: 1) прав власника майна; 2) прав добросовісного його володільця та 3) права на сервітут.

Невиконання такого позитивного обов'язку з боку держави ЄСПЛ, безумовно, розглядає як грубе порушення права власності. Зокрема, допустивши випуск додаткової емісії акцій, що призвело до штучного «розмивання» пакету акцій міноритарного акціонера, ЄСПЛ констатував, що Україна не виконала позитивного обов'язку щодо належного захисту власності¹⁰¹⁵.

¹⁰¹⁵*Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No. 48553/99, Judgment on 27 July 2002.

Як компонент позитивного обов'язку держави розглядається оподаткування, оскільки воно є інструментом акумуляції ресурсів (формування публічних фінансів) та перерозподілу благ.

ii) Елементами публічного економічного порядку здійснення права власності є такі: 1) здійснення права власності на свій розсуд відповідно до її правового режиму; 2) ефективне використання власності відповідно до її призначення та забезпечення безпеки довкілля; 3) належна правова процедура відчуження власності з мотивів суспільної необхідності на основі попереднього і повного відшкодування власності; 4) додержання рівності доступу до власності у випадку їх переходу із публічної у приватну власність на основі відкритого конкурсу або відкритої процедури розпаювання тощо; 5) заборона використання власності на шкоду довкілля, правам інших людей, публічним інтересам або на погіршення її природних якостей; 6) обмеження монополізму та захист конкуренції на ринку рухомого і нерухомого майна; 7) ведення земельного кадастру та державного реєстру операцій з нерухомістю.

Європейський Суд з прав людини при розгляді справ визнає, що втручання у здійснення власності повинно бути виправданим міркуваннями суспільної необхідності, тобто бути пропорційним і не посягати на сутність права власності. Таке втручання є правомірним у випадку додержання трьох умов: 1) таке втручання не посягає на безперешкодне здійснення права власності; 2) забезпечення належної процедури відчуження майна; 3) держава покликана забезпечити всі необхідні заходи задля належного контролю здійснення власності відповідно до інтересів суспільства¹⁰¹⁶.

iii) Гарантії права приватної власності від свавільного вилучення. Необхідною умовою обмеження права власності або

¹⁰¹⁶Spjorrong and Lönnroth v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgement of 23 September 1982.

її відчуження є попереднє і повне відшкодування її вартості із забезпеченням компенсації інших обмежень, пов'язаних із таким втручанням у здійснення власності. У випадку виникнення спорів про розмір компенсації остаточно таке питання вирішує суд.

Зокрема, у справі *Джеймс та інші проти Сполученого Королівства* (1986), заявники виступали проти застосування британського законодавства, яке дозволяло деяким орендаторам житла, що орендували житло протягом тривалого часу, купувати у орендодавця його частку нерухомості, іноді навіть за меншу ціну від її ринкової вартості на час укладання угоди. Не знайшовши порушення права на власність, Суд зазначив:

Поняття «суспільний інтерес» обов'язково має розширене тлумачення ... Суд, вважаючи природним, що мають бути широкими межі розсуду, які надаються законодавцям для здійснення соціальної та економічної політики, поважає рішення законодавців стосовно того, що є «суспільний інтерес», коли ці рішення будуть ґрунтуватися на розумних міркуваннях.

Відчуження власності, яке здійснюється відповідно до законодавчої, соціальної, економічної політики чи з іншою метою, може відповідати «суспільним інтересам», навіть якщо суспільство в цілому безпосередньо не використовує цю відчужену власність або не володіє нею.

Якщо йде мова про розмір компенсації при оплатному вилученні майна з мотивів суспільної необхідності, то у цьому відношенні ЄСПЛ сформулював наступні підходи. Зокрема, для того щоб визначити, наскільки ті чи інші заходи відповідали вимогам, що містяться у статті 1 Протоколу № 1 Суд вивчив такі фактори, як складність законодавства та процедур, що регулюють питання експропріації та відшкодування (*Дубані проти Італії* (1996)), тривалість кожної з цих двох процедур (*Матош е Сілва, ЛДА та*

інші проти Португалії (1996)), збитки, що завдаються тривалістю процесу позбавлення власності (*Гіємен проти Франції* (1997)), а також відповідний характер розміру відшкодування з урахуванням затримки у виплаті (*Аккус проти Туреччини* (1997)).

15.1.2. Свобода вибору занять та роду професії. Радянський Союз фактично зберіг традиційний інститут Московської держави кріпацтва у формі колективізації селянських господарств на фоні інституту прописки, що фактично означало неможливість сільських жителів отримати внутрішні паспорти громадянина і вільно пересуватися по країні (така заборона була остаточно знята лише у 1974 р., коли розпочинали видавати паспорти і сільським жителям). Все це остаточно консервувалося кримінальною відповідальністю за тунеядство, яка також виступала вельми «зручним» засобом розправи над дисидентами (введена 4 травня 1961 Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про посилення боротьби з особами, що ухиляються від суспільно-корисної праці та ведуть антисуспільний паразитичний спосіб життя»). Ця «спадщина» і по сьогодні має специфічний вплив на практику забезпечення свободи вибору професії і роду занять у пострадянських країнах.

і) Самовизначення особи та право на вибір роду заняття. Наведені підходи у регулюванні в державному праві Радянського Союзу права на працю фактично перетворювало її на прихований інститут кріпосництва, який був традиційним для Московської держави та Росії, фактично будучи заперечення сутності його змісту, приховуючи підневільний стан переважної більшості своїх жителів. Такий стан речей був справжньою атакою на людську гідність, зокрема на самовизначення особи та вибору роду заняття на свій вільний розсуд, керуючись власними здібностями, життєвим пріоритетам, стратегіям та прагненням до щастя. Основними формами свободи вибору роду занять є свобода підприємницької діяльності та свобода вибору професії.

ii) Свобода підприємницької діяльності має інституційний, індивідуальний та публічний аспект¹⁰¹⁷. За інституційною природою ця свобода пов'язана із вільною конкуренцією, недопущенням зловживання, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції. Це пов'язано з тим, щоб мінімізувати необґрунтоване втручання держави у ринкові відносини. Однак таке невтручання повинно базуватися на певних правових гарантіях (антимонопольне, конкурентійне законодавство), розмежування сфер конкуренції та економічної політики держави. Держава через підприємства, які їй належать на основі акціонерного капіталу чи в якості державних агентств, виступають на ринку як учасники ринкових відносин, а не як суб'єкти владних повноважень. Однак із конституційного обов'язку забезпечувати засади ринкової економіки впливає вимога про неприпустимість зловживання «засобами монополізації» – субсидюванням, передачею майна у безоплатне користування тощо.

З точки зору забезпечення індивідуальних прав індивіду належить право бути зареєстрованим в якості суб'єкта підприємницької діяльності без додаткових перешкод та будь-яких ознак дискримінації. У цьому відношенні індивідуальні права можна трактувати як свободу вибору професії, виду професійної діяльності, визначення мети, програми і напрямків своєї підприємницької діяльності, вступ підприємців в асоціації для захисту своїх інтересів. Також важливе значення заборона примусової праці.

iii) Публічний аспект свободи підприємницької діяльності пов'язаний із публічним економічним порядком, заснованим на обмеженні монополізму, захистові конкуренції, здійснення реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності на єдиних правових засадах та ліцензуванням окремих видів підприємницької діяльності.

¹⁰¹⁷Экштайн, К. (2004) *Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции* (с. 339–341). Москва, NOTA BENE.

Втручання держави у підприємницьку діяльність може здійснюватися на основі закону з мотивів: а) забезпечення соціального захисту населення та соціальної спрямованості економіки; б) обмеження монополізму, недопущення недобросовісної конкуренції; в) недопущення поєднання зайняття підприємницькою діяльністю із публічною службою; г) додержанням суб'єктами підприємницької діяльності права інтелектуальної власності; д) додержанням прав і свобод працівників; е) захистом прав споживачів.

iv) *Свобода вибору професії*. Конституція, так і міжнародно-правові акти гарантують свободу вибору виду професійної діяльності, не надаючи чітких гарантій зайнятості. Згідно зі ст. 6 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права кожен має право реалізувати можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку він вільно погоджується. Засади економічного лібералізму гарантують економічні свободи, зокрема свободу контрактів, від довільного державного втручання. Для такого втручання має існувати певний публічний інтерес, який спрямовується на забезпечення балансу інтересів. Наприклад, у справі Лохнера¹⁰¹⁸ відправною точкою для Верховного суду США було те, що «загальне право на підписання контракту стосовно його бізнесу» було «частиною свободи особи, захищеної Четирнадцятою поправкою». Проблеми нерівності розподільчої влади, пізніше були зняті з огляду на те, що¹⁰¹⁹:

«за природою речей неможливо дотримуватися свободи договору та права приватної власності, одночасно не визнаючи легітимності нерівномірного розподілу фортуни, яка є необхідним результатом для здійснення цих прав».

¹⁰¹⁸ *Lochner v New York* 198 US 45, 57 (1905).

¹⁰¹⁹ *Coppage v Kansas* 236 US 1, 22 (1914).

Виходячи із таких постулатів власник несе певні ризики та водночас обов'язки у разі здійснення права власності шляхом використання найманої сили. У свою чергу, свобода вибору професійної діяльності накладає на державу позитивні обов'язки у створенні відповідних умов для повного здійснення громадянами права на працю, забезпечення гарантій рівних можливостей у виборі професії та роду трудової діяльності, реалізація програми професійно-технічного навчання, підготовки та перепідготовки кадрів відповідно до суспільних потреб. На роботодавця у силу цього накладаються обов'язки щодо виплати винагороди у розмірі, необхідній для забезпечення людської гідності та права особи на вільний розвиток як індивіда.

15.1.3. Право на об'єднання в профспілки та право на страйк.

В епоху масових громадських рухів та об'єднань на рубежі ХІХ–ХХ століть зростає роль професійних спілок, які протистоять роботодавцям і відстоюють права працівників. У результаті зіткнень цих інтересів зароджується соціальне партнерство, засноване на розумінні соціальної функції власності та свободи договору, які мають гарантувати гідний рівень життя індивіда, зокрема шляхом додержання прав працівників. У реалізації соціального партнерства відіграв значну роль досвід Веймарської республіки, V Французької республіки, Італії. Одна сьогодні структура зайнятості змінюється, розширюється практика неповного робочого часу за рахунок фрілансу, коло професій у сфері обслуговування, де складно знайти місце професійним ланкам. Знову на порядку денному стоїть допустимі обмеження свободи договору, які визначають умови контракту між працівником та роботодавцем. На перший план виходить юридична грамотність контрагентів по контракту та гарантії поваги людської гідності. Зокрема, У Бельгії повага людської гідності охоплює «право на справедливі умови праці та справедливу винагороду» (ст. 23 Конституції). Водночас існують підходи, згідно з якими передбачаються не лише право не на

мінімальну заробітну плату, а на прожитковий мінімум (Норвегія), достатню заробітну плату (Італію та Іспанію) або справедливу заробітну плату (Бельгія)¹⁰²⁰.

Європейський суд з прав людини розглядає право на об'єднання у профспілки як складову свободи об'єднань, яка передбачає ефективність здійснення відповідних прав, хоча це не є безумовним складником діяльності профспілок. Зокрема, Суд постановив, що право брати участь у консультаціях не є обов'язковим для ефективного здійснення права профспілки. ЄСПЛ зазначив, що стаття 11 захищає право профспілки висловлювати якимось чином свою думку під час колективних переговорів, але не гарантує права на укладення колективного договору (справа *Шведської профспілки машиністів локомотивів* (1976)). Нарешті, Суд постановив, що стаття 11 не захищає право на страйк, тим самим дозволяючи державі обирати інші шляхи, за допомогою яких можна було б забезпечити право профспілки на захист професійних інтересів своїх членів¹⁰²¹.

У справах *Національної спілки бельгійської поліції* (1975) і *Шведської профспілки машиністів локомотивів* (1976) Комісія ухвалила рішення про те, що нав'язування заходів з боку держави, які можуть обмежити права профспілок під час переговорів з роботодавцями і тим самим зробити менш привабливим членство у профспілках, може в окремих випадках становити порушення статті 11. Проте Суд не захотів заходити занадто далеко, зазначивши, що зменшення ефективності членства у профспілках було обумовлене «загальною політикою з боку держави щодо обмеження кількості організацій, з якими мають укладатись колективні договори. Така політика сама по собі не є несумісною зі свободою профспілок (згідно зі статтею 11)».

¹⁰²⁰Michel Rosenberg and Andras Sajó (eds.) (2003). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (p. 1044). Oxford University Press.

¹⁰²¹Донна Гом'єн (1999). *Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини* (с. 54). Рада Європи.

Сьогодні роль профспілок змінюється, оскільки доволі значний сегмент працівників працюють на засадах фрілансу чи аутсорсингу, коли вони працюють не за фіксований робочий день, а для виконання певного обсягу робіт за певний час або вони мають досягти певного результату (наприклад, у сфері ІТ розробити певну комп'ютерну програму чи нову технології обробки цифрових даних).

15.1.4. Право на соціальний захист. На сучасне розуміння права соціального захисту вплинули доктрини соціальної держави, соціальної функції власності, стверджувальних дій держави і позитивних обов'язків держави.

і) *Сутнісний зміст соціальних прав та доктрина стверджувальних дій (affirmative action).* Основні права мають надпозитивний характер і вони передбачають збалансоване державне втручання у сферу приватної автономії. Держава зобов'язана піклуватися про гідний рівень життя особи в суспільстві, що, зокрема, передбачає свободу розвитку індивіда шляхом задоволення його соціальних, економічних, культурних, духовних та подібного роду потреб. Фактично, ступінь забезпеченості соціально-економічних прав залежить від стану законодавства та політики уряду щодо соціально-правового захисту особи. В організаційно-правовому відношенні це виражається у принципові соціальної держави. Як стверджується в одному дослідженні¹⁰²²:

«Соціальні права складають «весь діапазон від права на частку економічного добробуту та безпеки до права на розділ в повній мірі соціальної спадщини і жити життям цивілізованої істоти відповідно до стандартів, що переважають у суспільстві. Інституціонально найтісніше пов'язані з ними система освіти і соціальні послуги».

¹⁰²²Marshall, T.H. (1964). *Citizenship and Social Class* (p. 72).

Зокрема, у Німеччині правова позиція ФКС еволюціонувала від ідеї надпозитивного характеру основних прав і свобод у сторону думки, що Основний закон виключає конфлікт між надпозитивними основними правами та конституцією, оскільки конституція визнає гідність людини в якості недоторканного і тим самим як один із фундаментальних надпозитивних прав і принципів. На думку колишнього голови ФКС Німеччини Р. Герцога, взагалі немає різниці між писаними і тими, що виводяться за допомогою тлумачення, конституційними принципами, – вони є рівнозначними і рівноцінними.

Тому вважають, що у цій системі соціально-економічні і культурно-духовні права займають особливе місце і не відносяться до основних прав. За ними не завжди визнається статус юридично обов'язкових суб'єктивних прав, а відповідно, вони, як правило, не можуть бути захищені у судовому порядку. Такий режим є характерним для Німеччини, Австрії, а в Іспанії з цих же підстав конституційний суд не приймає скарги з приводу соціально-економічних прав¹⁰²³.

З точки зору стверджувальних дій держави можливі три альтернативні стратегії щодо обґрунтування соціальних прав, які впливають на сучасний розвиток доктрини пов'язаних із ними позитивних обов'язків держави. По-перше, згідно із класичною ліберальною позицією обстоюється ідея рівності прав кожної людини на свободу, що необхідно для уможливлення політичної автономії та рівні шанси кожного користуватися свободами. По-друге, об'єктом рівної поваги виступає рівне право кожної людини задовольнити власні базові потреби, тобто забезпечити базовий антропологічний рівень потреб. По-третє, згідно із засадами рівного розподілу принцип рівної поваги слід розуміти як вимогу політичної справед-

¹⁰²³ Ледях, И.А. (1994) Защита прав человека как функция конституционного правосудия (с. 45–46). В: *Современная защита прав и свобод человека*. Москва : ИП РАН.

ливості щодо врахування рівного права кожного на справедливую частку при розподілі всіх благ¹⁰²⁴.

Здійснення соціальних прав пов'язано із втручанням держави у здійснення права власності, як правило, у формі контролю за ним шляхом оподаткування та виплат у певні фонди соціального страхування. На цій основі у держави виникає обов'язок забезпечити належне функціонування соціальних фондів, збереження вкладених до них коштів від можливих зловживань та забезпечення доступу до належної їм частки майна. Водночас така система соціального захисту може бути піддана критиці і стати неспроможною у разі зміни демографічної структури населення (переважання неповнолітніх чи значна частка пенсіонерів по відношенню до працездатного населення, економічна структура чи негативна динаміка розвитку національної економіки). За таких умов держава має схилитися до заохочення накопичення жителями коштів на банківських рахунках та заощадження власних витрат, а також посилювати соціальне страхування на індивідуальній основі.

ii) Соціальні права і обов'язок законодавця щодо їхнього належного правового регулювання. У країнах розвинутої ринкової економіки, здійснення інституту приватної власності, а також усталених структур громадянського суспільства служить надійною перпоною для використання державою «перерозподільчих» повноважень на шкоду політичним і громадянським правам. Ця обставина ігнорувалася радянською пропагандою (від газетних публікацій до докторських дисертацій), яка намагалася довести, що західний світ був «змушений» рахуватися із досягненнями «соціалістичної демократії» і маскувати свою антинародну сутність, проголошуючи «жалюгідні та урізані» соціально-економічні права.

¹⁰²⁴Госепат, Ш. (2008). До обґрунтування соціальних прав людини (с. 138). В: Госепат Ш. та Ломанн Г. (ред.). *Філософія прав людини*. Київ : Ніка-Центр.

У свою чергу це тягне негативні наслідки: 1) збереження, а інколи й посилення патерналістських установок масової свідомості; 2) виникнення серйозних труднощів, що перешкоджають заміні зрівняльного розподілу соціальних благ адресною допомогою малозабезпеченим; 3) зниження значимості громадянських і політичних прав як фундаментальної цінності соціального устрою; 4) збереження минулих, радянських стереотипів поведінки, в силу яких положення конституції не сприймалися як юридична основа суб'єктивних прав, що підлягають судовому захистові¹⁰²⁵.

Конституційний Суд України у рішенні № 5-р/2018 сформулював підхід, згідно з яким соціальний захист не охоплює пільги та компенсації, оскільки вони встановлюють виключення із загального правила щодо обов'язку держави здійснювати соціальний захист:

«Верховна Рада України виходячи з існуючих фінансово-економічних можливостей держави та з метою збереження справедливого балансу між інтересами особи та суспільства має змогу запроваджувати, змінювати, скасовувати або поновлювати такі пільги, оскільки вони не мають фундаментального характеру, а отже, не можуть розглядатися як конституційні права, свободи та гарантії їх реалізації».

Польський Конституційний Трибунал динамічно тлумачить конституційні положення, зокрема принцип рівності в якості забезпечення конституційної гарантії непорушності основних прав у контексті принципу соціальної справедливості, а також згідно конституційних принципів, цілей та цінностей¹⁰²⁶. Починаючи

¹⁰²⁵ Михайловская, И. (2000). Генезис социально-экономических прав и их влияние на формирование посттоталитарных систем. *Конституционное право: Восточно-европейское обозрение*, 1, 150.

¹⁰²⁶ Гарлицкий, Л.Л. (2000). Польский Конституционный Трибунал и социальные права. *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*, 1, 157–161.

з 1990 р. ситуація із забезпеченням соціально-економічних прав стала змінюватися, оскільки йшов процес економічної трансформації системи соціального захисту, соціального страхування, що на практиці привело до зменшення соціальних гарантій.

Повага до людської гідності встановлює вимоги якісного законодавчого регулювання у сфері соціальних права. Тобто відсутність належного правового регулювання є також порушенням права на соціальний захисту. Як відзначив Конституційний Суд Литви від 8 серпня 2006 р. прогалини у законодавстві на можуть бути свідченням належного правового регулювання – на законодавцеві лежить позитивний обов'язок врегулювати правовідносини:

«...у разі прогалин у законодавстві, що заборонено Конституцією, суди повинні заповнити прогалини у конкретному окремому випадку, і що це має здійснюватися шляхом застосування, в першу чергу, конституції і загальних принципів права. Однак, таке рішення суду не знімає обов'язок законодавця заповнити відповідну прогалину в праві. Зазначені рішення КС можуть мати значення при вирішенні справ, що стосуються соціальних прав особи, реалізація та відновлення яких (якщо ці права були порушені) було б неможливими, якби законодавець намагався уникнути регулювання відповідних відносин у встановленому порядку за допомогою звичайного закону».

Інфляція зумовила необхідність постійної індексації зарплат і пенсій, що стало причиною затримки їх виплат. Тому Конституційний трибунал Польщі знаходився у складному положенні: при винесенні рішення він знаходився у виборі між винесенням економічно не виконаного рішення та відступлення від принципів і цінностей, що закріплювалися польською конституцією. Обґрунтовуючи відступ від цих принципів, Конституційний трибунал обґрунтовував свою позицію тим, що принцип соціальної справедливості є підставою для обмеження деяких пенсійних прав,

які носять характер необґрунтованих привілеїв. Конституційний Суд України вже у згадуваному рішенні № 5-р/2018 наголосив на важливості забезпечення сутнісного змісту соціального захисту та забезпечення життєвого рівня, сумісним із людською гідністю, при скороченні соціальних видатків:

«держава виходячи з існуючих фінансово-економічних можливостей має право вирішувати соціальні питання на власний розсуд. Тобто у разі значного погіршення фінансово-економічної ситуації, виникнення умов воєнного або надзвичайного стану, необхідності забезпечення національної безпеки України, модернізації системи соціального захисту тощо держава може здійснити відповідний перерозподіл своїх видатків з метою збереження справедливого балансу між інтересами особи та суспільства. Проте держава не може вдаватися до обмежень, що порушують сутність конституційних соціальних прав осіб, яка безпосередньо пов'язана з обов'язком держави за будь-яких обставин забезпечувати достатні умови життя, сумісні з людською гідністю.»

iii) Структура права на соціальний захист у світлі позитивних обов'язків держави. Принцип соціальної державності накладає певні обов'язки на органи публічної влади та державних агентів (незалежних регуляторів) при здійсненні певних заходів щодо забезпечення доступу до медичного забезпечення. У доктрині прийнято вважати, що можливі три альтернативні стратегії щодо обґрунтування соціальних прав, які впливають на сучасний розвиток доктрини пов'язаних із ними позитивних обов'язків держави. По-перше, згідно із класичною ліберальною позицією обстоюється ідея рівності прав кожної людини на свободу, що необхідно для уможливлення політичної автономії та рівні шанси кожного користуватися свободами. По-друге, об'єктом рівної поваги виступає рівне право кожної людини задовольнити власні базові потреби, тобто забезпечити базовий антропологічний рівень

потреб. По-третє, згідно із засадами рівного розподілу принцип рівної поваги слід розуміти як вимогу політичної справедливості щодо врахування рівного права кожного на справедливу частку при розподілі всіх благ¹⁰²⁷. Це вказує на залежність надання певних соціальних послуг у вигляді певного медичного забезпечення від стану публічних фінансів. Право на соціальний захист має горизонтальну і вертикальну структуру:

а) *горизонтальна структура* зумовлена права на соціальний захист визначається видами такого захисту, який ґрунтується на засадах правової визначеності та законності очікувань. Такі вимоги впливають із їх регулювання у конституції, що накладає на законодавця позитивний обов'язок щодо їх належного правового регулювання відповідно до поваги до людської гідності та забезпечення принципу правової держави. Згідно із Конституцією України виділено п'ять сфер забезпечення права на соціальний захист у разі: а) втрати працездатності; б) втрати годувальника; в) безробіття з незалежних від особи обставин; г) старості; д) інших випадках, згідно із свободою розсуду законодавця, яка має відповідати засадам соціальної державності, поваги до гідності людини та економічної спроможності держави;

б) *вертикальну структуру* права на соціальний захист складають позитивні обов'язки держави, оскільки право на соціальний захист особи залежить від здійснення державою комплексу наступних заходів:

1) повноти (інтенсивності) законодавчого регулювання відповідної соціальної допомоги чи виду соціального захисту в такому ступені, щоб отримання соціальної допомоги чи захисту особою не залежало від ухвалення урядом чи відомством регуляторного акту; такі регуляторні акти можуть встановлювати особливості

¹⁰²⁷Госепат, Ш. (2008). До обґрунтування соціальних прав людини (с. 138). В: Госепат, Ш. та Ломанн, Г. (ред.). *Філософія прав людини*. Київ : Ніка-Центр.

здійснення внутрішньо організаційних питань відомства у сфері соціального захисту;

2) система соціального страхування, яка має диференціюватися у залежності від виду соціального захист, діяльність яких має бути підконтрольна і підзвітна; наприклад, якщо йде мова про пенсійне забезпечення, то законодавство має враховувати реальну демографічну ситуацію та ринок зайнятості, структуру ринку праці, виходячи з чого обирати модель страхування на випадок пенсії та регулювати її у законах;

3) діяльність установ, які надають соціальні допомоги та соціальні послуги і фінансуються з державного бюджету; також держава має підтримувати і приватні установи, які надають соціальні допомоги і послуги;

4) адресний характер соціальної допомоги і соціальних послуг, тобто надання таких лише особам, які є вразливими і потребують реальної підтримки з боку держави чи осіб, які займаються такого роду діяльністю.

15.1.5. Право на медичне забезпечення. Право на медичне забезпечення можна розглядати як складова частина права на життя, яка передбачає вжиття державою заходів, спрямованих на: а) підтримання функціонування мережі лікувальних закладів, що знаходяться як у публічній, так і приватній власності; б) підтримання загальної системи оздоровлення, профілактики захворювання, фізкультури і спорту; в) підтримання системи медичного страхування на шляхом поєднання загальнообов'язкового і добровільного страхування; г) надання медичної допомоги у державних і муніципальних медичних закладах на безоплатній основі; д) медична охорона материнства і дитинства.

До позитивних обов'язків держави щодо забезпечення права на медичне забезпечення належить створення ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування, сприяння розвитку лікувальних закладів усіх форм власності. Наприклад,

статтею 49 Конституції України передбачається вимога надання безоплатної медичної допомоги у державних і комунальних закладах охорони здоров'я і встановлюється заборона скорочення наявної системи таких закладів.

Під поняттям охорона здоров'я маються на увазі насамперед певні інституційні компоненти медичного забезпечення, які полягають у (а) попередженні захворювань та подовженні тривалості людського життя, (б) відповідної діяльності органів публічної влади, державних, комунальних та приватних медичних закладів, громадських об'єднань і приватних осіб. Стаття 49.2 Конституції України вказує, що охорона здоров'я забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм. Таким чином, на органах державної влади лежить обов'язок розробляти, приймати та втілювати в життя відповідні програми, спрямовані на медичне забезпечення кожного.

Медична допомога охоплює сукупність медичних послуг, які надають кваліфіковані лікарі, а також вся діяльність пов'язана із їхнім здійсненням з метою запобігання захворювань та їх лікуванням, а також подолання станів, які становлять загрозу життю та/або здоров'ю людини. Стосовно медичної допомоги стаття 49 Конституції України наголошує про її безоплатність у медичних закладах публічної власності, віддаючи визначення цього поняття на розсуд законодавця. При цьому міститься застереження про неприпустимість скорочення мережі таких закладів. У контексті права на медичне забезпечення поняття мережі медичних закладів публічної власності, що надають безоплатну медичну допомогу слід інтерпретувати у світлі насамперед доступності, своєчасності та якості медичної допомоги. Таким легітимним цілям має відповідати правове регулювання законодавцем доступності медичної допомоги. Тобто розсуд Верховної Ради при регулюванні окремих аспектів медичної допомоги має відповідати вказаним легітимним цілям.

Медичне обслуговування пов'язане із діяльністю кваліфікованих лікарів та інших медичних працівників по наданню медичних послуг та супутніх соціальних послуг, спрямованих на запобігання захворювань та їх лікування, а також подолання станів, які становлять загрозу життю та/або здоров'ю людини.

15.1.6. Захист соціальних прав конституційною юстицією та економічний аналіз права. Дослідження прав соціально-економічного характеру та їх ствердження (*justification*) конституційною юстицією пов'язано із дилемою економічного аналізу права та зважуванням/балансуванням цінностями у праві. Яскравим прикладом є доволі контраверсійне рішення ФКС Німеччини від 5 травня 2020 р., яким німецький Конституційний суд, спираючись на доктрину *ultra vires* боку з боку Європейського центрального банку при запровадженні програми *the Public Sector Purchase Programme (PSPP)*, призначеної для боротьби із коронавірусом та попередження негативних економічних наслідків, констатував порушення засад пропорційності.

Зокрема, Мартін Гьопнер пише про можливість зародження поліполярного правопорядку в ЄС, зважаючи на правовий плюралізм¹⁰²⁸. Цілком слушно Гьопнер зауважує, що «ФКС не може нав'язувати власні стандарти пропорційності щодо Суду ЄС»¹⁰²⁹. Йде мова про принцип субсидіарності, згідно з яким визначається певний механізм перерозподілу повноважень між різними поверхами, щаблями влади. Коли ж ми говоримо про правовий плюралізм, то тут йде мова про не-державні агенти, які беруть участь у творенні права. А порушена проблематика стосується наділення офіційними повноваженнями органів публічної влади.

¹⁰²⁸ Höpner, Martin (2021). Proportionality and Karlsruhe's Ultra Vires. Ways Out of Constitutional Pluralism? *MPIfG Discussion Paper*, 21/1. URL: [Verdicthttps://pure.mpg.de/rest/items/item_3283151/component/file_3283887/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_3283151/component/file_3283887/content)

¹⁰²⁹ Там само. Р. 13.

Низка авторів¹⁰³⁰, як і сам ФКС у своєму рішенні¹⁰³¹ з цього приводу чогось звертають переважно увагу на принцип пропорційності, що ніби то ця програма порушує його. Хоча у правопорядку ЄС цей принцип поєднується із субсидіарністю. Однак якщо йде мова про повноваження інститутів ЄС, зокрема ЄЦБ, то тут скоріше слід було говорити про субсидіарність.

Про пропорційність доречніше говорити, коли йде мова про свободи у рамках ЄС та гарантії прав, які випливають із Хартії основоположних прав ЄС. Якщо говорити про принцип *ultra vires*, то його доволі складно застосовувати національному органу, яким є ФКС, до наднаціонального органу, якими є ЄЦБ і Люксембурзький палац правосуддя із його рішеннями у справах *Weiss* та *Gauweiler*.

Порівняння економічного аналізу права, в основі якого лежить визначення затрат щодо забезпечення прав, та ціннісного підходу, який передбачає аналіз застосування правил з урахуванням балансу публічних інтересів, призводить до наступних міркувань. Ця проблематика частково вирішується у рамках принципу пропорційності, який став визнаним у правозастосуванні. Хоча на нього існують різні точки зору, оскільки він розглядається як методологічний інструментарій обмеження державної влади, так і як підстава для обмеження прав людини. Мартін Гьопнер так описує методику застосування принципу пропорційності¹⁰³²:

- *Перший етап – про придатність (альтернативні терміни: доречність, раціональний зв'язок). Суд запитує, чи здатний акт досягти своєї правомірної (lawful) мети.*

¹⁰³⁰Goldmann, Matthias (2020). The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism? *German Law Journal*, 21(5), 1058–77 ; Hellwig, Hans-Jürgen (2020). Die Verhältnismäßigkeit als Hebel gegen die Union: Ist die Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG in der Sache Weiss noch mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar? *Neue Juristische Wochenschrift*, 73(35), 2497–503.

¹⁰³¹BVerfG, 2 BvR 859/15).

¹⁰³²Höpner, Martin (2021). Proportionality and Karlsruhe's Ultra Vires, 8–9.

- *Другий етап – про необхідність. Суд запитує, чи не виходить акт за межі необхідного, іншими словами: чи є він мінімально обтяжуючим. Чим менше акт є обтяжуючим, тим менше він завважає конституційно захищеним правам постраждалих.*
- *Третій етап стосується балансу між затратами та вигодою (умови: адекватність, прийнятність, пропорційність strictu sensu [вірніше, балансування – М.С.]). Суд зважає зменшення користування правами проти здобутої вигоди. У світлі цієї частини тесту міра є пропорційною лише у тому випадку, якщо її терміновість перевищує правопорушення з боку постраждалих.*

Економічний аналіз права¹⁰³³ зародився при аналізові деліктного і контрактного права як порівняння затрат та благ, які набуваються при здійсненні певних правочинів. Основоположник цього напрямку Рональд Коуз виділяв організаційні затрати, до яких відносив також затрати пов'язані із адміністративними процедурами¹⁰³⁴. Якщо екстраполювати на це тенденцію до надмірного дирижизму, що став чи не фірмовим стилем країн із тоталітарною системою урядування, то і на сьогодні в Україні існує проблема забезпечення балансу інтересів приватного і публічного інтересів та забезпечення більш гармонійного регулювання, де слід надавати все ж таки перевагу приватноправовим інструментам. Попри це офіційне державне правове регулювання істотно відстає від динаміки життя у сферах ІТ-права, трудових відносинах, медичного забезпечення. Остання сфера в Україні взагалі виглядає вкрай анахронічною, а формальні інституції давно вже витісненні неформальними інституціями, верхівкою айсбергу яких виглядають приватні медичні клініки, які доволі часто функціонують

¹⁰³³Ogus, Anthony (2007). The Economic Approach: Competition Between Legal System. In Esin Örucü and Nelken David. *Comparative Law. A Handbook*. Bloomsbury Academic ; Petersen, Niels and Towfigh, Emanuel V. (2016). *Economic methods for Lawyers*. Edward Elgar Publishing.

¹⁰³⁴Ronald, Coase (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economic*, 3.

у доволі тісній зв'язці із комунальними чи державними медичними закладами.

Виходячи із міждисциплінарного аналізу міжнародного та конституційного інструментарію захисту соціальних прав, слід визначити позитивні обов'язки держави, які при цьому не можуть посягати на їхній сутнісний зміст. У цьому відношенні є важливою юриспруденція Конституційного Суду, який у рішенні № 2-рп/2016 вказав таке:

«...держава, виконуючи свій головний обов'язок – утвердження і забезпечення прав і свобод людини (частина друга статті 3 Конституції України) – повинна не тільки утримуватися від порушень чи непропорційних обмежень прав і свобод людини, але й вживати належних заходів для забезпечення можливості їх повної реалізації кожним, хто перебуває під її юрисдикцією. З цією метою законодавець та інші органи публічної влади мають забезпечувати ефективне правове регулювання, яке відповідає конституційним нормам і принципам, та створювати механізми, необхідні для задоволення потреб та інтересів людини. При цьому посилена увага має бути зосереджена на особливо вразливих категоріях осіб...».

З точки зору юридичної природи та їх гарантій між правами та свободами не існує сьогодні істотної різниці. З точки зору співвідношення екзегези тексту та його соціального контексту слід визнати, що смислові конотації свободи на ранніх етапах еволюції прав людини полягали в тому, що не існував докладний їхній каталог, який поступово розширювався за рахунок інтерпретації в доктрині та судовій практиці. Конституційне і законодавче визначення змісту цих свобод йшло у цьому руслі, як певна верифікація та ствердження ідей як загального правового імперативу, який накладає обов'язки на держави. Тим самим, права і свободи людини набувають морального і юридичного смислового

навантаження. Звідси, власне, стандарт поведінки публічної влади із приватними особами: 1) розглядати вимогу особи при її зверненні до органу влади як правомірну, виходячи із сервісної природи публічної влади (стаття 3 Конституції накладає на публічну владу обов'язок утверджувати і забезпечувати права людини); 2) вимога розслідування всіх істотних обставин, що порушуються у зверненні приватної особи; у разі, якщо це питання відноситься до компетенції іншого органу влади, то таке звернення слід направити за підвідомчістю; 3) право на участь у процесі розгляду та ухвалення рішення всіх заінтересованих осіб; 4) право особи бути заслуханою та подавати у цих цілях будь-яку інформацію, яка істотно значення для ухвалення справедливого рішення; 5) вимога обґрунтованості владного рішення із належною юридичною аргументацією; 6) гарантія оскарження владного рішення до суду чи до вищої судової інстанції; 7) ефективність засобу юридичного захисту який має бути дієвим, а не ілюзорним і чисто теоретичним.

Наприклад, з точки зору **позитивних обов'язків обов'язків держави** захист прав внутрішньо переміщених осіб полягає у облаштуванні можливостей для поселення у місцях нового проживання. З цією метою у Законі України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб»¹⁰³⁵ має містити низку механізмів забезпечення виборчих прав, права на соціальну допомогу та доступу до житла. Однак багато із цих механізмів належним чином не діють, оскільки законодавче регулювання підмінюється підзаконними актами, які викривлюють суть цього Закону, надаючи широку свободу розсуду адміністрації, а також не забезпечене належними заходами щодо будівництва житла для ВПО чи розробки кредитних програм для будівництва житла ВПО. При цьому держава не використовує інтенсивно сучасні інформа-

¹⁰³⁵Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб: Закон України від 20.10.2014 р. № 1706-VII: за станом на 20.04.2017 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 1. Ст. 1.

ційні технології, які би дозволяли реєструвати тих ВПО, які потребують реального захисту шляхом сприяння державою у їх працевлаштуванні та пошуці, виборі та наданні житла за новим місцем проживання.

При юридичній аргументації рішень КСУ істотне значення має додержання правил юридичного силогізму, який з урахуванням природи конституційної юстиції має потрібний характер: 1) визначати фактичний склад справи з урахуванням вимоги встановлення конституційності процедури ухвалення правового акта; 2) наскільки істотною та значущою для національної правової системи є порушення суб'єктивного публічного права; 3) субсидіарність конституційної скарги у систематиці правового захисту.

Оскільки на сьогодні є загальновизнаним синтетичне поєднання апріорного та позитивного визнання прав людини, то зазначена проблематика переміщається у площину інтерпретації прав людини¹⁰³⁶:

«Основа прав не є ні позитивно-правовою, ні такою, що впливає із закону: вона надпозитивна. Для того, щоб з'ясувати природу цієї основи, необхідне її тлумачення з точок зору, антропологічної, телеологічної, філософської, історичної і природно-правової. І християнське, і секулярне право визнавало ці права не інакше як розумне право. Яке би обґрунтування не обиралося, існування прав людини засноване на додержавних устоях. Така додержавна якість прав людини пронизує історію наших основних прав».

У практиці забезпечення прав і свобод економічного і соціального характеру набуває важливої ролі доктрина горизонтального ефекту конституції та основоположних прав та пов'язане із ними конституційно конформне тлумачення законів. Доктрина

¹⁰³⁶Изензее, И., Кирххоф, П. (ред.) (1994). *Государственное право Германии* (Т. 2, с. 167). Москва : ИГП РАН.

горизонтального ефекту основоположних прав має вирішальне значення для забезпечення еквівалентності у приватноправових відносинах та запобіганню дискримінаційних практик, оскільки законодавство, типові умови договорів та договірна практика мають відповідати основоположним принципам права. Як зазначає чеський науковець Павел Коукал, говорячи про особливості реалізації авторського права, зокрема у ліцензійних договорах, наголошує на двох аспектах конституційно конформного тлумачення законів. Першою причиною є обов'язок конституційно узгодженого тлумачення, що впливає зі сталої практики Конституційного Суду, а також з чіткого розпорядження законодавця щодо розвитку конституційних положень у цивільному законодавстві (§ 2, п. 1 Цивільного кодексу Чеської Республіки). Другою причиною є той факт, що при вирішенні конфлікту інтересів, що відображається у структурному та обмеженому часом суспільній спадщині, захищеної авторським правом твори або їх частини можуть використовуватися позадоговорному порядку із винятками щодо захисту авторських прав з мотивів суспільного інтересу, виникає колізія між основними правами і свободами та гарантованими конституцією принципами¹⁰³⁷.

Як це забезпечується з точки зору юридичних засобів та систематики юридичної аргументації, свідчать низка конституційних положень. Конституція України встановлює низку параметрів у цьому ключі:

1) утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ч. 3 ст. 3), Конституція має найвищу юридичну силу (ч. 2 ст. 8);

2) права і свободи людини є невідчужуваними і непорушними; вони є невичерпними (речення друге статті 21 і частина перша статті 22);

¹⁰³⁷Koukal, Pavel (2019). *Autorské právo, public domain a lidská práva*, vyd. 1, 271. Brno: Masarykova univerzita.

3) при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження обсягу і змісту існуючих прав і свобод у поєднанні із правом кожного на вільний розвиток своєї особистості (ч. 3 статті 22 і стаття 23), при цьому не допускається посягання на сутнісний зміст права¹⁰³⁸.

Таким чином, основними критеріями-обов'язками для КСУ при розгляді конституційних скарг має стати встановлення наступних параметрів у справі: 1) спричинення органами влади істотної шкоди для носія конкретного права; 2) порушення прав людини має мати принциповий характер для національної правової системи; 3) порушення права має бути очевидним і вирішення спору має мати істотне значення для захисту прав конкретної особи.

Такі вимоги є визначальними для розуміння смислового наповнення критеріїв прийнятності конституційної скарги, зокрема з точки зору: 1) структури права людини як основоположного (негативного чи позитивного); 2) обов'язку захисту, з якого випливають конкретні негативні та позитивні обов'язки держави; 3) соціального контексту та структури чинності суб'єктивного права як основоположного; 4) зв'язок суб'єктивного публічного права із конституційними принципами та організацією держави.

Згідно із матеріалами Генеральної доповіді XIV Європейської конференції конституційних судів від 2008 р.¹⁰³⁹ такий стан атакує права людини, оскільки в умовах юридичної невизначеності складно їх захистити, колізії у поточному законодавстві породжують довільне і свавільне застосування його положень органами публічної адміністрації та судами. Оскільки в Україні введено модель нормативної конституційної скарги, то основне

¹⁰³⁸Рішення КСУ № 5-р/2018 від 22 травня 2018 р.

¹⁰³⁹Бирмонтене, Т., Ярашюнас, Е., Спруогис, Э. (2008). Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. В: *Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии*, 2(40)–3(41), 70–245.

навантаження із подолання колізій лежить на Верховному Суді, який в ході розгляду касаційних скарг має вирішувати проблеми інституційного порядку у національній правовій системі, до яких належить вирішення колізій у поточному законодавстві. Це є очевидним також з огляду на те, коли має місце порушення прав людини і суд покликаний визнати факт порушення права та вжити дієвих заходів щодо їх поновлення, а не очікувати на можливе політичне рішення Верховної Ради, яка колись у майбутньому вирішить наявну прогалину чи колізію у поточному законодавстві. Відмова від вирішення колізій у поточному законодавстві є нічим іншим у світлі таких обставин як відмова у правосудді.

З огляду на ці обставини Конституційний Суд не завжди може вирішувати питання щодо прогалину чи колізій у поточному законодавстві. Така діяльність Конституційного Суду із подолання прогалину чи колізій у поточному законодавстві допустима при додержанні таких вимог, які складають певні позитивні обов'язки Суду по забезпеченні ефективного і дієвого захисту та поновлення конституційних прав і свобод, а саме:

а) особа використала всі інші засоби юридичного захисту або система перегляду судових рішень свідчить про їх неефективність, внаслідок чого прогалину чи колізію у законодавстві не є подоланою і вона заподіює незворотні наслідки щодо сутнісного змісту суб'єктивного публічного права;

б) питання має конституційно-правовий характер і воно має важливе значення для національної правової системи, складаючи для неї певну інституційну проблему;

в) подолання прогалин чи колізій у поточному законодавстві пов'язано із застосуванням основоположних принципів права або горизонтального ефекту конституції, згідно з яким основоположні принципи права пронизують національну правову систему і мають забезпечувати рівність учасників правовідносин, еквівалентність та підтримку довіри між сторонами у договорі та забезпечувати

доступ до справедливого суду на засадах довіри, розгляду всіх істотних обставин справи, дотримання права сторін по справі бути заслуханою, обґрунтованості рішень та права на їх оскарження.

Такі самі аргументи стосуються також проблеми подолання колізій у законодавстві, оскільки їх наявність фактично означає звуження сутнісного змісту прав людини і основоположних свобод (стаття 22 Конституції України), не відповідає вимогам чіткості та однозначності змісту нормативно-правових актів як необхідної умови належного їх оприлюднення та набрання чинності (стаття 57 Конституції України).

Зокрема, Конституція України становить основу цивільного законодавства (стаття 4.1 ЦК), таким чином, пронизуючи його положення своїм змістом, і його приписи мають відповідати та належним чином конкретизувати конституційні принципи. При цьому у силу статті 22 Конституції не допускається звуження та обмеження прав і свобод, а в силу приписів статті 64 Конституції ЦК чи інші акти цивільного законодавства не можуть встановлювати інші критерії обмеження прав людини, окрім встановлених лише Конституцією. Заборона повернення до гіршого та засада внутрішнього узгодження законодавства відповідно до конституційних принципів є квінтесенцією розуміння положень статті 4.1 ЦК. Оскільки для приватноправової сфери вирішальне значення має договірна практика, то ЦК у статті 213 визначаються текстуальні та контекстуальні засади тлумачення цивільних правочинів. Так, стаття 213.3 ЦК звертає увагу на формально юридичний аспект тлумачення правочинів, а у разі ситуації юридичної невизначеності у частині четвертій визначено алгоритм тлумачення у контекстуальному аспекті, де беруться до уваги також:

Якщо за правилами, встановленими частиною третьою цієї статті, немає можливості визначити справжню волю особи, яка вчинила правочин, до уваги беруться мета правочину, зміст

попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами, звичаї ділового обороту, подальша поведінка сторін, текст типового договору та інші обставини, що мають істотне значення.

Господарський кодекс у цьому відношенні ще більш кардинальний, оскільки у статті 5¹⁰⁴⁰ визначає, що конституційні засади пронизують економічний порядок України. ГК не визначає особливості тлумачення договорів комерційного характеру, тому тут застосовні принципи, викладені у статті 213 ЦК.

6.1.7. Юридична аргументація рішень адміністративних судів та конструювання соціальних прав. Згідно з принципом поділу влади суди є незалежними і вони покликані застосовувати закон у конкретних життєвих ситуаціях. За таких умов є проблематичним виявлення волі законодавця, а застосування такого інструменту тлумачення права як *Travaux Préparatoires* суду потрібно лише задля визначення, які аспекти застосування припустили автори законопроекту та законодавці при його обговоренні та прийнятті. Доволі часто його навіть використовують у якості додаткового джерела аргументації прихильники «живого» права, що передбачає судовий активізм, який виправданий для захисту прав людини. Як буде дано нижче у короткому огляді, юридична аргументація судових рішень не зводиться у боротьбі між ориджиналістами (зокрема, *Travaux Préparatoires*) та прибічниками доктрини «живого» права – юридична аргументація багатогранніша. Сьогодні вже дискутується застосування штучного інтелекту у здійсненні правосуддя до складних технік балансування як засобу юридичної аргументації. У світлі зазначених проблем буде проаналізовано структуру соціальних прав при їх юридичному конструюванні та забезпечення мінімальних стандартів їх

¹⁰⁴⁰У цій статті систематизовано конституційні приписи статей 13, 14, 41 і 42.

захисту при секвестрі Державного бюджету. Отже, у цьому матеріалі буде розкрито взаємозв'язок між юридичною аргументацією та конструюванням соціальних прав при прийнятті рішень адміністративними судами.

і) *Обґрунтування рішень адміністративних судів у світлі доктрини юридичної аргументації.* Ми обмежимося лише аналізом обґрунтування судових рішень щодо соціальних прав. Як свідчить аналіз доктрини юридичної аргументації існує низка підходів щодо аргументування юридичних рішень. Виділяють логічні прийоми юридичної аргументації із застосуванням штучного інтелекту, поєднання залежних і незалежних від законів прийомів аргументації (підхід Тулміна), юридичної аргументації через прийоми риторики Перельмана, комунікативної раціоналізації Габермаса, рівнів юридичної аргументації МакКорміка, правил раціональної аргументації Алексі, синтетичний підхід у переконливості аргументації Аарно, перетворення аргументації за критеріями раціональності Печеніка, прагматично-діалектичний підхід в аргументації Еемерена і Гроотендорста¹⁰⁴¹. Також слід враховувати доктрини юридичного тлумачення, які мають значення для юридичної аргументації правових актів, зокрема через призму концепції інтерпретивізму¹⁰⁴², нейтральних засад тлумачення¹⁰⁴³, ориджиналізму, децю подібного до з'ясування волі законодавця (*original understanding, originalism*)¹⁰⁴⁴, винесення судових рішень згідно з доктриною *stare decisis*, розвитку конституційного права¹⁰⁴⁵, концепції зважування

¹⁰⁴¹ Див.: Feteris, Eveline T. (Ed.) *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decision*, 2nd Ed., 201. Springer.

¹⁰⁴² Grey, Thomas C. (1975). Do we have an unwritten Constitution? *Stanford Law Review*, 27, 703–717.

¹⁰⁴³ Wechsler, Herbert (1959). Toward neutral principles of Constitutional law. *Harvard Law Review*, 73, 9–35.

¹⁰⁴⁴ Brest, Paul. (1980). The misconceived quest for the original understanding. *B.U.L. Review*, 60, 204–234.

¹⁰⁴⁵ Tushnet, Mark V. (1983). Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles. *Harvard Law Review*, 96, 781–824.

(*balancing*). Тому важливим є обрання певної моделі юридичної аргументації, прийнятної до конкретних обставин справи¹⁰⁴⁶.

Україна належить до роман-германської правової сім'ї, згідно з постулатами якої суди є зв'язані положеннями законів. Однак якщо розглядати приписи законів через призму нормативності, то тут виникає існує два аспекти: 1) суд застосовує положення законів, виходячи із конкретної життєвої ситуації і має ухвалювати рішення, дослідивши всі обставини справи, які мають значення для правильного вирішення справи по суті; 2) згідно із засадами визначеності, передбачуваності права та *res judicata* судові рішення мають демонструвати однаковість та єдність підходів при вирішенні подібних справ.

З точки зору з'ясування фактичних обставин справи, суду важливо інтерпретувати факти і обставини у світлі належності, допустимості, достовірності та достатності доказів. Адміністративна юстиція заснована задля обмеження свавілля публічної адміністрації та поновлення порушених прав людини, про що вказує стаття 2 Кодексу адміністративного судочинства України. У світлі таких стандартів мають даватися оцінка доказам у справі, а органи публічної влади мають доводити перед адміністративним судом, що вони своїми діями чи бездіяльністю не порушили прав людини (стаття 77.2 КАС). Якщо виходити із прагматичного аргументування згідно із підходом Фетеріс, судові рішення мають переслідувати позитивний результат¹⁰⁴⁷ – у контексті захисту прав людини це означає сприяння у їх здійсненні. Оскільки соціальні права, зокрема нижче аналізоване соціальне право, залежить від соціальної інфраструктури та реалізації принципу соціальної

¹⁰⁴⁶Козюбра, М.І. (2013). Моделі (типи) юридичної аргументації. *Наукові записки НАУКМА*, 3–8, 144–145.

¹⁰⁴⁷Feteris, Eveline T. (2016). Prototypical Argumentative Patterns in a Legal Context: The Role of Pragmatic Argumentation in the Justification of Judicial Decisions. *Argumentation*, 30, 65.

державності, то суду слід конструювати його зміст, виходячи із конкретних обставин справи.

З метою забезпечення єдності судової практики стаття 13.6 Закону про судоустрій і статус суддів встановлено правило, що «Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права». Ця юридична конструкція спрямовано на однакове застосування права при подібних ситуаціях. Суд може відхилитися від висновків Верховного Суду у разі, якщо в ході судового розгляду фактичні обставини справи будуть різними і в такому випадку слід інакше інтерпретувати цю ситуацію. Тут слід вже виходити із розуміння нормативності як обов'язку держави захищати права людини, що при ухваленні судового рішення означає конструювання соціального права його носія. Тут би варто внести у систему відносин преюдиціального запиту. Однак при його відсутності слід наголосити на специфіці прав людини, які є водночас правилами і принципами права. Тому при наведеній ситуації суд буде вирішувати комплексне завдання, яке у літературі ще характеризують як аргументацію метарівня, коли наведені взаємозв'язки аргументування мають значення для розвитку як судової системи, так і національної правової системи¹⁰⁴⁸. І це правильно, вирішення спорів про межі здійснення і забезпечення прав людини – це завжди стратегічні справи і це сигнал, що наявна система правопорядку має проблему і звичайними засобами її вирішити складно. Тому її вирішує або суд по суті, або вона стає предметом політичних дебатів та адекватних змін в актах парламенту – законах.

ii) *Конструювання права на соціальний захист*. Слід наголосити, що не всіх країнах соціальні права знаходять своє конституційне закріплення, оскільки вони формулюються від позитивних

¹⁰⁴⁸Wyner, Adam and Bench-Capon, Trevor (2008). Modeling Judicial Context in Argumentation Frameworks, 3. URL: <https://cgi.csc.liv.ac.uk/~tbc/publications/adamContext.pdf>

обов'язків держави та принципу соціальної держави. Ключовим чинником для належного здійснення соціальних прав є їхній ефективний захист, який включає як обґрунтовані адміністративні акти/дії так і виконання судових рішень. Зокрема, в одній зі справ Касаційний адміністративний суд Верховного суду вказав на ефективність виконання судового рішення, яке включало обов'язок компетентного органу публічної адміністрації на майбутнє здійснювати перерахунок пенсій¹⁰⁴⁹:

«44. З огляду на необхідність обрання найбільш ефективного способу захисту порушеного права, відмова у формі листа свідчать про відсутність наміру суб'єкта владних повноважень прийняти обґрунтоване та законне рішення у формі, передбаченій чинним законодавством. Оскільки процес надання позивачу відмови у перерахунку пенсії без прийняття відповідного владного управлінського рішення може бути тривалим, то в даному випадку належним способом захисту порушеного права є саме вирішення судом питання про визнання протиправною відмови Харківського приміського об'єднаного управління Пенсійного фонду України Харківської області, викладеної в листі від 23.08.2016 та зобов'язання вчинити певні дії (або ж відмовити в задоволенні цих вимог).

...

51. Застосовуючи строки у зазначеній сфері, потрібно розрізняти право особи на соціальний захист та право особи на судовий захист. Право на соціальний захист особи реалізується відповідним суб'єктом владних повноважень, як правило, органом пенсійного фонду за зверненням такої особи з проханням надати певний статус та здійснити відповідні виплати. У випадку, якщо особа вважає, що існує спір у публічно-правовій сфері стосовно реалізації її права на соціальний захист, зумовлений протиправними рішеннями, діями або

¹⁰⁴⁹Постанова КАС ВС від 15.09.2020 № 635/7878/16-а URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91538349>

бездіяльністю суб'єкта владних повноважень, така особа може звернутися до адміністративного суду з позовом, що буде уже способом реалізації права на судовий захист. Згідно з Конституцією України право особи на соціальний захист гарантується, в першу чергу, статтею 46, а право на судовий захист, зокрема, – статтями 55 та 124».

З іншого боку, вдалим прикладом конструювання соціальних прав є Європейська соціальна хартія (переглянута), в якій чітко визначено структуру соціального захисту конкретного права, основні позитивні обов'язки держави у його забезпеченні та винятки із гарантії, які дають можливість державі не виконувати певні позитивні обов'язки, не посягаючи на сутнісний зміст конкретного соціального права. Право на соціальний захист має таку горизонтальну і вертикальну структуру¹⁰⁵⁰.

1. *Горизонтальна структура* зумовлена права на соціальний захист визначається видами такого захисту, який ґрунтується на засадах правової визначеності та законності очікувань. Такі вимоги впливають із їх регулювання у конституції, що накладає на законодавця позитивний обов'язок щодо їх належного правового регулювання відповідно до поваги до людської гідності та забезпечення принципу правової держави. Згідно із Конституцією виділено п'ять сфер забезпечення права на соціальний захист у разі:

- 1) втрати працездатності;
- 2) втрати годувальника;
- 3) безробіття з незалежних від особи обставин;
- 4) старості;

5) інших випадках, згідно із свободою розсуду законодавця, яка має відповідати засадам соціальної державності, поваги до гідності людини та економічної спроможності держави.

¹⁰⁵⁰Савчин, М. (2019). *Порівняльне конституційне право* (с. 123). Київ : Юрінком Інтер.

Завданням адміністративного суду тут є з'ясування наскільки якісне законодавче регулювання та адміністративних послуг на забезпечення права на соціальний захист.

2. *Вертикальну структуру* права на соціальний захист складають позитивні обов'язки держави, оскільки право на соціальний захист особи залежить від здійснення державою комплексу наступних заходів:

1) повноти (інтенсивності) законодавчого регулювання відповідної соціальної допомоги чи виду соціального захисту в такому ступені, щоб отримання соціальної допомоги чи захисту особою не залежало від ухвалення урядом чи відомством регуляторного акту; такі регуляторні акти можуть встановлювати особливості здійснення внутрішньо організаційних питань відомства у сфері соціального захисту;

2) система соціального страхування, яка має диференціюватися у залежності від виду соціального захист, діяльність яких має бути підконтрольна і підзвітна; наприклад, якщо йде мова про пенсійне забезпечення, то законодавство має враховувати реальну демографічну ситуацію та ринок зайнятості, структуру ринку праці, виходячи з чого обирати модель страхування на випадок пенсії та регулювати її у законах;

3) діяльність установ, які надають соціальні допомоги та соціальні послуги і фінансуються з державного бюджету; також держава має підтримувати і приватні установи, які надають соціальні допомоги і послуги;

4) адресний характер соціальної допомоги і соціальних послуг, тобто надання таких лише особам, які є вразливими і потребують реальної підтримки з боку держави чи осіб, які займаються такого роду діяльністю.

3. *При секвестрі (скороченні) видатків на соціальні допомоги та соціальні послуги*, виходячи із засад соціальної держави та правотвірних (законних) очікувань, необхідно додержуватися таких вимог:

1) уряд може ініціювати процедури секвестру шляхом звернення до парламенту з метою проведення попереднього слухання, за результатами консультацій отримати відповідну резолюцію, в якій мають бути вказані параметри законопроекту про секвестр на соціальні видатки;

2) розробити і внести законопроект на розгляд парламенту відповідно до визначеною резолюцію про параметри такого законопроекту;

3) законопроект про секвестр на соціальні видатки не може посягати на сутнісний зміст права на соціальну допомогу, тобто така соціальна допомога має зберігати свій періодичний характер і забезпечувати необхідні життєві потреби індивіда, які мають поважати людську гідність;

4) секвестр соціальних видатків має носити тимчасовий характер і після закінчення цього строку уряд має звітувати перед парламентом стосовно вжитих заходів та щодо вжиття заходів на поновлення відповідних соціальних видатків.

При юридичній аргументації своїх рішень по соціальним правам адміністративний суд вирішує, як правило, системну проблематику – захист прав людини завжди є інформацією про наявність очевидних проблем у правовій системі. Вона вирішується двома шляхами. Найпростіший, на перший погляд, це внесення змін у законодавство. Однак воно викликає гострі суспільно-політичні дебати, що взагалі може заблокувати процес внесення адекватних змін у законодавство, а права людини і далі порушуватимуться. Існує інший шлях, коли суд бере на себе відповідальність і слідуючи статті 2 КАС стає на захист прав людини. Цей процес вимагає конструювання відповідного аспекту права на соціальний захист у трьох площинах – горизонтальної і вертикальної структури соціального права та кореспондуючому його масштабу завдань та наявних ресурсів держави, в межах якої вона несе відповідальність і покликана забезпечити соціальний захист з повагою до людської гідності.

15.2. Захист соціально-економічних прав у практиці Європейського суду з прав людини

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, прийнята внаслідок спільної роботи європейського суспільства, постала до певної міри революційним досягненням з точки зору регіонального просування фундаментальних прав і свобод людини. Останнє безпосередньо стосується й тих прав і свобод, що уособлюють соціально-економічні цінності будь-якої демократично налаштованої держави. Безумовно, ЄКПЛ не була першим універсальним правозахисним документом, однак її положення були спроектовані таким чином, що основні права та свободи людини набували принципово інакшого механізму захисту. З однієї сторони, Конвенція позиціонує себе у якості зобов'язуючого договору про права людини, оскільки Договірні держави, що приєдналися до неї (шляхом ратифікації), стали формально зобов'язаними дотримуватися її положень. З іншої сторони, вказаний юридичний інструмент захисту створив надзвичайно важливий інституційний механізм реалізації його положень – Європейський суд з прав людини. Як свідчить багаторічна практика вирішення Судом справ, він зіграв ключову роль у забезпеченні невинного функціонування каталогу прав людини, закріпленого ЄКПЛ.

Зобов'язуюча природа норм Конвенції обумовлена у статті 1, відповідно до якої Договірні держави повинні мати достатні правові засоби, що гарантують кожному, хто перебуває під відповідною юрисдикцією, права і свободи, визначені у розділі I ЄКПЛ. При цьому, варто зауважити, що Конвенція не містить прямих приписів щодо конкретних умов та юридичних механізмів, за допомогою яких держави повинні захищати такі права та свободи. У цьому плані, їм надається свобода вибору, яка залежить насамперед від особливостей функціонування національних правових систем, історії, політичного середовища, а також культурної спадщини та наявної

економічної ситуації. Головна вимога полягає у тому, щоб такий захист був ефективний, адже Конвенція встановлює мінімальний набір стандартів щодо прав людини, які повинні бути гарантовані тим, хто знаходиться під юрисдикцією кожної Договірної держави.

Зокрема, у справі про бельгійське мовне законодавство (англ. «Case «Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» v. Belgium (merits)») в 1968 році Суд вперше послався на субсидіарний (допоміжний) характер міжнародного механізму захисту прав людини, встановленого Конвенцією¹⁰⁵¹. Вказана правова позиція стала визначальною для регулювання відносин між міжнародною системою захисту прав людини і національними юрисдикціями. Далі, в межах розгляду різноманітних справ, ЄСПЛ наголошував на необхідності притримуватися вищевказаного підходу. Наприклад, у справі *Sargsyan v. Azerbaijan* Суд наголосив¹⁰⁵²:

«Основною особливістю механізму захисту, встановленого Конвенцією, є те, що він є допоміжним по відношенню до національних систем захисту прав людини. Призначення Суду полягає у здійсненні нагляду за виконанням Договірними державами своїх зобов'язань за Конвенцією. Він не повинен брати на себе роль Договірних держав, відповідальність яких полягає у забезпеченні поваги і захисту, закріплених у Конвенції основних прав і свобод на національному рівні. Правило вичерпання національних засобів правового захисту ґрунтується на припущенні, відображеному у ст. 13 Конвенції, з якою воно дуже схоже, адже передбачає існування ефективного засобу правового захисту щодо порушення. Таким чином, вказане правило становить невід'ємну частину функціонування цієї системи захисту.»

¹⁰⁵¹Case «relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» (merits), 23 July 1968, Series A no. 6.

¹⁰⁵²*Sargsyan v. Azerbaijan* [GC], no. 40167/06, § 115, ECHR 2015.

Дійсно, Конвенція захищає широкий спектр фундаментальних прав і свобод людини, починаючи від права на життя і закінчуючи правом на вільні вибори. Водночас, не зважаючи на відсутність формально-юридичної ієрархії конвенційних прав людини, у науково-правничих колах продовжується дискусія стосовно проблемних аспектів інтерпретації соціально-економічних цінностей у світлі ЄКПЛ. Ключовими при цьому виступають питання щодо можливості інструментального охоплення Конвенцією соціально-економічних права, тобто чи наявна у Суду належна правова база, яка дозволяла б йому тлумачити конвенційні норми із чіткими акцентами на соціально-економічні контексти внутрішньодержавних правових систем.

15.2.1. Сутнісна природа соціально-економічних прав: сфера функціонального застосування Європейської конвенції. Насамперед відзначимо, що існують значні відмінності у тому, як різні науковці артикулюють правами, що наділені соціально-економічними конотаціями. До прикладу, існують наступні варіанти формулювань, синонімічно прив'язаних до сутності соціально-економічних прав: просто соціальні права¹⁰⁵³; права, пов'язані із соціальним забезпеченням¹⁰⁵⁴; економічні, соціальні і культурні права¹⁰⁵⁵. Подекуди, поняття «соціально-економічні права» безпелеяційно матеріалізується поняттям «позитивні права»¹⁰⁵⁶. Незважаючи на подібне термінологічне різноманіття (яке в принципі обумовлене національними правовими традиціями), усі вказані вище варіанти уособлюють права, пов'язані із задоволенням потреб, серед яких найбільш важливими є право на мінімальний

¹⁰⁵³ Mantouvalou, V. (2010, April 12). The Case for Social Rights.

¹⁰⁵⁴ Simon, W. (1985). *The Invention and Reinvention of Welfare Rights*.

¹⁰⁵⁵ Muller, A. (2009). Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Law Review*, 9(4), 557–601. doi:10.1093/hrlr/ngp027.

¹⁰⁵⁶ Güler, T.S. (2017). 'Positive Obligations' Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure? *European Journal of Multidisciplinary Studies*, 6(1), 358. doi:10.26417/ejms.v6i1.p.358-364.

дохід, право на житло, право на мирне володіння власністю, право на медичне обслуговування і право на освіту.

Основні ж аргументи на користь пріоритетного захисту Конвенцією саме громадянських та політичних, а не соціально-економічних прав, зводяться до існування добре відомої дихотомії у поділі прав людини на позитивні та негативні. У доктрині права склалося традиційне розуміння приналежності соціально-економічних прав до групи позитивних прав, у той час як громадянські та політичні права наділені, відповідно, негативними елементами. Тут потрібно притримуватися **збалансованого підходу**, за якого усі права людини, як соціально-економічні, так і громадянські та політичні, накладають на державу набір як позитивних, так і негативних зобов'язань. Отже, права не можуть бути чітко відокремлені один від одного залежно від обов'язку, який вони породжують. Підтвердженням цього припущення слугує аналіз емпіричного матеріалу: запровадження як у міжнародних договорах з прав людини, так і у конституціях самих держав нормативної конструкції «поважати – захищати – здійснювати права людини»¹⁰⁵⁷. Така конструкція, як вбачається, спрямована на руйнування ієрархічності зв'язків між економічними, соціальними і культурними правами та громадянськими і політичними правами. Таким чином, більшість представників юридичної спільноти висловлюють позицію щодо того, що економічні та соціальні права підлягають судовому захисту у міжнародному масштабі та, відповідно, можуть ефективно забезпечуватися міжнародними судами і трибуналами¹⁰⁵⁸. Подібна теза стала загальноприйнятною і виробила компромісний підхід до

¹⁰⁵⁷Така конструкція в англійській юридичній літературі отримала назву «tripartite system of human rights».

¹⁰⁵⁸Наприклад, Petersmann, E. (2008). Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'. *European Journal of International Law*, 19(4), 773–775 ; або Langford, M. (2009). The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory. In M. Langford (Ed.) *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, 3–45. Cambridge : Cambridge University Press.

тлумачення договорів про права людини, згідно з яким громадянські і політичні права мають невід'ємні соціально-економічні компоненти. До того ж, наявна практика тлумачення, що застосовується ЄСПЛ і іншими міжнародними органами з прав людини щодо позитивних зобов'язань, в кінцевому підсумку призводить до врахування економічних і соціальних прав. Емпіричне підкріплення вищенаведеної тези дістане свій вияв дещо нижче, при аналізі прецедентної практики Суду.

Відтак, окреслимо **основні методологічні підходи**, що повинні бути покладені в основу дослідження особливостей захисту Страсбурзьким судом соціально-економічних цінностей.

По-перше, концепція основних прав не виключає можливості їх тлумачення у світлі соціальних та економічних потреб особи. В англійській правовій доктрині, такий підхід отримав назву «*core rights perspective*». Її авторкою є представниця лейденської школи права І. Лейтен. У своїй роботі «Основні соціально-економічні права та Європейський суд з прав людини» вона обґрунтовує підхід, згідно з яким доктрина основних прав людини розширює соціально-економічний вимір інтерпретаційної діяльності ЄСПЛ, зокрема, в частині використання транспарентної та об'єктивної перевірки співмірності використання національною владою свободи розсуду у формуванні законодавчої соціально-економічної політики. Стверджується, що загалом Суд використовує два наступних підходи у їх взаємозв'язку. Суть першого підходу зводиться до *raison d'être* (пошуку сенсу існування) основних прав, що означає надання відповіді на питання, чому існує конкретна норма про права та що, принаймні, потрібно для забезпечення того, щоб це право було значущим для тих, хто може на нього покладатися. Вказане передбачає застосування телеологічного підходу до тлумачення, який враховує мету і ціль норми, а також сам дух Конвенції як інструменту, призначеного для підтримки і просування ідеалів і цінностей демократичного суспільства. Застосовуючи такий підхід, ЄСПЛ

спочатку розглядає конкретну норму права, закріплену у Конвенції, і, зокрема, мету та цінності, що лежать у її основі. Наприклад, такий підхід може застосовуватися у рамках тлумачення ст. 8 ЄКПЛ – права на повагу до особистого життя. У контексті позитивних зобов'язань держави, тлумачення такого права у його системному взаємозв'язку із конкретними фактами справи, може, наприклад, бути пов'язане із важливістю існування місця для проживання. Ще одним прикладом такого підходу є смисловий відтінок слова «поводження», який може бути вкладений у нормативну конструкцію «нелюдське і таке, що принижує гідність, поведження», закріплену у ст. 3 ЄКПЛ. Така конотація може бути прив'язана до позитивних зобов'язань держави в частині забезпечення основних засобів до існування, необхідних для життя людини. Поєднуючи ідею реалізації прав ЄКПЛ з пошуком того, чого це по суті вимагає, деякі соціально-економічні гарантії видаються вирішальними, оскільки без них неможливо навіть почати забезпечення подальшої реалізації відповідних прав.

По-друге, досягнення консенсусу або наявність широкої згоди можуть також стати цінним правовим орієнтиром для захисту основних соціально-економічних прав із боку Страсбурзького суду. Можуть бути розглянуті основні соціально-економічні гарантії, узгоджені на національному та міжнародному рівнях, і, зокрема, основні зобов'язання, дотримання яких визнано Комітетом з економічних, політичних, соціальних та культурних прав ООН. Зрештою, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права був ратифікований у цілому, в тому числі, Державами-учасницями Конвенції. Отже, для ЄСПЛ здається безпроблемним приділити хоча б деяку увагу цим основним вимогам при розгляді справ, що підпадають під дію Конвенції. Таке узгоджене тлумачення відповідає практиці тлумачення Страсбурзького суду, а також визнанню ним неподільності громадянських, політичних, економічних і соціальних прав. Однак ідея захисту основних прав передбачає, що

увага приділяється не загальним економічним і соціальним правам, а їх основним аспектам. Суд пропонує підхід до неподільності, який передбачає зосередження уваги на мінімальних основних рівнях й інших основних вимогах забезпечення прав, пов'язуючи їх безпосередньо з гарантіями, закладеними у Конвенції¹⁰⁵⁹.

По-третє, Суд так чи інакше зіштовхувався у вирішенні своїх справ із питаннями розгляду правомірності дій національного законодавця в частині розробки нормативної основи реалізації соціальної політики держави. Подібне до певної міри «обережне» ставлення Страсбурзького суду до вирішення справ, у яких центральним предметом розгляду виступає соціально-економічна законодавча політика, обумовлене наступним. Як було зазначено вище, відповідно до приписів ЄКПЛ державі зазвичай надається достатньо широка свобода дій, коли мова йде про загальні заходи реалізації економічної або соціальної стратегії. Крім того, ЄСПЛ зауважує, що національний законодавець краще обізнаний і знає своє суспільство і його потреби. І тому національна влада знаходиться у кращому становищі, аніж міжнародний суддя, оскільки національна влада має змогу безпосередньо оцінити наскільки законодавча політика відповідає суспільним інтересам стосовно соціальних або економічних причин законодавчих змін. І Суд, як правило, поважає вибір законодавчої влади, але тільки якщо він не є явно необґрунтованим. Суд не може замінити своєю власною оцінкою оцінку економічно-соціальної ситуації, наданою національною владою. Незважаючи на це, ЄСПЛ зобов'язаний переглянути оскаржувані заходи у відповідності до ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ і, таким чином, здійснити дослідження фактів, у межах яких діяла національна влада¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁹ Leijten, I. (2019). *Core socio-economic rights and the European court of human rights*, 214, 218–219. Cambridge : Cambridge University Press.

¹⁰⁶⁰ Така позиція, зокрема, була висловлена Судом у справі *James and Others v. the United Kingdom*; Див.: *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 46, Series A no. 98.

15.2.2. «Правозастосовне сплетіння» доктрин еволюційного методу тлумачення конвенційних норм та позитивних зобов'язань держави у сфері забезпечення соціально-економічних прав: бачення Суду. Додатковим аргументом на користь інструментальної значущості розвитку доктрини соціально-економічних прав Судом є використання останнім добре відомого **еволюційного методу тлумачення** конвенційних норм. У найбільш спрощеному вигляді, суть такого методу зводиться до позиціювання ЄСПЛ у якості живого інструменту. Доктрина еволюційного тлумачення прав відображає принцип того, що Конвенцію слід тлумачити з урахуванням сучасних умов суспільного життя і що вона ідейно розвивається шляхом тлумачення Суду.

У результаті використання ЄСПЛ еволюційного методу тлумачення статичних за своєю природою конвенційних норм, виникають якісно нові аспекти розуміння конкретного виду права. Деякі вчені акцентують увагу на тому, що, уявляючи собою «інструмент, який зберігає значення сучасних і ефективних прав», еволюційне тлумачення ЄСПЛ перетворює Конвенцію на «живий інструмент», що дозволяє аналізувати та інтерпретувати її положення з урахуванням нових політичних та соціально-економічних контекстів. Отже, цілком логічним є твердження, що якщо б Суд застосовував стандарти прав людини, зміст і значення яких залишався би незмінним, то джерела міжнародного права неодмінно постали інструментом стагнації правового регулювання постійно виникаючих нових аспектів суспільного життя¹⁰⁶¹. Інші вчені цей тип тлумачення порівнюють досить часто із доктриною меж дискреційних повноважень, підкреслюючи, що еволюційного метод дозволяє змінювати інтерпретацію диспозиції міжнародно-правової норми з урахуванням вимог часу. Ґрунтуючись на сказаному,

¹⁰⁶¹Dzehtsiarou, K. (2011). European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*, 12(10), 1730–1745.

Є. Бремс розробляє концепцію еволюційної інтерпретації як інструмента, в якому зміст конкретної концепції може змінюватися із часом, оскільки зазначене «є «індексацією» прав, закріплених Конвенцією у світлі соціальної еволюції». Таким чином, до основних рис еволюційної інтерпретації необхідно віднести наступні характеристики: 1) у межах її використання визначена ідея або концепція тлумачиться відповідно до сучасних умов конкретного політичного, соціально-економічного та правового середовища; 2) є одним із видів автономного тлумачення, оскільки, на відміну від історичної інтерпретації, «передбачає однакове тлумачення суперечливих концептів»; 3) в основному, допомагає представити зміни в звичайному значенні терміну (понятті, доктрині, принципі), що закріплені у тексті Конвенції; 4) сприяє ефективності дії міжнародно-правової норми у часі; 5) застосовується також у забезпеченні балансу прав та їх обмежень; 6) повинне спиратися на згоду та правовий компроміс з-поміж держав-учасниць¹⁰⁶².

У межах розвитку уявлень про змістовну трансформацію ідей, закладених у суть соціально-економічних прав, ЄСПЛ також неодноразово застосовував вказаний метод. Так, яскравим прикладом застосування Судом динамічного тлумачення норм Конвенції є справа *Hatton v. United Kingdom*. У цій справі заявники скаржилися на те, що політика влади щодо нічних польотів в аеропорту Хітроу порушувала їх права за ст. 8 ЄКПЛ. У своєму рішенні від 2 жовтня 2001 року Палата постановила, що, оскільки аеропорт Хітроу і літак, який його використовував, не належали, чи не контролювалися і не експлуатувалися урядом або його агентами, не можна вести мову про те, що Сполучене Королівство «втручалось» у приватне або сімейне життя заявників. Замість цього Палата проаналізувала скарги заявників з точки зору позитивного обов'язку держави приймати

¹⁰⁶²Brems, E. (2001). *Human rights: Universality and diversity*. The Hague: Martinus Nijhoff (pp. 396–397).

розумні і належні заходи для забезпечення прав заявників відповідно до п. 1 ст. 8 Конвенції. Палата також постановила, що який би аналітичний підхід до економічної вигоди від нічних рейсів не застосовувався, необхідно враховувати справедливий баланс, який повинен бути встановлений між конкуруючими інтересами окремої особи і суспільства в цілому. В обох контекстах держава користувалася певною свободою розсуду при визначенні кроків, які необхідно зробити для забезпечення дотримання Конвенції. Однак Палата підкреслила, що при досягненні необхідного балансу, держави повинні враховувати весь спектр матеріальних факторів. Крім того, в особливо делікатній сфері захисту навколишнього середовища простого посилення на економічне благополуччя країни було недостатньо, щоб вести мову про переважання прав одних осіб над правами інших. Палата визнала, що держави повинні були мінімізувати, наскільки це можливо, втручання в права за ст. 8 ЄКПЛ, намагаючись знайти альтернативні рішення і в цілому прагнучи досягти своїх цілей найменш обтяжливим способом щодо прав людини. Для цього відповідним діям повинно передувати належне і повне розслідування і вивчення з метою пошуку найкращого можливого рішення, яке насправді забезпечувало б правильний баланс інтересів. Прикметно, що у розгляді цієї справи в межах Палати, після голосування по рішенню, декілька суддів висловили незгоду із прийнятим рішенням і запропонували власні позиції в окремих думках, зокрема, в частині суті еволюційного методу тлумачення конвенційних норм. Пізніше справа була передана на розгляд Великої палати, яка не виявила порушення ст. 8 Конвенції. Більшість суддів Великої палати не вважали, що влада вийшла за рамки свого розсуду. Однак і тут п'ять суддів виклали спільну окрему думку, в якій висловилися за посилення ролі Суду в реагуванні на скарги щодо забруднення навколишнього середовища, посиляючись на використання доктрини живого інструменту. Зокрема, фокус уваги було звернено на той факт, що

еволюційне тлумачення ЄСПЛ різних вимог Конвенції у цілому було «прогресивним» у тому сенсі, що Суд поступово розширював і підвищував рівень захисту прав і свобод, гарантованих Конвенцією, для розвитку «Європейського суспільного порядку». У сфері екологічних прав людини, про які в 1950 році практично нічого не було відомо, Суд все частіше погоджується з тим, що ст. 8 Європейської конвенції охоплює право на здорове навколишнє середовище а, отже, і на захист від забруднення і неприємностей, викликаних шкідливими хімічними речовинами, агресивними запахами, збудниками, що викликають респіраторні захворювання, шум тощо¹⁰⁶³.

Також позиціонування Конвенції як живого інструменту безпосередньо корелюється із вимогою забезпечення легітимного тлумачення правових норм (англ. «*legitimate interpretation*») та доктриною позитивних зобов'язань держави у сфері забезпечення соціально-економічного благополуччя осіб, що знаходяться під її юрисдикцією.

Легітимне тлумачення правових норм передусім базується на концепції субстантивної законності. Іншими словами, тлумачення Судом соціально-економічних прав, незважаючи на той факт, що вони безпосередньо не закріплюються ЄСПЛ, передбачає, що зміст судового рішення повинен бути обґрунтованим (таким, що містить належну правову аргументацію) та прийнятним (таким, що відповідає загальним уявленням суспільства) аби відповідати вимогам законності, а не тільки зачіпати певні формалістичні аспекти.

Що стосується **доктрини позитивних зобов'язань** держави сприяти реалізації соціально-економічних прав осіб, що знаходяться під її юрисдикцією, варто наголосити, що вона за своєю суттю є доволі відкритим концептом та використовується Судом без окреслення вичерпних меж її застосування. Те ж саме стосується

¹⁰⁶³Hatton and Others v. the United Kingdom, no. 36022/97, § 113–116, 2 October 2001.

і у зворотних випадках, коли Суд вирішує питання щодо дотримання національною владою позитивних зобов'язань у сфері забезпечення цієї категорії справ. Наприклад, у рішенні ЄСПЛ по справі *William and Anita Powell v. the United Kingdom* стосовно прийнятності скарги в частині аргументації заявників щодо фальсифікації офіційних звітів агентом держави, недбалість якого привела до смерті дитини, є порушенням процесуальних зобов'язань, передбачених ст. 2, і позитивних зобов'язань, передбачених ст. ст. 8 і 10 ЄКПЛ. ЄСПЛ використав поняття «ефективність», щоб розвинути позитивні зобов'язання соціально-економічного характеру у світлі ст. 2 Конвенції. Цей випадок стосувався хлопчика, який помер через те, що йому не вдалося вчасно діагностувати виліковне захворювання. ЄСПЛ стверджував, що держави зобов'язані відповідно до ст. 2 вживати всіх відповідних заходів для захисту життя, і що він не виключає того, що дії і бездіяльність суб'єктів владних повноважень у сфері політики охорони здоров'я можуть за певних обставин спричинити за собою появу їх відповідальності відповідно до позитивних зобов'язань, передбачених ст. 2 Європейської конвенції. Однак, справа була відхилена як неприйнятна, оскільки заявники повинні були продемонструвати обґрунтовану вимогу відповідно до національного законодавства про те, що мало місце порушення громадянського права, передбаченого законом. Суд не уповноважений створити на користь особи матеріальне право, котре не визнане національним законодавством, і він не може погодитися з тим, що такі питання, як помилкове судження з боку медичного працівника або ж недбала координація між медичними працівниками при лікуванні конкретного пацієнта самі по собі достатні для того, щоб притягнути Договірну державу до відповідальності з точки зору її позитивних зобов'язань щодо захисту життя відповідно до ст. 2 Конвенції¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁴Powell v. the United Kingdom (dec.), no. 45305/99, ECHR 2000-V.

Таким чином, ЄСПЛ запропонував загальну теорію позитивних зобов'язань у галузі охорони здоров'я. У загальному вигляді її суть полягає у тому, що телеологічне тлумачення п. 1 ст. 2 Конвенції передбачає, що державі слід не тільки утримуватися від умисного та незаконного позбавлення життя, а й вживати відповідних заходів для захисту життя осіб, які перебувають під її юрисдикцією. При цьому позитивне зобов'язання, у тому числі й у розрізі соціально-економічних прав особи, має два важливих субстантивних аспекти: по-перше, вони означають наявність обов'язку забезпечувати належну нормативно-правову базу регулювання соціально-економічних прав осіб; по-друге, такі зобов'язання безпосередньо накладають обов'язок на національні правові системи вживати превентивних оперативних заходів, необхідних для запобігання порушення відповідних прав.

Отже, прагматичний ефект від «правозастосовного сплетіння» Судом доктрин, що визначають ЄКПЛ у якості живого інструменту інтерпретації соціально-економічних прав людини та невід'ємної наявності у змісті таких прав елементів позитивного зобов'язання, має все ж одну істотну особливість. Для виникнення позитивного зобов'язання Суду необхідно встановити, що національна влада знала або повинна була знати на момент існування реальної і безпосередньої небезпеки потенційних фактів порушення соціально-економічних прав особи. Суть позитивного зобов'язання держави у цьому аспекті полягає у вжитті заходів у рамках своїх повноважень, які, при розумній оцінці, можна було очікувати, щоб уникнути цього ризику. Таким чином, застосування цих двох доктрин дозволяє вести мову про формування Судом якісно нового підходу, згідно з яким інтерпретувати традиційні заходи захисту у формі громадянських і політичних прав таким чином, щоб охопити порушення, які традиційно вважаються за свою природою порушеннями економічних і соціальних прав.

У цьому зв'язку, красномовним прикладом, який переконливо свідчить про доречність цього аргументу є позиція Суду, викладена у справі *D. v. the United Kingdom*. ЄСПЛ прийшов до висновку, що він повинен залишити за собою достатню гнучкість для розгляду застосування ст. 3 Конвенції крім «традиційних» випадків, коли джерело ризику в приймаючій державі виникає з факторів, які не можуть спричинити за собою відповідальність держави або які, як прийнято, самі по собі не порушують стандарти цієї статті. Таким чином, ЄСПЛ погодився з тим, що рішення про висилку іноземця, який страждає серйозним захворюванням, у державу, де медичні установи поступаються доступною у Договірній державі медичною допомогою, може порушити питання згідно зі ст. 3 ЄКПЛ. Відповідно, Суд розширив сферу застосування ст. 3 Європейської конвенції, а також визнав, що вона може мати наслідки соціально-економічного характеру¹⁰⁶⁵.

Цікавою є практика Суду в частині тлумачення соціально-економічних прав осіб через призму ст. 8 Конвенції. У справі *Marzari v. Italy*, яка стосувалася житлових потреб, ЄСПЛ підкреслив, що існують позитивні зобов'язання, невід'ємні від ефективної політики поваги прав людини, гарантованих ст. 8 Конвенції. Суд визнав, що ст. 8 ЄКПЛ іноді вимагає вжиття позитивних заходів для ефективної поваги того, як особа може користуватися своїм житлом у конкретному фізичному сенсі. На нашу думку, подібний підхід у певній мірі демонструє схильність ЄСПЛ втручатися в сферу, пов'язану із застосуванням соціальної та економічної політики. Проте, Суд все ж зробив застереження щодо сфери застосування вказаної статті. Заявник страждав метаболічною міопатією і був повністю інвалідом. Йому виділили квартиру, яку він вважав непридатною для проживання. Тому, він перестав платити орендну плату за житло, заявивши про необхідність проведення певних робіт, щоб воно стало придатним

¹⁰⁶⁵D. v. the United Kingdom, 2 May 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III.

для проживання. Після отримання відмови у проведенні таких робіт, заявник був виселений за заявою свого державного орендодавця. Його скарга до Суду була пов'язана з неповагою до його права на приватне життя, гарантованого ст. 8 Конвенції. Загалом Суд прийшов до висновку, що виселення заявника з квартири потенційно порушило його права за вказаною статтею. Відтак, основним завданням Суду постала необхідність вивчення того, чи було втручання виправданим відповідно до положень п. 2 ст. 8 Конвенції. У результаті Суд не виявив будь-яких ознак порушення цієї статті у зв'язку з рішенням влади щодо виселення заявника з його квартири. При цьому, ЄСПЛ було окремо зауважено, що ст. 8 не гарантує право на вирішення житлової проблеми владою, оскільки оскаржуване рішення мало законну мету відповідно до п. 2 ст. 8 Конвенції, а саме захист прав інших¹⁰⁶⁶.

15.2.3. Правова аргументація ЄСПЛ у справах, пов'язаних із захистом соціально-економічних цінностей: деякі основні методологічні підходи. Загалом, **соціально-економічні цінності** визначаються як стандарти, які окремі особи і соціальні групи використовують для визначення особистих цілей і, по суті, формують природу і форму соціального порядку в колективі, тобто, як стандарти, які виступають орієнтиром у визначенні того, що є прийнятним, а що є ні, що має або не повинно бути, що бажано або небажано¹⁰⁶⁷. Тобто, під «соціально-економічними цінностями» маються на увазі ті речі, які важливі для широкого кола осіб, що формують певне суспільство.

Не виключення становить і взаємозв'язок цінностей й права, зокрема закріплення в останньому аксіологічних основ соціального розвитку суспільства. Право формує суспільство, виступаючи

¹⁰⁶⁶Marzari v. Italy (dec.), no. 36448/97, ECHR 1999.

¹⁰⁶⁷Tsirogianni, S., Sammut, G., & Park, E. (2014). Social Values and Good Living. *Encyclopedia of Quality of Life and Well-Being Research*, 6187–6190.

посередником у вирішенні суспільних конфліктів, регулюючи суспільну поведінку і дозволяючи застосування примусових заходів з боку органів державної влади, визначаючи при цьому межі цієї влади. Отже, фундаментальне питання для права – це те, в якому суспільстві хочуть жити його члени. Відповідно, соціально-економічні цінності можуть відображати моральні цінності, широко поширені у певному суспільстві, або інструментальну державну політику, яка має вирішальне значення для економічного благополуччя спільноти. Дійсно, в межах кожної національної правової системи можуть існувати деякі суперечності між різними нормативно-правовими актами і судовими рішеннями. Закон не зможе слідувати своїй цілі, якщо він не характеризується базовою єдністю свого змісту і не служить визначеній основній меті, яка розділяється всіма його компонентами. У цьому зв'язку, загальні цінності певного суспільства генералізовано матеріалізуються у конституціях держав із подальшою їх конкретизацією у внутрішньодержавній системі законодавства. Відтак, при здійсненні захисту соціальних цінностей, ЄСПЛ, як правозахисний орган наднаціонального рівня, виявляє основні соціально-економічні цінності шляхом індуктивного вивчення різних національних законодавчих актів і судових рішень із їх наступним співставленням із гарантіями, закріпленими у Конвенції.

У якості **методологічно значимої тези**, що послугує надалі своєрідним об'єднуючим орієнтиром, зазначимо, що економічні цінності відображені у категорії «власність» (англ. «*property*»), а соціальні – здебільшого опосередковуються категоріями «соціальна допомога» (англ. «*social security benefit*») та «пенсія» (що включає усі наявні виплати по системі соціального забезпечення) (англ. «*pension*»).

Аналіз наявних правових позицій ЄСПЛ дозволив виокремити наступні найбільш поширені категорії питань, які вирішуються Судом на основі вироблених ним підходів. При цьому, одразу

зауважимо, що подані нижче підходи ні в якому разі не претендують на вичерпність. Навпаки, питання систематизації та аналізу правових позицій Страсбурзького суду цілком виправдано може слугувати повноцінним предметом дослідження дисертаційного або монографічного характеру. Відтак нижче запропоновано лише деякі із підходів, які відображають суть методології захисту Судом цінностей, об'єктивованих у соціально-економічних правах.

В аспекті захисту економічних цінностей, особливу увагу необхідно звернути на той факт, що згідно із практикою ЄСПЛ, *поняття володіння охоплює не тільки фактичне грошове або майнове право, але також і «законне» і обґрунтоване «очікування»* реалізації самого економічного інтересу. Суд особливу увагу звертає на дотримання державами наступних вимог (які, як буде видно із аналізу, запропонованого нижче, майже завжди розглядаються Судом у комплексі):

1. *Створення умов, які сприяють реалізації легітимного очікування особи*; при цьому, до уваги варто взяти той факт, що заявник може заявляти про порушення ст.1 Протоколу № 1 до Конвенції тільки в тій мірі, в якій оскаржувані заявником рішення стосуються його майна; при цьому, концепт «майно» за своєю суттю є автономним і включає або «існуюче майно», або активи, включаючи вимоги, щодо яких заявник може стверджувати, що він або вона має, принаймні, «законне очікування» отримання ефективного користування правом власності¹⁰⁶⁸; вважається, що однією із перших справ, де вказане питання знайшло своє правозастосовне пояснення є справа *Pine Valley Developments Ltd and others v. Ireland*, де ЄСПЛ вказав, що судові рішення з ретроспективою визнали недійсним дозвіл на розробку будівельного плану, на підставі якого заявники придбали ділянку землі, можна вважати втручанням відповідно до ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, враховуючи, що

¹⁰⁶⁸Корецькі v. Slovakia, no. 44912/98, § 35, 7 January 2003.

подібний дозвіл становив сприятливе рішення, яке по суті означало неможливість його повторного перегляду уповноваженим органом державної влади, і що, оскільки рішення було ухвалене, заявники мали принаймні законне сподівання на можливість здійснити запропоновану будівельну розробку¹⁰⁶⁹.

Для визнання володіння, що ґрунтується на законних очікуваннях, заявник повинен мати заявлене право, яке захищене ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, дотримуючись критеріїв наявності «справжнього спору» або «аргументованої вимоги». Іншими словами, якщо майновий інтерес носить характер вимоги, він може розглядатися у якості активу тільки в тому випадку, якщо він має достатню основу в національному законодавстві, наприклад, коли є усталена судова практика національних судів, що підтверджує це¹⁰⁷⁰.

Водночас, у прецедентній практиці суду можна знайти ряд застережень, відповідно до яких *доктрина «законних очікувань» не може слугувати основним аргументом порушення прав*, гарантований ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ. Серед них, зокрема:

– не виникає законних сподівань стосовно того, що давно втрачене право власності може бути відновлене, оскільки останнє не може розглядатися як «володіння» в значенні ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, так само як і умовна вимога, що втрачає силу в результаті невиконання умови¹⁰⁷¹;

– не можна стверджувати, що виникає законного сподівання, якщо існує спір щодо правильного тлумачення та застосування національного законодавства, а скарга заявника згодом

¹⁰⁶⁹Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland, 29 November 1991, § 51, Series A no. 222.

¹⁰⁷⁰Béláné Nagy v. Hungary [GC], no. 53080/13, § 79, 13 December 2016 та Draon v. France [GC], no. 15113/03, § 65, 6 October 2005.

¹⁰⁷¹Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany [GC], no. 42527/98, § 82-83, ECHR 2001-VIII або Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic (dec.) [GC], no. 39794/98, § 69, ECHR 2002-VII.

відхиляється органами національної судової влади; якщо тлумачення не є довільним або явно нераціональним, роль Суду зводиться до встановлення того, чи є наслідки такого тлумачення сумісними з Конвенцією¹⁰⁷²;

– ніяких законних очікувань не виникає у ситуації, коли заявник посилається на факт повідомлення законодавцем стосовно прийняття у майбутньому закону, який урегулюватиме питання відшкодування майнової шкоди, і який у кінцевому результаті не був прийнятий¹⁰⁷³ та ін.

Незважаючи на достатньо «стійку» концепцію, вироблену ЄСПЛ відносно розуміння законних очікувань, у прецедентній практиці також існують випадки, коли Судом захищається питання права власності заявників, яке *de-facto* ще не існувало, а повинно було виникнути у майбутньому. Це підтверджується справою *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, в якій Суд вказав наступне: «Не висловлюючи остаточної думки щодо того, чи можуть якісь із вимог, заявлених товариствами-заявниками, належним чином розглядатися як власність, Суд, як і Комісія [...], готовий виходити з робочого припущення, що в світлі постанови *Woolwich 2* товариства-заявники дійсно володіли майном у вигляді майнових прав на реституцію, які вони прагнули реалізувати прямим або непрямым чином у межах різних судових розглядів¹⁰⁷⁴.

Окремо варто виділити підходи ЄСПЛ, пов'язані із захистом майнових прав, пов'язаних зі здійсненням певної професійної діяль-

¹⁰⁷²Radomilja and Others v. Croatia [GC], nos. 37685/10 and 22768/12, § 149, 20 March 2018.

¹⁰⁷³Marie Izabella Zamoyski-Brisson v Poland and 3 other applications (dec.), no. 19875/13, § 78, 12 September 2017.

¹⁰⁷⁴*National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, § 70, Reports of Judgments and Decisions 1997-VII.

ності. Тут, прецедентна практика Суду розвивається у трьох основних напрямках:

1) відмова в захисті доходу, що виникає у результаті здійснення професійної діяльності. Наприклад, у справі *Van der Musselle v. Belgium*, де мова йшла про оплату послуг адвоката відповідно до бельгійського законодавства про безоплатну правову допомогу, Суд вирішив, що ні платежі за представництво, ні понесені витрати не є майном. Оскільки оцінка винагороди не може бути проведена через відсутність коштів у клієнта, який звернувся за безоплатною правовою допомогою, то звідси випливає, що ніяких боргів на користь заявника не виникало. Крім того, подібні витрати були відносно невеликими і випливали із зобов'язання виконувати роботу, сумісну зі статтею 4 ЄКПЛ¹⁰⁷⁵;

2) захист нематеріальних активів, у тому числі клієнтської бази. Наприклад, у справі *Van Marle and others v. The Netherlands* заявники, чотири бухгалтера, почали здійснювати свою діяльність між 1947 і 1950 роками. Прикметно, що до 1962 року професія бухгалтера не була врегульована законом. Надалі були прийняті два закони з метою усунення наявних законодавчих прогалин. Зокрема положеннями другого законодавчого акту було передбачено реєстрацію *ex-officio* осіб, які практикували в тій мірі і таким чином, що свідчать про наявність відповідної професійної компетентності протягом як мінімум десяти з п'ятнадцяти років до вступу закону в силу. Заявники, до яких цей пункт не застосовувався, стверджували, посиляючись на ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ, що мало місце втручання в їх володіння, оскільки їх річний прибуток скоротився на близько 50–60%. У цій справі Суд визнав, що клієнтура бухгалтерів становить їх власність, оскільки заявники створили відповідну базу даних, то вона багато в чому мала характер приватного права і становила, таким чином актив і, отже, володіння в значенні Конвенції¹⁰⁷⁶;

¹⁰⁷⁵ *Van der Musselle v. Belgium*, 23 November 1983, § 48-49, Series A no. 70.

¹⁰⁷⁶ *Van Marle and Others v. the Netherlands*, 26 June 1986, § 39-43, Series A no. 101.

3) практика щодо надання дозволів і ліцензій, необхідних для ведення економічної діяльності. У справі *Megadat.com SRL v. Moldova* Суд вказав, що відповідно до його прецедентної практики припинення дії ліцензії на ведення бізнесу рівнозначно втручанню в право на безперешкодне володіння майном, гарантованого ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції. Відтак, Суд повинен був визначити, чи становила міра, застосована відповідним регуляторним органом, втручанням в права власності компанії заявника. ЄСПЛ зауважив, що той факт, що національна влада вирішила надати зворотну силу рішенням регуляторного органу означає, що рішення такого органу мало силу, ідентичну припиненню дії діючих ліцензій, і, таким чином, представляло собою втручання в право заявника на мирне володіння своїм майном. При цьому цікавим у цій справі є наступне. Суд наголосив, що хоча компанія-заявник не могла вести свій бізнес, вона зберегла майнові права у вигляді своїх приміщень і своїх майнових активів. За цих обставин, припинення дії ліцензій слід розглядати не як позбавлення власності для цілей другого речення ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, а як міру контролю за використанням майна, застосування якої підлягає перевірці згідно з другим абзацом цієї статті. Як висновок, було констатовано, що довільність розгляду, дискримінаційне ставлення до компанії-заявника і непропорційно суворі заходи, застосовані до неї, свідчать про відсутність з боку національної влади слідування нею справжніх і послідовних міркувань політики при визнанні недійсними ліцензій компанії-заявника. Незважаючи на свободу розсуду, надану державі, справедливий баланс у цій справі не був збережений і компанія-заявник була зобов'язана нести індивідуальний і надмірний тягар, що свідчить про порушення ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції¹⁰⁷⁷.

Відштовхуючись від проаналізованих справ, можна стверджувати, що ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції спрямована на захист

¹⁰⁷⁷*Megadat.com SRL v. Moldova*, no. 21151/04, § 63, 69-74, 79, ECHR 2008.

трьох категорій власності: придбаного майна; власності, яка підпадає під дію законних очікувань, оскільки останні є досить обґрунтованими; і майна, отриманого в результаті реалізації права на реституцію.

2. Втручання у реалізацію особою свого права власності (зокрема шляхом обмеження такого права) повинно переслідувати легітимну мету та ґрунтуватися на принципі пропорційності. У ряді справ ЄСПЛ висловлював позицію стосовно розуміння суті права, гарантованого ст. 1 Протоколу № до Конвенції. На думку Суду, ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ включає три окремих правила. Перше правило, викладене в першому реченні першого абзацу, носить загальний характер і проголошує принцип мирного користування власністю. Друге правило, що міститься у другому реченні першого абзацу, стосується позбавлення майна і визначає обов'язкову відповідність його певним умовам. Третє правило, викладене у другому абзаці, визнає, що Договірні держави мають право, серед іншого, контролювати використання власності відповідно до загальних інтересів, застосовуючи такі закони, які вони вважають необхідними для цієї мети. Водночас, вищевказані правила є взаємопов'язаними між собою, оскільки друге і третє правила стосуються конкретних випадків втручання в право на мирне володіння майном і тому повинні тлумачитися в світлі загального принципу, проголошеного в першому правилі¹⁰⁷⁸.

При дослідженні Судом дотримання державами вказаної вимоги, ЄСПЛ у більшості випадків повинен надати **відповіді на наступні питання:**

– чи мало місце втручання у право, гарантоване ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції; наприклад, у справі *National Movement Ekoglasnost v. Bulgaria* Суд вказав, що скарга асоціації-заявника стосується судового наказу про відшкодування витрат, винесеного щодо неї судом

¹⁰⁷⁸Наприклад: *Bélané Nagy v. Hungary* [GC], no. 53080/13, § 72, 13 December 2016.

у процесі розгляду питання щодо відновлення провадження по справі, який зобов'язує її сплатити юридичне представництво з боку відповідача; у зв'язку з цим ЄСПЛ відзначив, що Комісія раніше встановила, що судові витрати є «внесками» в розумінні необхідності захисту власності, закладеному другим абзацом ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції¹⁰⁷⁹;

– чи було вказане втручання виправданим; у цьому плані, за загально сформульованим Судом правилом, втручання у реалізацію особою свого права на володіння майном, зокрема в частині накладення певних обмежувальних заходів, повинно відповідати принципу законності і переслідувати легітимну мету за допомогою засобів, розумно пропорційних такій меті; стосовно визначення чи законним було втручання органів державної влади у право особи володіти майном, Страсбурзький суд безапеляційно дотримується простого правила: перша і найважливіша вимога ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ полягає у тому, що будь-яке втручання державного органу в мирне користування власністю має бути законним, адже друге речення першого абзацу статті дозволяє лише позбавлення майна відповідно до умов, передбачених законом, у той час як другий абзац визнає, що держави мають право контролювати використання власності, застосовуючи при цьому закони; більше того, верховенство права передбачає обов'язок самої держави або її окремого органу виконувати судові накази або рішення, направлені проти них; із цього випливає, що питання про те, чи було досягнуто справедливого балансу між вимогами загальних інтересів громади та вимогами захисту основних прав особи, стає актуальним лише після того, як буде встановлено, що втручання, про яке йдеться, задовольняло вимогу законності і не було свавільним¹⁰⁸⁰; вказане дозволяє органам Конвенції перевіряти відповідність цілей зако-

¹⁰⁷⁹ *Ekoglasnost v. Bulgaria*, no. 30386/05, § 69, 6 November 2012.

¹⁰⁸⁰ *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 58, ECHR 1999-II.

нодавства і засобів, які воно використовує; після визнання легітимності і законності втручання у право власності, нагляд, таким чином, поширюється, опосередковано, на його необхідність.

У частині визначення втручання органів національної влади у право власності особи як такого, що є пропорційним, особливий фокус уваги варто змістити на *конкретні форми нагляду ЄСПЛ за дотриманням вимоги пропорційності у встановленні обмежень реалізації права власності*. Визначальною у цьому плані стала позиція, сформована Європейською комісією з прав людини при розгляді справи *Gillow v. the United Kingdom*. У своєму звіті, прийнятому 3 жовтня 1984 року, Комісія відзначила наступне. Хоча підхід Комісії відповідно до встановлених правил позбавлення прав власності і здійснення відповідного контролю за використанням власності дуже схожий, міра пропорційності безсумнівно відрізняється в рамках їх застосування, оскільки, якщо розглядати закладений обсяг пропорційності в світлі загального правила, що міститься в першому реченні першого абзацу ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, позбавлення власності за своєю природою є більш серйозним, ніж контроль за її використанням, коли зберігається повна власність. Таким чином, основним критерієм для встановлення того, чи був досягнутий справедливий баланс при контролі за використанням особистої власності, є тип використання, для якого це майно було визначене окремим власником¹⁰⁸¹. Тому, рівень захисту приватних інтересів безпосередньо залежить від рівня втручання у власність. А отже, застосування принципу пропорційності як засобу нагляду може варіюватися від випадку до випадку.

Заслугове на увагу також і вирішення питання Судом щодо здійснення національною владою контролю за використанням власності для забезпечення сплати податків або інших обов'язкових

¹⁰⁸¹European Commission of Human Rights. (1984). *Report of the Commission on Case Gillow against the United Kingdom (Application No. 9063/80)*, § 148.

платежів, включаючи штрафи. Правозастосовна практика Страсбурзького суду засвідчує, що законодавець повинен мати достатньо повноважень для прийняття податкового законодавства, необхідного для забезпечення сплати податків. Водночас, це законодавство має забезпечувати розумний баланс між його засобами та цілями і не покладати особливого і непомірного тягаря на власників майнових прав. У подібних випадках, ЄСПЛ використовує формулювання «втручання в суть (права)» як синонімічне до здійснення національним органом влади контролю за використанням майна¹⁰⁸². Фактично, мова тут йде про існування двох типів нагляду: 1) того, що застосовується у випадках позбавлення власності; і 2) того, що застосовується в інших випадках, пов'язаних із обмеженням у реалізації прав власності.

В аспекті захисту Судом **соціальних інтересів особи** (а подекуди і соціальних інтересів усього суспільства), варто виокремити наступні категорії справ:

– *справи, пов'язані із визначенням пропорційності встановлення меншого розміру соціальної допомоги або пенсії* (тобто, чи було виправданим зменшення соціальних виплат); у ряді справ ЄСПЛ відзначив, що принципи, які зазвичай застосовуються у справах, передбачених ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, у рівній мірі можуть застосовуватися і щодо пенсій; таким чином, це положення не гарантує права на придбання власності; воно також не гарантує як такого права на пенсію у певній сумі; однак, якщо в Договірній державі діє законодавство, яке передбачає виплату права на пенсію, незалежно від того, чи обумовлена попередня сплата (пенсійних) внесків чи ні, – таке законодавство слід розглядати як таке, що генерує майновий інтерес, який підпадає під дію ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ для осіб, які відповідають його вимогам; отже, змен-

¹⁰⁸² *Casus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands*, 23 February 1995, § 60, 67, Series A no. 306-B.

шення розміру пенсії або припинення її виплат може являти собою втручання у володіння майном, яке повинно бути виправданим (тобто мати легітимну мету та бути пропорційним)¹⁰⁸³; у справі *Valkov and Oth. v Bulgaria* пенсії заявників спочатку розраховувалися відповідно до загальних правил Закону про пенсії 1957 року, а потім Кодексу соціального забезпечення 1999 року (стосовно тих заявників, які вийшли на пенсію після 1 січня 2000 року – застосовувався тільки Кодекс); оскільки суми, отримані в результаті цих розрахунків, для кожного заявника перевищували межу пенсій, встановлену в статті 47с Закону, а потім у пункті 6 (1) Перехідних і прикінцевих положень Кодексу, їх пенсії були урізані до рівня, дозволеного лімітом; таким чином, верхня межа розміру пенсій може розглядатися або як положення, що обмежує розмір пенсії після того, як він був розрахований відповідно до загальних правил, і, таким чином, рівносильний втручанням у «володіння» заявників, або як частина загального набору законодавчих правил, яким регулюється порядок розрахунку розміру пенсії, що, становить правило, яке забороняє заявникам мати певне «володіння» щодо надлишку пенсій; коли Кодекс вперше набув своєї чинності 1 січня 2000 року, параграф 6 (1) встановив тимчасове обмеження максимального розміру пенсій – до 31 грудня 2003 року; це обмеження було знято з внесенням поправки в грудні 2003 року, в результаті чого верхня межа стала постійно застосовуватися до всіх пенсій, призначених до певної дати: спочатку 31 грудня 2009 року, після подальших поправок 31 грудня 2011 року, потім 31 грудня 2013 року; із цієї точки зору можна стверджувати, що, незалежно від законодавчо встановленого положення до або після, в період з 1 січня 2000 року по 23 грудня 2003 року, заявники могли розглядатися як такі, що мають законне сподівання того, що обмеження їх пенсій закінчиться 31 грудня 2003 року, і що законодавча поправка, яка таке

¹⁰⁸³ Див., наприклад, *Rasmussen v. Poland*, no. 38886/05, § 71, 28 April 2009.

очікування знівелювала, сама по собі рівносильна втручання у «майно» заявників¹⁰⁸⁴;

– справи, пов'язані із визначенням заходів національної влади в частині забезпечення житлом як таких, що є достатніми та забезпечують належний рівень життя особи; такого роду справи є достатньо сенситивними, враховуючи визнання Судом наявності у Договірних державах свободи розсуду; ключовою, на нашу думку, справою є *Winterstein v. France*; ЄСПЛ неодноразово наголошував, що у сферах, пов'язаних із застосуванням соціальної або економічної політики, в тому числі щодо житла, він надає національній владі значну свободу дій; у той же час Суд залишає за собою право встановити, що національна влада допустила явну помилку оцінки необхідності гарантування соціального житла; з іншого боку, свобода розсуду, що надається національній владі, матиме тенденцію бути більш обмеженою там, де поставлене на карту право має вирішальне значення для ефективного здійснення людиною основних або «делікатних» прав; це, зокрема, відноситься до прав, передбачених ст. 8 Конвенції, які є правами, що мають центральне значення для особистості, самовизначення, фізичної і моральної недоторканності, підтримки відносин з іншими і міцного та наявності безпечного місця у суспільстві; оскільки життя на вулиці є крайньою формою втручання в право, гарантованого ст. 8 ЄКПЛ, на повагу житла, будь-яка особа, що піддається ризику стати жертвою цього, в принципі повинна мати можливість домогтися пропорційності застосування заходів; це означає, серед іншого, що в тих випадках, коли відповідні аргументи щодо пропорційності втручання були висунуті заявником в ході національного судового розгляду, національні суди повинні вивчити їх детально і надати адекватні причини для аргументації застосування таких заходів; при розгляді питання про те, чи є міра по виселенню співмірною,

¹⁰⁸⁴Valkov and Others v. Bulgaria, nos. 2033/04 and 8 others, § 85–86, 25 October 2011.

слід, зокрема, враховувати наступні міркування; якби будинок був встановлений на законних підставах, цей фактор буде суперечити законності вимоги про переїзд; і навпаки, якщо створення будинку було б незаконним, скарга заявника була б менш переконливою; якщо альтернативне житло недоступно, то відповідно втручання є більш серйозним, ніж при наявності такого житла; оцінка придатності альтернативного житла буде включати розгляд, з одного боку, конкретних потреб зацікавленої особи, а з іншого боку, прав місцевої громади на охорону навколишнього середовища¹⁰⁸⁵;

– *справи, пов'язані із захистом сімейних цінностей*; зокрема, у справі *Wallova and Walla v. the Czech Republic* заявники та їхні діти були відокремлені один від одного після рішення національного суду про поміщення дітей до інтернатних закладів; Суд встановив порушення ст. 8 Конвенції, надаючи великого значення тому, що основна проблема для заявників полягала в тому, як знайти житло, придатне для життя великої родини; однак здатність заявників виховувати дітей або любов, яку вони до них мали, не оскаржувалися; крім того, навіть національна влада визнала зусилля, які заявники доклали для подолання своїх труднощів, достатніми; Суд зазначив, що проблема полягала у наявності матеріальних труднощів, які влада могла вирішити іншими способами, крім роз'єднання сім'ї, що було надзвичайно жорсткою мірою, не виправданою для даної ситуації; як постановив Суд, роль органів соціального забезпечення полягає саме в тому, щоб допомагати людям, які знаходяться в скрутному становищі, допомагаючи їм здійснити необхідні кроки і консультуючи їх по різних формах соціальної допомоги та можливостей отримання соціального житла та інших засобів задля поліпшення ситуації¹⁰⁸⁶; крім того, практика ЄСПЛ також визнає право сімейної пари на зачаття

¹⁰⁸⁵ *Winterstein and Others v. France*, no. 27013/07, § 147–148, 17 October 2013.

¹⁰⁸⁶ *Wallová and Walla v. the Czech Republic*, no. 23848/04, § 73–77, 26 October 2006.

дитини і використання для цієї мети штучного запліднення, що підпадає під ст. 8 ЄКПЛ, оскільки подібний вибір є формою вираження приватного і сімейного життя¹⁰⁸⁷;

– справи, пов'язані із вирішенням питання наявності у державні належних механізмів запобігання шкоди здоров'ю особи в результаті забруднення навколишнього середовища; раніше було наголошено, що ЄСПЛ визнав зобов'язання Договірних держав вживати відповідних заходів для захисту життя осіб, які перебувають під її юрисдикцією; зміст цього зобов'язання було роз'яснено у ряді рішень з питань захисту навколишнього середовища, що, у тому числі, стосувалися шуму і промислових відходів, в яких визнається позитивна роль держави в охороні здоров'я людей, незалежно від того, чи є держава сама по собі забруднювачем чи ні; у цьому плані, вважаємо, що у справі *Dubetska v. Ukraine* викладені, ключові підходи до вирішення питання неспроможності державних органів захистити права осіб на житло, особисте і сімейне життя від надмірного забруднення, викликаного несприятливою діяльністю двох державних промислових підприємств; принципи, застосовні до оцінки відповідальності держави відповідно до ст. 8 Конвенції в екологічних справах, є багато в чому схожими, незалежно від того, чи розглядається випадок прямого втручання або мова йде про позитивні зобов'язання в частині врегулювання питань приватного порядку; у подібних справах цієї категорії, головним питанням, яке повинен розглянути Суд – це питання, чи вдалося державі встановити справедливий баланс між інтересами потерпілих осіб і суспільства у цілому; у процесі такої оцінки всі фактори, в тому числі національне законодавство, повинні бути проаналізовані в контексті кожного конкретного випадку окремо¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁷ S.H. and Others v. Austria [GC], no. 57813/00, § 82, ECHR 2011.

¹⁰⁸⁸ Dubetska and Others v. Ukraine, no. 30499/03, § 154–155, 10 February 2011.

ЄСПЛ неодноразово звертав увагу на першорядне значення соціально-економічних цінностей, матеріалізованих у відповідних правах, як невід'ємної основи демократії і, таким чином, як таких, що мають важливе значення для забезпечення стабільності сталого економічного розвитку національної правової системи. Здебільшого Суд де-факто включає соціально-економічні права в ЄКПЛ шляхом відповідного широкого тлумачення громадянських і політичних прав, у той же час підкреслюючи, що саме тіло Конвенції відображає соціально-економічні цінності європейської спільноти. Застосування Судом вказаного підходу пояснюється насамперед його до певної міри дружнім ставленням до міжнародно-правових стандартів.

Відповідно до Європейської конвенції держави несуть позитивні матеріальні і процесуальні зобов'язання щодо захисту і дотримання прав людини, у тому числі прав, які мають соціально-економічне підґрунтя. Водночас, сам Суд неодноразово у мотивувальній частині своїх рішень зауважував, що подальша реалізація соціальних і економічних прав багато в чому залежить від ситуації, особливо фінансової, у тій чи іншій національній правовій системі. Передбачаючи потенційну можливість виникнення фінансових криз, ЄСПЛ надав європейським урядам, у більшості випадків, широкі можливості для впровадження мінімальних стандартів соціально-економічних прав, зберігаючи при цьому повагу до розумних меж їхнього застосування. Прикметно, що наразі у практиці Суду відсутні підходи, відповідно до яких політика національних урядів у частині запровадження економії соціально-економічних ресурсів, вважається такою, що порушує Європейську конвенцію.

Однак держави як і раніше повинні проявляти старанність, щоб не зазіхати на основоположні соціально-економічні права. Тому, при вирішенні конкретних справ, ЄКПЛ тлумачиться Судом за допомогою еволютивного методу: конвенційні норми інтерпретуються у світлі сучасних умов суспільного життя

із застосуванням у більшості випадків широкого розуміння сутності прав людини, що гарантуються Європейською конвенцією. Не зважаючи на те, що загалом, держави несуть зобов'язання поважати, захищати і впроваджувати мінімальні основні соціально-економічні права, Європейським судом не розроблено конкретної моделі їх захисту. Навпаки, він застосовує індивідуальний підхід при вирішенні справ із тією метою, щоб мати змогу визначити чи ретельно, послідовно і точно Договірні держави виконують свої зобов'язання щодо забезпечення соціально-економічних прав особи.

15.3. Соціально-економічні права людини в Україні через призму положень Європейської соціальної хартії

Забезпечення прав і свобод людини невід'ємно пов'язується із забезпеченням гідних умов її життя, про що згадується і в преамбулі Конституції України. Очевидно, що звертаючись до дослідження питань, пов'язаних з соціально-економічними правами, не можна оминати увагою поняття людської гідності, що визнана багатьма державами і міжнародним правом основною соціальною цінністю та джерелом прав людини, зміст якої у всі часи складала міра свободи людини у суспільстві, тобто її можливості і права, хоча кількість, зміст і обсяг цих прав постійно змінюється разом із зміною і розвитком суспільства¹⁰⁸⁹. Позаяк послідовне й беззастережне дотримання вимог людської гідності як онтологічної основи всіх прав і свобод людини – це, на думку професора М.І. Козюбри, найоптимальніший і найперспективніший шлях гармонізації

¹⁰⁸⁹Гришук, О.В. (2020). *Конституційні цінності: філософські та судові аспекти* : монографія (Вид. 2-е допрац. і доп., с. 128). Київ: Ваіте.

відносин між верховенством права і принципами соціальної держави, зокрема й соціально-економічними правами¹⁰⁹⁰.

Як справедливо наголошує В. Костицький, «соціально-економічні права і свободи в Україні заслуговують на особливу увагу. Вони не є другорядними правами, які мають нібито підпорядковане значення стосовно особистих та політичних прав громадян. Саме матеріальні умови (помешкання, медичне обслуговування, соціальне забезпечення, освіта та ін.) великою мірою визначають якість життя сучасної людини. Без цих прав неможливо забезпечити гідність людської особистості. Більше того, без цих прав значною мірою втрачають сенс всі інші права людини. Який сенс, наприклад, у праві на недоторканність житла або таємниці телефонних розмов, якщо в людини немає ні свого житла, ні телефону?»¹⁰⁹¹

Не дивлячись на те, що Конституція України закріплює соціально-економічні права разом з іншими основними правами у розділі II «Права, свободи і обов'язки людини і громадянина», дослідники констатують їх певну декларативність через економічну та фінансову ситуацію в державі. Зокрема, М.І. Козюбра звертає увагу на те, що надмірна загальність положень Конституції України, які закріплюють соціально-економічні права, невизначеність обсягу обов'язків держави у їх забезпеченні, брак належних фінансових можливостей для цього (тим більше, в умовах економічної кризи), неможливість судового захисту фактично перетворили соціально-економічні права на звичайну декларацію, що підриває довіру людей не тільки до відповідних положень Конституції України, а й до інституту прав людини і Основного Закону в цілому¹⁰⁹².

¹⁰⁹⁰Козюбра, М.І. (2010). Верховенство права і соціалізація держав. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. Т. 103, 6.

¹⁰⁹¹Костицький, В. (1996). Соціально-економічні права людини. *Право України*, 6, 17.

¹⁰⁹²Козюбра, М.І. (2010). Верховенство права і соціалізація держав. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. Т. 103, 5.

За даними щорічної доповіді Уповноваженого Верховної Ради з прав людини «Про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні» за 2020 рік, незважаючи на певне зростання прожиткового мінімуму як базового державного соціального стандарту, розмір пенсійних та державних соціальних виплат не забезпечує їм достатнього життєвого рівня. Розмір прожиткового мінімуму, на підставі якого визначаються більшість виплат, не враховує фактичні потреби людини, а формується виключно залежно від фінансових можливостей держави та є майже вдвічі меншим від фактичного. Так, з 1 січня 2020 року затверджений законом розмір прожиткового мінімуму на одну особу в розрахунку на місяць становив 2027 грн, тоді як фактичний розмір відповідного прожиткового мінімуму у цінах січня 2020 року – 3780 грн (з урахуванням суми обов'язкових платежів – 4335 грн).

Незмінно високим залишається рівень бідності серед осіб пенсійного віку, у сім'ях з дітьми та сім'ях з особами з інвалідністю, що свідчить про недостатню ефективність механізмів соціальної підтримки державою цих категорій. Проблема бідності ще більше загострилась в умовах пандемії COVID-19¹⁰⁹³.

Крім того, в умовах реформування трудового законодавства в нашій державі під гаслом його лібералізації та спрощення ще більш актуальним стає звернення до міжнародних та європейських стандартів у сфері праці, які для національного законотворця мають бути дороговказом і водночас тими червоними лініями, вихід за межі яких означатиме фактичне нехтування зобов'язаннями, що взяла на себе держава України, стаючи членом тих чи інших міжнародних та європейських організацій та ратифікуючи відповідні акти.

¹⁰⁹³ Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2020 рік. URL: <https://www.ombudsman.gov.ua>

Одним з таких актів є Європейська соціальна хартія (переглянута) 1996 року (далі – ЄСХ, Хартія), яка разом з Європейською конвенцією про захист прав і основних свобод 1950 року, є основними документами Ради Європи щодо прав людини. Якщо остання покликана забезпечити громадянські і політичні права людини, то ЄСХ включає в себе положення, присвячені захисту соціальних прав з метою підвищення життєвого рівня та соціального добробуту населення держав-членів Ради Європи та вважається соціальною конституцією Європи.

На сьогодні ЄСХ містить 31 статтю, в яких відображені соціально-економічні права, які умовно можна поділити на три групи. Перша група – це права, пов’язані з умовами, захистом та охороною праці (право на працю, недискримінація при прийнятті на роботу, заборона примусової праці, право на справедливі умови праці і справедливу винагороду за працю, право на об’єднання в профспілки, на профорієнтацію тощо). Друга група прав пов’язана з соціальним захистом населення, соціальною безпекою суспільства (право на захист здоров’я, на соціальне забезпечення). Третя група прав – із соціальним захистом вразливих верств населення (діти, літні люди, особи з інвалідністю тощо).

Як зазначає професор М. Савчин, ЄСХ є вдалим прикладом конструювання соціальних прав, у якій чітко визначено структуру соціального захисту конкретного права, основні позитивні обов’язки держави у його забезпеченні та винятки і гарантії, які дають можливість державі не виконувати певні позитивні обов’язки, не посягаючи на сутнісний зміст конкретного соціального права¹⁰⁹⁴.

Однією з особливостей соціально-економічних прав, на думку В. Соколова, є залежність рівня їх реалізації від можливостей національної економіки. Стандарти соціально-економічних прав

¹⁰⁹⁴Савчин, М. (2020, 4 вересня). Юридична аргументація рішень адміністративних судів та конструювання соціальних прав (с. 96). *Соціальні права та їх захист адміністративним судом* : матеріали III міжн. наук.-практ. конф. Київ.

людини не повинні ототожнюватися з тим чи іншим типом політичного устрою держави, системи економіки або певною стандартизованою інституцією. Універсальність та загальність стандартів уможливорює певне тлумачення у визначенні їхнього змісту. Отже, під час конструювання стандартів необхідно передбачати можливість тлумачення окремого права людини з урахуванням особливостей того чи іншого суспільства¹⁰⁹⁵.

ЄСХ була ратифікована Законом України № 137-V від 14 вересня 2006 року із заявами, набула чинності з 01 лютого 2007 року. На сьогодні Україна вважає обов'язковими для себе 28 статей та 76 пунктів частини II Хартії. Таким чином, на сьогодні залишаються не ратифікованими пункти 1, 2 ст. 12 «Право на соціальне забезпечення», ст. 13 «Право на соціальну та медичну допомогу», ст. 19 «Право трудящих-мігрантів та їхніх сімей на захист і допомогу) та ст. 25 «Право працівників на захист їхніх прав у разі банкрутства їхнього роботодавця». Україна також не приєдналася до п. 3 ст. 2 ЄСХ щодо встановлення щорічної оплачуваної відпустки тривалістю не менше чотирьох тижнів; п. 1 ст. 4 Хартії, яка гарантує право на справедливу винагороду працівників, що забезпечує їм і їхнім сім'ям достатній життєвий рівень, та до п. 3 ст. 31 Хартії щодо встановлення на житло цін, доступних для малозабезпечених осіб¹⁰⁹⁶.

Головною метою запровадженого ЄСХ правопорядку щодо соціально-економічних прав є досягнення державами Ради Європи умов, за яких можуть ефективно здійснюватися викладені у ЄСХ права та принципи, шляхом здійснення відповідної політики усіма національними та міжнародними засобами.

¹⁰⁹⁵Соколов, В. (2009). Соціально-економічні стандарти та права людини в Європейському Союзі на сучасному етапі його розвитку. *Віче*, 8. URL: <http://www.viche.info/journal/1638/>

¹⁰⁹⁶Закон України «Про ратифікацію Європейської соціальної хартії (переглянутої)» від 14 вересня 2006 р. № 137-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/137-16#Text>

Очевидно, що ратифікувавши більшість положень ЄСХ, Україна не просто їх визнала, а в такий спосіб, правопорядок, сформований Хартією, фактично став частиною правового порядку держави Україна в сфері соціально-економічних прав, і всі громадяни отримали можливість захищати такі права в державних органах та судах, прямо посилаючись на ратифіковані статті Хартії.

У зв'язку з цим, окремої уваги заслуговує питання про застосування положень ЄСХ при вирішенні спорів щодо захисту соціальних прав національними судами, зокрема, Верховним Судом.

За даними Звіту за результатами опитування, проведеного співробітниками системи надання безоплатної правової допомоги у червні-вересні 2020 року «Дослідження обізнаності окремих категорій осіб щодо положень ЄСХ» рівень обізнаності суддів з положеннями ЄСХ можна охарактеризувати як вищий за середній. Більше половини опитаних суддів (58%) вважають себе ознайомленими з положеннями ЄСХ, при цьому досконально обізнаними (на 5 балів) себе вважали 2% суддів, а 45% оцінили рівень своїх знань про ЄСХ на 3, 4 або 5 балів з 5 максимальних. Основна причина невикористання положень ЄСХ на практиці – відсутність у практиці відповідних справ (74%). Майже всі опитані судді (93%) висловили бажання дізнатися більше про положення ЄСХ, а 20% – бажують ознайомитися зі щорічними висновками щодо виконання Україною окремих прийнятих положень ЄСХ¹⁰⁹⁷.

Враховуючи вищенаведене, застосування положень ЄСХ при вирішенні спорів, що стосуються захисту соціальних прав людини, у прецедентній практиці Верховного Суду, набуває особливого значення. Погоджуємося з докторкою Монікою Смуш-Кулеша, що «ЄСХ можна і потрібно використовувати в українській

¹⁰⁹⁷ Дослідження обізнаності окремих категорій осіб щодо положень ЄСХ: Звіт за результатами опитування, проведеного співробітниками системи надання безоплатної правової допомоги у червні-вересні 2020 року. URL: <https://rm.coe.int/results-of-esc-research-ukr-27-10/1680a02bf0>

адміністративній юстиції як інструмент захисту соціальних прав. Усі юристи, які беруть участь в адміністративних судових розглядах, можуть і повинні використовувати Хартію та її інтерпретації, надані Європейським комітетом з соціальних прав, для належного тлумачення українських нормативних актів і зміцнення свого способу аргументації. Передовий досвід як на національному, так і на міжнародному рівні показує, що ЄСХ особливо корисна при тлумаченні юридичних термінів, визначенні обсягу конкретних прав та їх розуміння»¹⁰⁹⁸.

Аналіз судової практики засвідчує, що на даний час положення ЄСХ найчастіше застосовують судді Судової палати з розгляду справ щодо захисту соціальних прав Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду (далі – КАС ВС) при перегляді судових рішень у спорах, що виникають у сфері відповідних видів загально-обов'язкового державного соціального страхування, левова частка з яких – пенсійні правовідносини¹⁰⁹⁹. У зв'язку з цим, варто звернутися до аналізу окремих правових позицій та наголосити на певних упущеннях, що допускаються в судових рішеннях при застосуванні положень ЄСХ.

Одним з перших рішень Великої Палати Верховного Суду, в якому при перегляді рішення у зразковій справі про припинення виплати пенсії внутрішньо переміщеної особі згадується ЄСХ, стала постанова ВП ВС від 04 вересня 2018 року, справа № 805/402/18. Зокрема, в ній зазначено: «Ратифікувавши ЄСХ, Україна взяла на себе міжнародне зобов'язання запроваджувати усіма відповідними

¹⁰⁹⁸ Смуш-Кулеша, М. (2020, 4 вересня). Європейська соціальна хартія як міжнародний інструмент захисту соціальних прав в адміністративній юстиції: передовий досвід, виклики та можливості (с. 198). *Соціальні права та їх захист адміністративним судом*: матеріали III міжн. наук.-практ. конф. Київ.

¹⁰⁹⁹ Огляд судової практики Верховного Суду у спорах, що виникають із правовідносин у сфері захисту соціальних прав внутрішньо переміщених осіб та практики щодо застосування положень Європейської соціальної хартії (переглянуто) від 3 травня 1996. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Ogliad_VS.pdf

засобами досягнення умов, за яких можуть ефективно здійснюватися права та принципи, що закріплені у частині I Хартії. При цьому, право особи на отримання пенсії як складова частина права на соціальний захист є її конституційним правом, яке гарантується міжнародними зобов'язаннями України».

У подальшому, розглядаючи адміністративні спори щодо поновлення виплати, призначення, перерахунку пенсії, судді Судової палати з розгляду справ щодо захисту соціальних прав КАС ВС неодноразово посилалися в своїх рішеннях на зазначені у наведеній постанові ВП ВС загальні положення частини I ЄСХ, що є, виходячи зі змісту п. 1 Закону України «Про ратифікацію Європейської соціальної хартії (переглянутої)», лише декларацією цілей, замість посилання на конкретні пункти статті, які Україна взяла на себе зобов'язання вважати обов'язковими (ратифікувала).

У постанові від 13 лютого 2019 року у справі № 822/524/18 (зразкова справа щодо переведення з пенсії по інвалідності на пенсію державного службовця) ВП ВС, зазначаючи, що держава зобов'язана підтримувати функціонування системи соціального забезпечення, її задовільний рівень, докласти зусиль для її поступового посилення тощо, послалася в цілому на ст. 12 ЄСХ, хоча пункти 1, 2 цієї статті Україною не ратифіковані. Аналогічним чином, тобто без вказівки конкретного пункту, застосована стаття 12 ЄСХ у постанові КАС ВС від 24 червня 2020 року, справа № 580/234/19, про визнання протиправними дій пенсійного органу щодо обмеження граничним розміром пенсії при здійсненні перерахунку пенсії за вислугу років працівникам льотно-випробувального складу, а також у постанові від 31 жовтня 2019 року у справі № 227/4223/16-а про виплату пенсії за період проживання за кордоном.

Окрім адміністративної юрисдикції, в останні роки почастишали приклади застосування окремих положень ЄСХ й у судових рішеннях Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду (далі – КЦС ВС), зокрема, в спорах, що виникають з трудових

правовідносин. Аналіз відповідних судових рішень дає підстави для висновку, що більшість з них так чи інакше стосувалися захисту права на оплату праці. Позатим, як і в багатьох рішеннях КАС ВС, судді КЦС ВС посилаються лише на пункти частини I ЄСХ, що містить перелік принципів, замість посилання на конкретний пункт статті з частини II Хартії, який Україна ратифікувала. Наприклад, у постановках від 25 липня 2018 року у справі № 552/3404/17 про стягнення середнього заробітку за вимушений прогул, від 26 серпня 2020 року у справі № 509/399/17 про стягнення заробітної плати, КЦС ВС послався на пункт 4 частини I ЄСХ, зазначивши, що зміст поняття заробітної плати узгоджується з одним із принципів реалізації трудових правовідносин – відплатність праці, за яким усі працівники мають право на справедливу винагороду, яка забезпечуватиме достатній життєвий рівень».

Більш вдалим прикладом застосування ЄСХ є рішення КЦС ВС від 22 січня 2020 року у справі № 759/7441/18 про визнання незаконним звільнення, поновлення на роботі, стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу. В ньому судді послалися на конкретне положення, яке Україна взяла на себе зобов'язання вважати обов'язковим, а саме п. 2 ст. 8 ЄСХ, відповідно до якого, з метою забезпечення ефективного здійснення права працюючих жінок на охорону материнства, Сторони зобов'язуються вважати незаконним, якщо роботодавець надсилає жінці попередження про звільнення з роботи у період від дати повідомлення нею свого роботодавця про вагітність до закінчення її відпустки по вагітності та пологам або якщо він робить попередження про звільнення у такий час, що воно втрачає чинність у цей період. На підставі чого, колегія суддів висувала, що незаконним вважається звільнення роботодавцем жінки в період її вагітності або відсутності на роботі у зв'язку з відпусткою, або в період після її повернення на роботу, установлений національним законодавством.

Як підсумок, впровадження принципів та положень ЄСХ у національне законодавство вже протягом багатьох років є одним із основних завдань для Української держави. Незважаючи на певні позитивні зрушення у правозастосовній сфері в останні роки, застосування Верховним Судом ратифікованих положень ЄСХ при вирішенні справ з питань соціально-економічних прав людини все ще залишається не достатньо поширеним.

Важливого значення для кращого розуміння та інтерпретації положень Хартії набуває також вивчення практики Європейського комітету з соціальних прав (далі – ЄКСП, Комітет). З метою досягнення цілей ЄСХ діє контрольний механізм юридичного оцінювання Комітетом відповідності національного законодавства та практики держави-учасниці вимогам, установленим ЄСХ.

Механізм контролю, що складається з процедури звітування державами-учасницями шляхом подання періодичних письмових доповідей про імплементацію Хартії в національне законодавство (Протокол 1991 року). З цією метою положення Хартії було розділено на чотири тематичні групи: група 1 «Зайнятість, навчання та рівні можливості»; група 2 «Охорона здоров'я, соціальне забезпечення та соціальний захист»; група 3 «Трудові права»; група 4 «Діти, сім'ї, мігранти», за кожною з яких держави-сторони щороку подають доповідь. На підставі вивчення національних доповідей ЄКСП готує свої висновки щодо відповідності ситуації з соціальними правами кожному положенню певної тематичної групи, за яким держава взяла на себе зобов'язання. Важливим є те, що національні суди мають вирішувати справи у світлі принципів, вироблених Комітетом із певного питання.

Крім того, як вказує В. Соколов, Комітет у своїй діяльності (як, до речі, і Європейський суд) використовує концепцію межі оцінювання, що в сучасних дослідженнях визначається як здійснення тлумачення приписів міжнародного договору у справах певного типу з метою забезпечення належних умов реалізації та захисту

прав і свобод людини, а також досягнення балансу між ними і національними інтересами. З огляду на те, що юридичні зобов'язання, які беруть на себе держави-учасниці за ЄСХ, сформульовані з різним ступенем деталізації, адже більшість норм ЄСХ містять оціночні поняття (наприклад, «достатній життєвий рівень», «справедливі, безпечні та здорові умови праці», «належний соціальний, правовий та економічний захист», «гідне ставлення на роботі»), саме ЄСКП визначає межі їх змісту з урахуванням особливостей соціально-економічних прав та можливостей реалізації державою відповідних «позитивних» обов'язків залежно від економічної ситуації у ній. Отже, незважаючи на недостатню визначеність формулювань ЄСХ, Комітет у своїй діяльності визначає мінімальні та максимальні межі того чи іншого стандарту¹¹⁰⁰.

Прикметно, що експерти ЄСКП, аналізуючи періодичні доповіді держав, беруть до уваги не тільки законодавчі норми, але й правозастосовну практику, тобто реальне гарантування прав, які визнані в документі та ратифіковані державою, адже закріплення у національному законодавстві всіх основних видів соціального захисту, передбачених Хартією, жодною мірою не свідчить про реальне виконання державою своїх зобов'язань¹¹⁰¹.

Не применшуючи важливості кожної з тематичних груп соціально-економічних прав, у межах цього дослідження увага буде зосереджена на розгляді окремих положень ЄСХ та практики ЄСКП, присвячених трудовим правам, перш за все, – праву на справедливі умови праці, що, зважаючи на перманентні спроби дерегуляції трудових відносин у нашій державі, видається вкрай актуальним.

¹¹⁰⁰Соколов, В. (2009). Соціально-економічні стандарти та права людини в Європейському Союзі на сучасному етапі його розвитку. *Віче*, 8. URL: <http://www.viche.info/journal/1638/>

¹¹⁰¹Федорова, А.Л. (2013). Основні тенденції та проблеми розвитку міжнародних механізмів захисту соціальних прав людини. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*, 117 (ч. I), 48–54. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apmv_2013_117%281%29_7

З часу ратифікації ЄСХ Україною Комітет ухвалював висновки щодо тематичної групи, присвяченої трудовим правам, у 2010, 2014 та 2018 роках. Оскільки за кожною групою статей доповіді надаються один раз на чотири роки, то наступні висновки по Україні за цією тематичною групою мають бути ухвалені Комітетом у 2022 році.

Право на справедливі умови праці відповідно до ЄСХ передбачає низку аспектів: розумна тривалість робочого часу, належна кількість днів оплачуваної відпустки, безпека й охорона здоров'я на роботі, щотижневі періоди відпочинку, відомості про умови трудового договору та праці, а також право на справедливу винагороду.

Справедливість як оціночне поняття у праві має багатоаспектний та дискусійний характер, однак для подальшого розвитку в Україні відносин у сфері праці необхідно створити ефективний правовий механізм забезпечення працівникам справедливих умов праці¹¹⁰².

Національне законодавство не містить поняття «справедливі умови праці» та оперує іншими термінами, однак у міжнародно-правових актах використовується саме термін «справедливі умови праці»¹¹⁰³.

Категорія «справедливий» вживається у двох статтях Хартії, присвячених умовам праці та винагороді за працю. Отже, в ЄСХ поняття «справедливий» зачіпає лише трудову діяльність, а саме правове регулювання умов праці, зокрема, тривалості робочого часу, часу відпочинку та винагороди за працю.

У пункті 1 статті 2 Хартії працівникам гарантується право на розумну тривалість робочого дня та тижня, а також вказується

¹¹⁰²Костюченко, О.Є. (2019). Справедливість умов праці як базова основа для реформування трудового законодавства України. *Підприємництво, господарство і право*, 11, 134.

¹¹⁰³Грюхан, О.А. (2016). Право на справедливі умови праці: міжнародно-правовий аспект. *Альманах міжнародного права*, 14, 60.

на поступове скорочення робочого тижня настільки, наскільки це дозволяє підвищення продуктивності праці та інші відповідні фактори. У зв'язку з цим, у законодавстві, колективних договорах чи за допомогою інших обов'язкових засобів потрібно гарантувати розумний період тривалості роботи, включно з понаднормовим часом, щоб гарантувати, що такі обмеження поважають на практиці, це має контролювати відповідний орган¹¹⁰⁴.

При цьому, слід звернути увагу, що в ЄСХ прямо не визначено, якою же є розумна тривалість робочих годин. Відповідно ЄКСП оцінює ту чи іншу ситуацію, виходячи з конкретних обставин. У своїх Висновках Комітет неодноразово зазначав, що «розумна тривалість відповідно до Хартії різнилася залежно від місця та в різні періоди. Крім того, поступове зменшення кількості годин залежить від підвищення продуктивності й інших важливих чинників. Такими чинниками є характер роботи, зокрема ризики, які загрожують безпеці та здоров'ю працівників. При цьому, ризики є вищими для працівників, які працюють впродовж багатьох годин поспіль протягом тривалого періоду часу. Зокрема, надмірно довгий час, як-то 16 годин упродовж 24 годин, або за певних умов понад 60 годин на тиждень – суперечить положенням Хартії. Питання надурочної роботи, таким чином, не можна просто залишити на розсуд роботодавця чи працівника. Використання та/чи тривалість понаднормової роботи має бути обмежено, щоб уникнути появи для працівників ризиків нещасних випадків у кінці робочого дня»¹¹⁰⁵.

Незважаючи на те, що ситуацію в Україні щодо обґрунтованої тривалості робочого часу було визнано відповідною пункту 1 статті 2 в кожному з висновків з часу ратифікації Хартії, ухвалених у 2010, 2014 та 2018 роках, Комітет нагадував, про зобов'язання України

¹¹⁰⁴Conclusions XIV-2 (1998), Norway // Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2018. P. 65. URL: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>

¹¹⁰⁵Conclusions XIV-2, Statement of Interpretation on Article 2§1, p. 32 // Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2008. URL: <https://rm.coe.int/168049159f>

привести своє законодавство у відповідність до стандартів Директиви 2003/88/ЄС у контексті реалізації Угоди між Україною та ЄС¹¹⁰⁶.

Також увагу Комітету було приділено регулюванню роботи в очікуванні чергування за викликом. Зокрема, на думку ЄКСП, такі періоди – це насправді періоди, протягом яких працівник зобов'язаний бути в розпорядженні роботодавця для виконання роботи (якщо цього вимагає останній). Однак це зобов'язання, навіть якщо можливість виконання роботи лише гіпотетична, безперечно перешкоджає працівнику займатися діяльністю на власний вибір у цей час, доступний перед початком роботи у встановлений час, і не може передбачати жодної певності щодо виконання своєї роботи чи ситуації залежності, властивої їй. Тому періоди чергування за викликом хоч і не становлять ефективний робочий час, не можна вважати періодом відпочинку в значенні статті 2 Хартії, за винятком певних професій чи особливих обставин відповідно до належних процедур¹¹⁰⁷.

На додаток до щотижневих періодів відпочинку й щорічної відпустки пункт 2 статті 2 ЄСХ гарантує право на оплачуваний державний святковий день. При цьому Хартія не передбачає чітко визначеної кількості державних святкових днів, яка може відрізнятися залежно від держави-сторони. У зв'язку з цим, Комітетом не було встановлено невідповідності цьому положенню, якщо держави-сторони забезпечують замало державних святкових днів. Натомість у ряді висновків він зазначив, що за загальним правилом робота під час державних святкових днів має бути заборонена, але у конкретних, визначених законом чи колективним договором випадках, робота в ці дні може виконуватися. До того ж така робота

¹¹⁰⁶European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 5. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf

¹¹⁰⁷European Committee of Social Rights, Conclusions 2014, Ukraine. P. 5 URL: <https://www.msp.gov.ua/files/evrointegro/2014.pdf>

має бути компенсована. З огляду на різні підходи, ухвалені в різних країнах щодо форм та розмірів такого відшкодування і відсутність схожих рис між державами-сторонами у цьому питанні, держави мають свободу розсуду в цій сфері, яка обмежується вимогою, що всі працівники мають право на належну компенсацію в разі роботи в державний святковий день. При цьому, Комітет зазначив, що робота, яка виконується в державний святковий день, означає певні обмеження для працівника, якому їх потрібно компенсувати вищою винагородою, ніж та, що виплачується зазвичай. Відповідно на додаток до оплачуваного державного святкового дня, робота в такий день має оплачуватися принаймні за подвійною ставкою. Винагороду також може бути надано у вигляді компенсаційного вихідного, і тоді такий час має бути принаймні удвічі перевищувати відпрацьовані дні¹¹⁰⁸.

Беручи до уваги передбачені трудовим законодавством України гарантії працівникам щодо оплати роботи у святковий й неробочі дні, зокрема закріплені у статті 107 КЗпП України, у всіх висновках з цього питання, що приймалися ЄКСП щодо України, було встановлено, що ситуація з оплатою роботи, яка виконується у державний святковий день, відповідає пункту 2 статті 2 Хартії.

Пункт 3 статті 2 Хартії гарантує право на принаймні чотири тижні (або 20 робочих днів) щорічної оплачуваної відпустки. Вважається, що зобов'язання за цим пунктом вважається виконаним державою-стороною, якщо переважна більшість працівників у державі користуються передбаченим правом.

Україна не ратифікувала пункт 3 статті 2 ЄСХ. При цьому Комітет у Висновках 2018 року підкреслив відсутність суттєвих перешкод в українському законодавстві й практиці для ратифікації цього положення Хартії. До того ж цей стандарт передбачає Директива

¹¹⁰⁸Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2018. P. 66–67. URL: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>

2003/88/ЕС, яку Україна має враховувати у світлі виконання своїх зобов'язань за Угодою про асоціацію між Україною та ЄС¹¹⁰⁹.

Наступний пункт 4 статті 2 ЄСХ, що тісно пов'язаний зі статтею 3 Хартії (право на безпечні та здорові умови праці), вимагає від держав-сторін усунути ризики, що властиві роботам з небезпечними або шкідливими умовами праці. Щодо цього Комітет, зокрема, зазначив, що у випадках, коли усунути або достатньою мірою зменшити такі ризики неможливо, від держав-сторін вимагається забезпечити певну форму компенсації для працівників, які піддаються ризикам, яка повинна регулюватися на централізованому рівні, та її не можна покладати на угоди між соціальними партнерами.

Пунктом 4 статті 2 ЄСХ передбачено дві форми компенсації: скорочення робочого часу й додаткові оплачувані вихідні дні. ЄКСП вказав, що метою компенсації має бути забезпечення працівникам достатнього та регулярного часу для відновлення після стресу та втоми, а відтак для збереження пильності у роботі. За жодних обставин відповідним і належним засобом досягнення цілей пункту 4 статті 2 не можна розглядати фінансову компенсацію, ранній вихід на пенсію чи забезпечення харчовими добавками. Заходи компенсації у вигляді одного додаткового вихідного дня і обмеження максимальної тривалості робочого тижня в 40 годин, на думку Комітету, є недостатніми, оскільки не передбачають регулярного й достатнього часу на відновлення для працівників, які зазнали впливу ризиків¹¹¹⁰.

Вивчаючи ситуацію в Україні, у Висновках 2018 року Комітет відзначив, що відповідно до статті 7 Закону України «Про охорону праці» роботодавець може за свої кошти додатково встановлювати за колективним договором (угодою, трудовим договором)

¹¹⁰⁹European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 6. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf

¹¹¹⁰Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2018. P. 68–69. URL: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>

працівникові пільги і компенсації, не передбачені законодавством. Водночас, у світлі вищенаведеного, було наголошено на необхідності отримання вичерпної й актуальної інформації щодо типу компенсаційних заходів, які застосовуються, вказавши, де це можливо, які заходи застосовуються до різних категорій працівників, які піддаються впливу залишкових ризиків, і який відсоток працівників, охоплено цими компенсаційними заходами, а також про ефективне впровадження заходів, покликаних усунути чи зменшити професійні ризики, і зазначив, що в разі відсутності в наступній доповіді запитуваної інформації, буде неможливо встановити, що ситуація в Україні відповідає вимогам щодо цього питання¹¹¹¹.

Пункт 5 статті 2 ЄСХ гарантує працівникам період щотижневого відпочинку, який за можливості має збігатися з днем, що за традиціями або звичаями відповідної країни чи регіону визнається днем відпочинку.

На думку Комітету, право на щотижневі періоди відпочинку не можна замінити компенсацією, а працівникам заборонено відмовлятися від відпочинку. Однак період відпочинку можна використати в інший день, якщо цього вимагає тип діяльності чи з економічних причин. У будь-якому разі має бути передбачено інший день відпочинку впродовж тижня¹¹¹².

Щодо ситуації в Україні з щотижневим періодом відпочинку Комітет у Висновках 2010 року встановив, що українське законодавство та практика відповідали вимогам цього пункту¹¹¹³. У Висновках 2014 року Комітет відклав прийняття рішення щодо цього пункту, запитавши інформацію про те, чи при наданні подвійної компенсації працівники втрачають щотижневий

¹¹¹¹European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 6. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf

¹¹¹²Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2018. P. 70. URL: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>

¹¹¹³European Committee of Social Rights, Conclusions 2010, Ukraine. URL: <http://hudoc.esc.coe.int/fre/?i=2010/def/UKR/2/5/EN>

відпочинок¹¹¹⁴. У Висновках 2018 року, коли додаткову інформацію з цього питання було отримано, Комітет дійшов висновку про невідповідність законодавства України ЄСХ у цій частині через те, що працівники можуть відмовитися від свого права на додатковий вихідний в обмін на фінансову компенсацію, адже положення українського законодавства про можливість виплати компенсації без надання іншого дня відпочинку з погляду Комітету суперечить вимогам пункту 5 статті 2 ЄСХ, не гарантуючи, що працівники не можуть відмовитися від свого права на щотижневий відпочинок¹¹¹⁵.

Пункт 6 статті 2 Хартії гарантує працівникам право на письмове інформування на початку їх працевлаштування щодо важливих аспектів договору чи трудових відносин. Ця інформація має стосуватися принаймні таких аспектів: сторони; робоче місце; дата початку дії трудового договору чи трудових відносин; якщо трудовий договір чи трудові відносини тимчасові – передбачувана їх тривалість; тривалість щорічної оплачуваної відпустки; строк повідомлення у випадку розірвання договору чи трудових відносин; винагорода; стандартний робочий день або тиждень; посилання на колективні договори, що регулюють умови праці¹¹¹⁶.

З огляду на це, у своїх Висновках 2018 року Комітет висловив глибоку стурбованість через не завжди обов'язкову письмову форму трудового договору в Україні. У випадку, коли трудовий договір не укладено письмово, його все одно потрібно оформити у вигляді наказу чи розпорядження, а працівники мають право отримати письмову інформацію принаймні щодо основних елементів, які тлумачить Комітет. У зв'язку з відсутністю достатніх

¹¹¹⁴European Committee of Social Rights, Conclusions 2014, Ukraine. P. 8. URL: <https://www.msp.gov.ua/files/evrointegro/2014.pdf>

¹¹¹⁵European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 9. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf

¹¹¹⁶Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2018. P. 70. URL: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>

відомостей у доповіді України у Висновках 2018 року це питання було відкладено¹¹¹⁷.

Пункт 7 статті 2 ЄСХ гарантує компенсаційні заходи для осіб, які працюють у нічний час. При цьому у національному законодавстві чи практиці має бути забезпечено, щоб працівники, зайняті на роботах у нічний час, користувалися додатковими засобами, які враховують особливий характер такої роботи.

У Висновках ЄКСП 2014 року зазначалося, що національна ситуація не відповідає положенню Хартії на підставі того, що право на справедливі умови роботи у нічний час не гарантуються, а саме:

- у законодавстві немає положення щодо обов'язкових медичних оглядів працівників, які працюють у нічний час, перед виходом на роботу у нічний час і регулярно у подальшому;
- не встановлено, що законодавством передбачено можливість переведення працівника, який працює у нічний час, на денну роботу;
- не встановлено, що забезпечується проведення постійних консультацій з представниками працівників стосовно умов роботи у нічний час і вжитих заходів для узгодження потреб працівників з особливим характером роботи у нічний час¹¹¹⁸.

У наступних Висновках 2018 року Комітет також визнав ситуацію в Україні несумісною з вимогами пункту 7 статті 2 Хартії через те, що можливості переведення на денну роботу не були достатньо забезпечені; у законодавстві не було передбачено постійні консультації з представниками працівників щодо умов праці в нічний час і заходів, ужитих для узгодження потреб працівників з особливим характером нічної роботи; у законодавстві відсутні положення про обов'язкові медичні огляди до працевлаштування на роботу у нічний

¹¹¹⁷European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 9. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf

¹¹¹⁸European Committee of Social Rights, Conclusions 2014, Ukraine. P. 12. URL: <https://www.msp.gov.ua/files/evrointegro/2014.pdf>

час і далі регулярно впродовж такої роботи. Україна зобов'язана узгодити своє національне законодавство з Директивою 2003/88/ЄС, у якій встановлено такі ж стандарти роботи в нічний час¹¹¹⁹.

Зупинемося на розгляді окремих пунктів статті 4 «Право на справедливу винагороду», які не були ратифіковані Україною, або щодо яких ЄКСП дійшов висновку про невідповідність національного законодавства та практики положенням Хартії.

Пункт 1 статті 4 ЄСХ, який зобов'язує при визначенні розміру винагороди враховувати достатній життєвий рівень не лише власне працівників, а й членів їх сімей, Україною не ратифіковано. Доречно наголосити, що в частині третій статті 43 Конституції України закріплений інший, значно вужчий підхід, згідно з яким кожен має право на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом.

Крім того, проблемним питанням в Україні протягом багатьох років залишається заборгованість з виплати заробітної плати. Так, за даними Держстату, станом на 1 грудня 2020 року заборгованість із заробітної плати склала понад 4 млрд грн та порівняно з початком року зросла на 32 % (станом на 01.01.2020 – 3,03 млрд грн), в 2019 році зросла на 15 % (станом на 01.01.2019 – 2,64 млрд грн), у 2018 році зросла на 11 % (станом на 01.01.2018 – 2,37 млрд грн). У грудні 2020 року погашено заборгованість із виплати заробітної плати на суму 873,8 млн грн та сума заборгованості на 01.01.2021 становить 3,13 млрд грн¹¹²⁰.

Пункт 3 статті 4 ЄСХ встановлює право на рівну оплату без будь-якої дискримінації за ознакою статі. При вивченні ситуації щодо відповідності українського законодавства та практики цьому положенню ЄСХ, у Висновках 2014 року Комітет нагадав, що згідно

¹¹¹⁹European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 11. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf

¹¹²⁰Сума заборгованості із виплати заробітної плати по регіонах (на початок 1997–2021 pp.). URL: <http://www.ukrstat.gov.ua>

з українським законодавством заявник повинен надати надійні факти, що підтверджують наявність дискримінації у справах про дискримінацію. На підставі аналізу національного законодавства, за яким тягар доведення фактів дискримінації покладається на особу, яка зазнала дискримінації, було визнано невідповідність законодавства й практики вимогам статті 20 Хартії. З огляду на те, що законодавство з того часу не змінювалося, у Висновках 2018 року Комітет установив, що зобов'язання України за пунктом 3 статті 4 не виконується також через те, що законодавство не передбачає зміщення тягара доведення в справах про гендерно зумовлену дискримінацію¹¹²¹.

Цікавим є застосований у ЄСХ підхід щодо розміщення положення про право на розумний строк попередження про звільнення з роботи у статті, присвяченій справедливій винагороді за працю. З цього приводу Комітет зазначив, що пункт 4 є частиною статті про винагороду за працю, оскільки основна мета розумного строку попередження полягає в тому, щоб дати відповідній особі змогу знайти іншу роботу до завершення поточного працевлаштування, тобто поки така особа ще отримує заробітну плату¹¹²².

Поняття «розумного строку попередження про звільнення» у Хартії не визначено, тому це віднесено на розсуд суду в кожній конкретній ситуації. Основним критерієм оцінювання розумності є стаж роботи. У тлумаченні Комітету строк попередження про звільнення з роботи повинен співвідноситися зі стажем роботи у такий спосіб: п'ять днів – за наявності стажу менше трьох місяців; один тиждень – зі стажем менше шести місяців роботи; два тижні – після більше як шість місяців роботи; один місяць – після одного року роботи; вісім тижнів – після не менш як десяти років роботи;

¹¹²¹European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf

¹¹²²Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2018. URL: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>

дванадцять тижнів – для працівників, яких було звільнено через тривалу непрацездатність та які мають стаж роботи в п'ять і більше років.

Комітет звернув увагу на те, що право на розумний строк попередження про припинення трудових відносин застосовується до всіх категорій працівників (як постійних, так і тимчасових) і не залежить від причини припинення найму.

Підставами для негайного звільнення, на думку ЄКСП, можуть бути лише винні дії працівника. До серйозних правопорушень з боку працівника віднесено, зокрема: порушення політики рівних можливостей чи сексуальні домагання; відмова надати інформацію, якої вимагає законодавство чи робочий регламент; розголошення державної, професійної, комерційної чи промислової таємниці; робота під дією алкоголю, наркотиків чи токсичних речовин; залишення посту; відмова проходити обов'язкові медичні огляди; аморальні діяння, через які працівник не може перебувати на посаді вчителя; необґрунтована відсутність протягом п'яти днів поспіль чи впродовж понад десяти днів на рік; аномальне зниження продуктивності. Водночас, на думку Комітету, вина працівника відсутня при звільненні через недостатню кваліфікацію працівника; економічні, технологічні, організаційні обставини, що вимагають зміни персоналу тощо.

Отримання компенсації у вигляді заробітної плати замість попередження ЄКСП визнав допустимим за умови, якщо сума рівноцінна тій, яку працівник заробив би за відповідний період. Однак питання періоду попередження та/чи компенсації замість нього не може бути залишене на розсуд сторін трудового договору¹¹²³.

У Висновках 2014 року ЄКСП визнав ситуацію в Україні такою, що не відповідає пункту 4 статті 4 ЄСХ, зокрема, було визнано

¹¹²³Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2018. P. 90–91.
URL: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>

порушенням пункту 4 статті 4 Хартії відсутність строку попередження чи вихідної допомоги під час випробувального строку¹¹²⁴.

Аналізуючи виконання Україною цього ж положення ЄСХ, у Висновках 2018 року Комітет відзначив, що як слідує з доповіді України, жодних змін у цій сфері не відбулося, за винятком випробувального строку. Зокрема, за звітний період набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Кодексу законів про працю України щодо випробування при прийнятті на роботу». Відповідно до цього Закону працівник може бути звільнений протягом строку випробування у разі встановлення роботодавцем невідповідності працівника займаній посаді, на яку його прийнято, або виконуваній роботі. Строк попередження про звільнення у такому разі становить три дні. Втім, виходячи з інших підстав, у Висновках 2018 року ЄКСП також визнав ситуацію в Україні такою, що не відповідає пункту 4 статті 4 ЄСХ, зокрема, через неналежні строки попередження за різних обставин, наприклад: звільнення з огляду на зміни в організації виробництва або праці чи скорочення штату; звільнення через непридатність за станом здоров'я, брак кваліфікації або відновлення на посаді попереднього працівника; у випадку звільнення працівників з понад семирічним стажем; припинення трудових відносин з інших причин з працівниками зі стажем роботи понад п'ять років¹¹²⁵.

Пункт 5 статті 4 ЄСХ гарантує право працівників отримувати повну заробітну плату й передбачає принцип, згідно з яким відрахування із заробітної плати дозволяються тільки на умовах і в розмірах, передбачених національними законами або правилами чи встановлених колективними договорами або арбітражними рішеннями.

¹¹²⁴European Committee of Social Rights, Conclusions 2014, Ukraine. P. 18. URL: <https://www.msp.gov.ua/files/evrointegro/2014.pdf>

¹¹²⁵European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 15. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf

Незважаючи на наявність у чинному КЗП України двох статей, якими встановлені обмеження як власне підстав для відрахувань із заробітної плати, так і їх розмірів, Комітет у 2014 дійшов висновку, що ситуація в Україні не відповідає пункту 5 статті 4 Хартії. Зокрема, Комітет звернув увагу, що пункт 5 статті 4 ЄСХ вимагає забезпечення недопущення того, що працівники залишаються без засобів до існування. Передбачене законодавством обмеження відрахувань із заробітної плати (20 %, 50 % та 70 %) відповідно до статті 128 КЗП України все ще дозволяє ситуації, за яких працівник отримує тільки 50 % або навіть 30 % мінімальної заробітної плати, тобто суми, яка не дозволяє їм забезпечувати своє та/або свої утриманців існування. Комітет вважає, що здійснення кримінального провадження або обов'язок батьків утримувати дитину до досягнення нею повноліття не може виконуватися за рахунок того, що має забезпечувати захист відповідно до пункту 5 статті 4 Хартії¹¹²⁶. Враховуючи, що ситуація з законодавчим унормуванням цих питань в Україні не змінилась, у Висновках 2018 року Комітет залишився на своїй позиції та вказав на невідповідність ситуації в Україні пункту 5 статті 4 ЄСХ через те, що: відрахування із заробітної плати можуть позбавляти працівників із найнижчим рівнем оплати та їхніх утриманців засобів до існування; наявні гарантії, що не дають можливість працівникам відмовитися від свого права на обмеження відрахувань із заробітної плати, є недостатніми¹¹²⁷.

Проведений аналіз положень ЄСХ в частині права на справедливі умови праці та висновків ЄКСП за тематичною групою № 2 «Трудові права» свідчить про відсутність прогресу, а радше регрес в частині виконання Україною своїх зобов'язань з імплементації ЄСХ. Так, у Висновках 2014 року ЄКСП встановив, що з 6-ти ратифікованих

¹¹²⁶European Committee of Social Rights, Conclusions 2014, Ukraine. P. 20. URL: <https://www.msp.gov.ua/files/evrointegro/2014.pdf>

¹¹²⁷European Committee of Social Rights, Conclusions 2018, Ukraine. P. 16. URL: https://www.msp.gov.ua/files/international/CR_2018_UKR_EN.pdf

Україною пунктів статті 2 Хартії за чотирьома (пункти 1, 2, 4, 6) ситуація в Україні відповідає стандартам ЄСХ; за одним (пункт 7) – не відповідає, і за одним (пункт 5) висновок було відкладено. Натомість у Висновках 2018 року лише за двома (пункти 1, 2) Комітет визнав, що національне законодавство і ситуація в Україні відповідає стандартам ЄСХ; за двома (пункти 5, 7) – не відповідає вимогам; і за двома (пункти 4, 6) висновки було відкладено до отримання додаткової інформації.

Враховуючи зазначене, сьогодні однією з найгостріших проблем нашої держави є не тільки необхідність «осучаснення» чи «лібералізації» трудових відносин, на якій активно наполягають представники бізнесу й влади, а й, у першу чергу, проведення системного і комплексного реформування трудового законодавства з урахуванням загальноновизнаних європейських стандартів, зокрема, Європейської соціальної хартії (переглянутої), ратифікувавши більшість положень якої, держава Україна взяла на себе зобов'язання забезпечити своїм громадянам той рівень соціально-економічних прав, який не принижуватиме людської гідності.

Список рекомендованих джерел

Allen, H. M. (2004). Globalization and peremptory in international law: from Westphalian to global constitutionalism? *Intern. politics*, 41, 3, 341–354.

Arrowsmith, S., Treumer, S., Fejø, J., Jiang, L. & Arrowsmith, S. (Ed.) (2011). *Public procurement regulation: an introduction*. University of Nottingham.

Arrowsmith S., Linarelli J. and Wallace, D. (2000). *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives* (pp. 72–73). London: Kluwer Law International.

Baumol, W. J. (1990). Entrepreneurship: Productive, Unproductive and Destructive. *Journal of Political Economy*, 5(98), 893–920.

Beard, Charls. (1913). *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. Macmillan.

Berka, Walter (2021). *Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium*, 8. Verlag Österreich.

Bolduț, D.-D. (2014). Fiducia – operațiune juridică insolită în dreptul românesc (I). *Revista română de drept al afacerilor*, 9, 67–84.

Brems, E. (2001). *Human rights: Universality and diversity*. The Hague: Martinus Nijhoff.

Brown, R. A. (193S, February) Administrative Commissions and the Judicial Power. *MwNn. L. Rv.* 19, 261.

Brynjolfsson, E., Kahin, B. (2000). Introduction. *Understanding the Digital Economy* (pp. 1–10). Cambridge: MIT Press.

Buchanan, James M. (1977). *Freedom in Constitutional Contract: Perspectives of a Political Economist*. College Station: Texas A&M University Press.

Buckhardt, Dana (2020). Backlash against the Court of Justice of the EU? The Recent Jurisprudence of the German Constitutional Court on EU Fundamental Rights as a Standard of Review. *German Law Journal*, 1, 21–18.

Burton, R. A. (2005). Improving Integrity in Public Procurement: The Role of Transparency and Accountability. Chapter 2 in *Fighting corruption and promoting integrity in public procurement*. Paris : OECD Publishing

Çavuş, C. C. (2021). Transhumanism, posthumanism, and the «Cyborg Identity». *Fe Dergi*, 1, 180–181.

Clarck, A. (2005). *Property Law: Commentary and Materials* (p. 193–203). Cambridge : Cambridge University Press.

Coase, Ronald (1960). The Problem of Social Costs *The Journal of Law and Economics*, 3, 17.

Corbet, S. et al. (2018). Cryptocurrencies as a financial asset: a systematic analysis. *International Review of Financial Analysis*, 9, 182–199.

Dani, Marco (2005). Economic Constitutionalism(s) in a Time of Uneasiness – Comparative Study on the Economic Constitutional Identities of Italy, the WTO and the EU *Jean Monnet Working Paper*, 08/05. URL: <http://ssrn.com/abstract=1346995>

Dedu, C. R. (2015). Fiducia in the light of the New Civil Code institution of law with unregulated finality. *Challenges of the Knowledge Society*, 5(1), 211–224.

Desai, Raj M. and Olofsgård, Anders, Constitutionalism and Credibility in Post-Communist Economies (March 2005). *Georgetown University School of Foreign Service Working Paper*, SSRN. URL: <https://ssrn.com/abstract=709144>

Dieniezhnikov, S. S. (2018). World outlook problems of transhumanism ideas. *Філософія науки: традиції та інновації*, 2(18), 57.

Dzehtsiarou, K. (2011). European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*, 12(10), 1730–1745.

Epstein, Richard A. (1985). *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain* Harvard University Press.

Esin, Örucü and Nelken, David. *Comparative Law. A Handbook*. Bloomsbury Academic.

Feteris, Eveline T. (Ed.) (2016). *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decision*. 2nd Ed. Springer.

Forrest, D. (2008). Gambling Policy in the European Union: Too Many Losers? *FinanzArchiv. Public Finance Analysis*, 4(64), 541.

Fujimoto, K. (2013). Globalization and ethics for the future. *Waseda Rilas Journal*. 1, 168.

Gheorghe, L. (2014). Fiducia in the New Civil Code: an example of vitalization by international business law of the relationship between Romanian Law and Common Law. *Perspectives of Business Law Journal*, 3(1), 281.

Ginsburg, Tom (2002). Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts. *Theoretical Inquiries in Law*, 3.1, 51.

Gnoffo, S. (2021). A dynamic performance management approach to frame corruption in public procurement: a case study *Journal of Public Procurement*, 1, 21, 75–96. <https://doi.org/10.1108/JOPP-08-2020-0063>

Goff, Sarah C. (2018). Fair trade: global problems and individual responsibilities. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 21:4, 521–543. DOI: 10.1080/13698230.2016.1252993

Goldmann, Matthias (2020). The European Economic Constitution after the PStP Judgment: Towards Integrative Liberalism? *German Law Journal*, 21(5), 1058–77.

Gunter, Teubner, (1997). ‘Global Bukovina’: Legal Pluralism in the World Society (Ed. by Guenter Teubner) *Global Law without a State* Aldershot : Dartmouth Gower.

Gunter, Teubner (2012). *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford University Press.

Güler, T. S. (2017). ‘Positive Obligations’ Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure? *European Journal of Multidisciplinary Studies*, 6(1), 358.

Günther, Klaus (1996). Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis. *Cardozo Law Review*, 17, 1035.

Gwartney, J., Lawson, R. and Block, W. (1996). *Economic Freedom in the World, 1975–1995*. Vancouver : Fraser Institute

Haan, J., Sturm, J. (2000). On the relationship between economic freedom and economic growth. *European Journal of Political Economy*, 215–241.

Hellwig, Hans-Jürgen (2020). Die Verhältnismäßigkeit als Hebel gegen die Union: Ist die Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG in der Sache Weiss noch mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar? *Neue Juristische Wochenschrift*, 73(35), 2497–503.

Hirschl, Ran (2014). *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, 151–191. Oxford University Press.

Hirschman, A. (1977). *The Passions and the Interests: Political Arguments for Capitalism before its Triumph*. Princeton : Princeton University Press.

Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia (1997). 146 ALR 1, Federal Court of Australia, 30 June 1997

Hughes, James J. (2001). *The Politics of Transhumanism (March 2002)*. Presented at the 2001 Annual Meeting of the Society for Social Studies of Science Cambridge, MA November 1–4. URL: <http://www.changesurfer.com/Acad/TranshumPolitics.htm>

Honore, A. M. (1961). The Ownership. Gest A.G (Ed.) *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford : Oxford University Press.

Höpner, Martin (2021). Proportionality and Karlsruhe's Ultra Vires. Ways Out of Constitutional Pluralism? *MPIfG Discussion Paper*, 21/1. URL: https://pure.mpg.de/rest/items/item_3283151/component/file_3283887/content

Huxley, J. (1957). *New Bottles for New Wine*. London : Chatto&Windus.

Jessup, Phillip C. (1956). *Transnational Law*. Yale Univ. Press.

Jowell, Jeffrey, and Anthony, Lester. (1988). Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law. *Commonwealth Law Bulletin*, 14(2), 859.

Keohane, Robert O. & Nye, Joseph S. (1974). Transgovernmental Relations and International Organizations. *World Politics*, 27, 43.

Kjaer, Paul F., The Concept of the Political in the Concept of Transitional Constitutionalism: A Sociological Perspective. In: Christian Jorges,

Tommi Ralli (Eds.): *After Globalization – New Patterns of Conflict and their Sociological and Legal Reconstruction* (Oslo: Arena, 2011).

Kogan, Y. (1998). Long Wave of Economic Growth. *Futures*. October.

Kommers, D. P. (1997). *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany* (2nd ed., p. 363). Durham: Duke University Press.

Krygier, Martin (2017). *Re-imagining the Rule of Law*. Denis Leslie Mahoney Prize Public Lecture (7 September 2017).

Kurzweil, Ray (2005). *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*, New York : Viking Penguin.

Lane, N. (1999). Advancing the digital economy into the 21st century. *Information Systems Frontiers*, 1, 3, 317–320

Langford, M. (Ed.) *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law* (pp. 3–45). Cambridge: Cambridge University Press.

Lefter, C., Duagi, G. (2016). The fiduciary guarantee in the Romanian and European legal context. *Juridical Tribune*, 6(2), 105.

Low, W., & Davenport, E. (2006). Mainstreaming fair trade: Adoption, assimilation, appropriation. *Journal of Strategic Marketing*, 14, 315–316.

Leijten, I. (2019). *Core socio-economic rights and the European court of human rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

Masterman, R. and Schütze, R. (eds) *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*. Cambridge University Press.

Muller, A. (2009). Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Law Review*, 9(4), 557–601.

Nardini, W. J. (2000). Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court. *Setton Hall Law Review* (pp. 1–58).

Nozick, Robert (1974). *Anarchy, State, and Utopia* (p. 26). New York : Basic Books.

Oglinda, B. (2016). Practical aspects regarding fiduciary operations. *Perspectives of Business Law Journal*, 5(1), 223.

Ogus, Anthony (2007). Esin Örüçü and Nelken David. *Comparative Law. A Handbook*. Bloomsbury Academic.

Parsons, Christopher (2015). Beyond Privacy: Articulating the Broader Harms of Pervasive Mass Surveillance. *Media and Communication*, 3, 1.

Peters, Anne. (2019) Corruption as a Violation of International Human Rights. *European Journal of International Law*, 4(29), 1256.

Petersen, Niels and Towfigh, Emanuel V. (2016). *Economic methods for Lawyers* (p. 12–15). Edward Elgar Publishing.

Petersen, Niels (2015). Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court. *Global Constitutionalism*, 4, 52–53.

Petersmann, E. (2008). Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'. *European Journal of International Law*, 19(4), 773–775.

Phillipson, Gavin. (1999). The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper? *The Modern Law Review*, 6(62), 824–849.

Pohl, Jens Hillebrand (2020). Emergency, security and strategic autonomy in EU economic regulation. *ERA Forum*, 21, 143–154.

Rosenberg, Michel and Sajó, András (eds.) (2013). *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press.

Sachs, S. (2005). From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant. *American University International Law Review*, 21, 685–811.

Sadurski, Wojciech (ed.) (2005). *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States in Central and Eastern Europe*. Springer Publishing.

Savelyev, A. (2017). Contract Law 2.0: «Smart» contracts as the beginning of the end of classic contract law. *Information & Communications Technology Law*, 4, 116–134.

Seubert, S. and Becker, C. (2021). The Democratic Impact of Strengthening European Fundamental Rights in the Digital Age: The Example of Privacy Protection. *German Law Journal*, 22, 32.

- Simon, W. (1985). *The Invention and Reinvention of Welfare Rights*.
- Slaughter, Anne-Marie (1985). *A New World Order*. Princeton University Press.
- Stark, David and Bruszt, Laszlo (eds.) (1998). *Postsocialist Pathways: Transforming Politics and Property in East and Central Europe*. Cambridge University Press.
- Szopa, R. (2021). Is Transhumanism Heading Towards Redefinition of Human Being or Towards Utopia? *Scientia et Fides*, 9/1, 202.
- Tapscott, D. (1996). *The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*. New York, NY : McGraw-Hill.
- Teixeira, J. (2020). Transhumanism, immortality and the question of longevity. *Revista de Filosofia Aurora*, 32, 29.
- The role of good governance in the promotion of human rights. *Commission on Human Rights resolution 2000/64*.
- Tsirogianni, S., Sammut, G., & Park, E. (2014). Social Values and Good Living. *Encyclopedia of Quality of Life and Well-Being Research*, 6187–6190.
- Uzomah, M. M., Attoh, U. S. (2020). Transhumanism as a philosophy of material transfiguration: A critical analysis. *Social Sciences, Humanities and Education Journal*, 1, 31.
- Viterbo, Annamaria (2020). The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court: Throwing Sand in the Wheels of the European Central Bank. *European Papers*, 5, 671–685.
- Waldron, Jeremy. (1994). Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. *Hastings L. J.*, 45, 819.
- Wang Y. (2007). Globalization enhances cultural identity. *Intercultural Communication Studies*, 1, 86.
- Warp, George (1941). Independent Regulatory Commissions and the Separation of Powers Doctrine. *NOTRE DAME LAW*, 16, 183.
- Аджемоглу, Дарон, Робінсон, Джеймс (2020). *Чому нації занепадають. Походження влади, багатства та бідності*. Київ : Наш формат.
- Бальцерович, Лешек (2007). *Навстречу ограниченному государству*. Москва : Новое издательство.

Бевзенко, Л. Д. (2009). Постнекласические практики свободы – социокультурные контуры осуществления. *Практична філософія*, 1, 58.

Безух, О. В. (2008). *Проблеми правового регулювання економічної конкуренції в Україні*. Київ; Тернопіль : підручники і посібники.

Бродель, Фернан (1998). *Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм. XV–XVIII ст.* (Т. 3). Час світу. Київ : Основи.

Булеца, С. Б., Менджул, М. В., (ред.) (2021). *Медичне право* : підручник. Ужгород : ТОВ «РІК-У».

Булеца, С. Б., Чепис, О. І. (ред.) (2019). *Право інтелектуальної власності*. Ужгород : РІК-У, 2019.

Бутко, М. П. (2015). Комерціалізація результатів науково-технічної діяльності в умовах поглиблення інтеграційних процесів. *Проблеми і перспективи економіки та управління*, 1, 7–20.

Валлерстайн, Иммануил (2001). *Анализ мировых систем и ситуация в современном мире*. Санкт-Петербург : Изд-во «Университетская книга».

Водянніков, В. (2020). Концепція інтересу у конституційному праві: до питання розуміння «суспільний інтерес» та «особливе суспільне значення» в провадженнях за конституційними скаргами. *Український часопис конституційного права*, 4, 9–46.

Гарагонич, О. В. (2019). *Господарська правосуб'єктність акціонерних товариств: проблеми теорії і практики* : монографія. Київ : НАН України, Ін-т економіко-правових досліджень.

Гидденс, Энтони (2005). *Устроение общества: Очерк теории структурыциии*. Москва : Академический проект.

Гордієнко С. Г. (2014). Інноваційна діяльність: проблеми, сутність, змістовні складові та напрями удосконалення. *Часопис Академії адвокатури України*, 7/2, 15–32.

Гордуновський, О. М. (2015). Сутність та форми економічної свободи та її особливості в Україні. *Фінансовий простір*, 4(20), 151–156.

Гражевська, Н. І. (2008). Економічні системи епохи глобальних змін. Київ : Знання.

Греца, Я. В. (2019). Визначення місця здійснення господарської діяльності під час податкового планування. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*, 59/2, 38–40.

Греца, Я. В. (2020). Значення вибору структури і організаційно-правової форми господарської діяльності для оптимізації оподаткування. *Приватне та публічне право*, 1, 61.

Грищук, О., Слюсарчук, Х. (2020). Ліберальний комунітаризм як філософія правого розвитку постмодерного суспільства. *Український часопис конституційного права*, 1, 22.

Гудима, Дмитро (2010). Деякі новели в інтерпретації поняття «суб'єкт права»: абсурдні чи перспективні? *Право України*, 2, 82–87.

Госепат, Ш. та Ломанн, Г. (ред.) (2008). *Філософія прав людини*. Київ : Ніка-Центр.

Давидюк, О. М. (2009). *Технологія як об'єкт господарсько-правового регулювання* (дис. канд. юрид. наук: 12.00.04). Харків.

Денисенко, М. П. (2007). Стратегічна місія інноваційної діяльності та шляхи її активізації в Україні. *Проблеми науки*, 6, 10–16.

Дзера, О. В., Кузнецова, Н. С. (ред.) (2000). *Право власності в Україні*. Київ : «Юрінком Інтер».

Еліас, Норберт (2003). *Процес цивілізації. Соціогенетичні і психогенетичні дослідження* (Пер. Олекса Логвиненко), Київ : Видавничий дім «Альтернативи».

Ернандо, де Сото (2009). *Загадка капіталу. Чому капіталізм перемагає лише на Заході і ніде більше* (с. 36–43). Київ : Ніка-Центр.

Євтошук, Ю. О. (2015). *Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права* (дис. ... к.ю.н., с. 101). Київ : Університет економіки і права «Крок».

Загрішева, Н. В. (2018). *Господарський договір у сфері трансферу технологій* (дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04). Київ.

Захарченко, В. І. (2012). *Інноваційний менеджмент: теорія і практика в умовах трансформації економіки* : навч. посіб. К. : Центр навчальної літератури.

Итуэлл, Дж., Милгейт, М., Ньюмен, П. (ред.) (2004). *Экономическая теория*. Москва : Изд-во ИНФРА-М.

Карабін, Т. О. (2016). Забезпечення міжнародних стандартів адміністрування в контексті положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. *Прикарпатський юридичний вісник*, 4(13), 69.

Кешелав, А. В. (ред.) (2017). *Введение в «цифровую» экономику*. Москва : ВНИИ геосистем.

Ковтун, Є. В. (2008). *Правове регулювання грального бізнесу в Україні та іноземних держав*. Київ : «ИГРОК».

Козюбра, М. І. (2010). Верховенство права і соціалізація держав. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*, 103, С. 5.

Козюбра, М. І. (2013). Моделі (типи) юридичної аргументації. *Наукові записки НаУКМА*, 144–145, 3–8.

Коюда, О. П. (2019). *Інноваційна діяльність: від оцінки привабливості до інвестиційного забезпечення* : монографія. Харків : ХНЕУ.

Коюда, П. М. (2013). *Ефективність економічної діяльності підприємств: теорія та практика* : монографія. Х. : Компанія СМІТ.

Кудь, А., Кучерявенко, М., Смичок, Є. (2019). *Цифрові активи та їх правове регулювання у світлі розвитку технології блокчейн* : монографія. Харків : Право.

Кузнецова, А. Я. (2009). *Удосконалення банківського і небанківського фінансування інноваційної діяльності в Україні* : монографія. К. : УБС НБУ.

Кучеренко, І. М. (2004). *Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права* : монографія. Київ.

Лаф, Джон (2021). *Система кланового капіталізму в Україні. Складність демонтажу «системи»*. Програма досліджень Росії та Євразії, липень 2021 року.

Леони, Бруно (2008). *Свобода и закон* (пер. с англ. В. Кошкина) Москва : ИРИСЭН.

Логвиненко, Б. (2017). Основні функції публічного адміністрування сферою охорони здоров'я в Україні. *Національний юридичний журнал : теорія і практика*, 6, 2, 56.

Лок, Джон (2004). *Два трактати про врядування*. Київ : Основи.

Луман, Никлас (2004). Общество как социальная система (пер. с нем. А. Антоновского) (с. 39–41, 45). Москва : АСТ.

Мажорина, М. В. (2017). Lex mercatoria – средневековый миф или феномен глобализации? *Право. Журнал Высшей школы экономики*, 1, 4–19.

Майданик, Р. А. (2004). Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття). *Українське комерційне право*, 5, 57–61.

Малолітнева, В. (2020). Особливості правового регулювання соціально відповідальних публічних закупівель для просування поваги та захисту прав людини у сфері бізнесу. *Підприємство, господарство і право*, 10, 45.

Менджул, М. В. (2019). *Принципи сімейного права (сутність та проблеми застосування)* : монографія. Ужгород : Видавництво Олександри Гаркуші.

Мінцберг, Генрі (2019). *Міфи про охорону здоров'я. Як не помилитися, реформуючи медичну систему* (пер. з англ. Дар'я Прокопик) Київ : Наш формат.

Некіт, К. Г. (2012). *Договір довірчого управління майном : порівняльно-правовий аналіз*. Одеса : Вид. Букаєв В. В.

Некіт, К. Г. (2021). *Право приватної власності в інформаційному суспільстві: теорія і практика* : монографія. Одеса : Видавничий дім «Гельветика».

Овсієнко, О. В. (2013). Обмеження економічної свободи як передумова розбудови соціальної держави в Україні: аргументи «за» і «проти». *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*, 2(13), 287–289.

Овчаренко, А. Є. (2018). Легалізація грального бізнесу на теренах України. *Молодий вчений. Юридичні науки*, 4(56), 736.

Падучак, Б. М. (2011). Щодо питання класифікації договорів у сфері трансферу технологій. *Часопис Київського університету права*, 2, 189–191.

Парсонс, Т. (1998). *Система современных обществ* (пер. с англ. Л. А. Седова и А. Д. Ковалева) Москва : Аспект Пресс.

Пірникоза, П. В. (2017). Легалізація грального бізнесу в Україні: фіскальний та економічний аспекти. *Інвестиції: практика та досвід*, 11, 68.

Плахотнік, О. О. (укл). (2017). *Трансфер технологій* : конспект лекцій з дисципліни для здобувачів вищої освіти другого (магістерського) рівня усіх спеціальностей. Кам'янське : ДДТУ.

Погребняк, С. (2012). Концепції good governance та good administration (міжнародний, європейський та національний досвід). *Філософія права і загальна теорія права*, 1, 177.

Подрез-Ряполова, І. В. (2020). Використання інноваційного підходу смарт-спеціалізації щодо забезпечення регіонального розвитку в Україні. *Право та інновації*, 1(29). 35–39.

Познер, Р. (2004). *Экономический анализ права* (Т. 2). Москва : Экономическая школа.

Пундор, Ю. О. (2013). Про визначення змісту категорії «право-суб'єктність» у теорії права та галузевих теоріях цивільного й господарського права (порівняльно-правовий аспект). *Часопис Київського університету права*, 1, 60.

Райнгольд, Циппеліус (2001). *Філософія права*. Київ : Тандем.

Рожкова, М. А. и др. (2018). *Право в сфере Интернета*. Москва : Статут.

Розгон, О. В. (2019). Предмет договору про передачу ноу-хау як виду договору у сфері трансферу технологій. *Право та інновації*, 2, 29–34.

Рябчук С. В. (2015). Азартні ігри як соціально-психологічне явище: поняття, генеза, правове регулювання. *Питання боротьби зі злочинністю*, 29, 223.

Савчин, М. (2011). Економічна демократія та право на свободу підприємницької діяльності. *Часопис Київського університету права*, 4, 194.

Савчин, М. (2018). Конституційна економіка та основні моделі втручання держави в економічні процеси. *Право України*, 5, 17–28.

Савчин, М. (ред.) (2020). *Правове регулювання та економічні права і свободи*. Ужгород : РІК-У.

Савчин, М. В. (2012). Економічний конституціоналізм і Конституційний Суд України. *Юридична наука*, 4, 327–38.

Савчин, М. (2020). *Порівняльне конституційне право : підручник*. Київ : ВАІТЕ.

Савчин, М. (2020). *Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму* (2-е вид., с. 501–503). Одеса : Видавничий дім «Гельветика».

Савчин, М. (2020). Суспільний інтерес як критерій обмеження прав людини та боротьба з пандемією коронавірусу. *Публічне право*, 2(38), 5–22.

Седлачек, Томаш (2017). *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи*. Львів : Вид-во Старого Лева.

Січевлюк, В. А. (2020). *Еволюція категорії «правова суб'єктність» (теоретико-прикладні засади)* : монографія. Київ : Юридична думка.

Симсон, О. Э. (2015). *Инновационные и инвестиционные правоотношения: перспективы развития публичной и частной сферы* : монографія. Киев : Издательский дом «Ин Юре».

Сімахова, А. О., Скрипник, Н. Є., Піддубний, О. О. (2017). Економічна політика в контексті вимірювання економічної свободи. *Економіка і суспільство*, 13, 26.

Слипченко, С. А. (2000). *Право доверительной собственности*. Харків : Консум.

Смолин, Г. В. (2011). *Господарське право України. Загальна частина* : навч. посібн. Львів : ЗУКЦ.

Табачковський, В. Г. (2005). *Полісутнісне homo: філософсько-мистецька думка в пошуках «неевклідової рефлексивності»* : монографія. К. : ПАРАПАН.

Талєб, Нассим Ніколас (2010). *Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости*. Москва : Колибри.

Ташнет, М. (2006). Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту». *Сравнительное конституционное обозрение*, 2.

Тегмарк, Макс (2020). *Життя 3.0. Доба штучного інтелекту*. Київ : Наш формат.

Устименко, В. А., Джабраїлов, Р. А. (ред.) (2012). *Конституційні засади економічної системи України*. Донецьк : ТОВ «Юго-Восток».

Фаїзов, А. В. (2018). Організаційно-правові основи функціонування системи публічних закупівель в Україні. *Економіка та управління національним господарством*, IV(72), 31.

Яковюк, І. В., Туренко, А. Ю. (2021). Економічна безпека України як передумова забезпечення її суверенітету. *Проблеми законності*, 154.

Федулова, Л. І. (ред.) (2005). *Інноваційний розвиток економіки: модель, система управління, державна політика*: монографія. К. : Основа.

Філішпова, С. В. (2012). *Документальне забезпечення поетапного аналізу процесу комерціалізації науково-дослідної діяльності ВНЗ*: монографія. Донецьк : Вид-во «Ноулідж».

Фуко, Мишель (2010). *Рождение биополитики*. Курс лекцій, прочитаних в Колеж де Франс в 1978–1979 учебном году (пер. с фр. А. В. Дьяков). Санкт-Петербург.

Фукуяма, Френсіс (2018). *Витоки політичного порядку. Від прадавніх часів до Французької революції*. Київ : Наш формат.

Хайек, Ф. А. фон. (2006). *Право, законодавство, свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики*. Москва : ИРИСЭН.

Харитонов, Є. О., Харитонova, О. І., Некіт, К. Г. (ред.) (2020). *Права приватної особи в умовах пандемії COVID-19: проблеми здійснення і захисту*. Одеса : Видавничий дім «Гельветика».

Хантингтон, Сэмюэл (2016). Консерватизм как идеология. *Тетради по консерватизму, 1*, 234.

Харитонов, Є. О., Харитонova, О. І., Голубева, Н. Ю. (2020). *Рекодифікація цивільного законодавства України в умовах євроінтеграційних процесів*. Норма права.

Харитонов, Є. О., Харитонova, О. І., Некіт, К. Г. (ред.) *Права приватної особи в умовах пандемії COVID-19: Проблеми здійснення і захисту*. Одеса : Видавничий дім «Гельветика».

Христова, Г. (2014). Конструкція зобов'язань держави у сфері прав людини: порівняльний аналіз міжнародних та європейських підходів. *Вісник Національної академії правових наук України, 4(79)*, 25–36.

Шимон, С. (2011). Об'єкт і предмет договору і цивільного право-відношення : нотатки до наукової дискусії. *Юридична Україна, 4*, 63.

Шмідт-Ассманн, Герхардт (2009). *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання системи адміністративного права* (вид. 2-ге). Київ : Вид-во «К.І.С.».

Шумпетер, Йозеф А (2011). *Теорія економічного розвитку. Дослідження прибутків, капіталу, кредиту, відсотка та економічного циклу*. Київ : Видавничий дім «Києво-Могилянська академія».

Экштайн, К. (2004). *Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции* (с. 339–341). Москва, NOTA BENE.

Додаток

РАМКОВИЙ АКТ ПРО ЕКОНОМІЧНУ СВОБОДУ (основні положення)

Економічна свобода та її гарантії є невід'ємними складниками конкурентоспроможної та відкритої економічної системи. Виходячи із таких засад, метою цього Акта є визначення основних напрямків діяльності публічної влади у забезпеченні основних економічних свобод через верховенство права, належне урядування та застосування адекватних заходів щодо забезпечення суспільних інтересів на ринку.

Пропонується прийняти Акт економічної свободи, на основі якого має розвиватися законодавство, яке регулює ті чи інші аспекти економічної свободи (в тому числі, цивільне і господарське). Структура Акта економічної свободи вбачається такою:

- загальну частину, в якій викласти: (i) сутність змісту економічної свободи; (ii) основні критерії легітимних меж втручання публічної влади у сферу економічної свободи; (iii) критерії якості законодавства, адміністративної та судової практики згідно з принципами верховенства права, справедливості та економічної свободи; (iv) співвідношення планування, законодавства, регуляторних актів та актів індивідуальної дії відповідно до засад верховенства права;
- визначити параметри національної економіки як соціально орієнтованої ринкової економіки, яка поєднує у собі саморегулювання і самоорганізацію із втручанням держави в зв'язку із суспільною необхідністю у демократичному суспільстві з метою забезпечення національних економічних інтересів,

- публічного економічного порядку, добробуту населення, життя і здоров'я людини, охорони довкілля;
- порядок відкриття та здійснення підприємницької діяльності, в якій встановити: (i) чіткі правила реєстрації суб'єктів економічної діяльності за принципом єдиного вікна; (ii) дієве впровадження електронного урядування з метою забезпечення оперативного доступу до інформації про суб'єкта економічної діяльності з метою прийняття владних рішень без невиправданого зволікання; (iii) скорочення ліцензування та усунення надмірного адміністрування економічної діяльності, (iv) критерії щодо відкриття підприємства, яке б надавало належної якості товари і послуги споживачам; (v) основні вимоги щодо сплати офіційних зборів з метою реєстрації суб'єкта підприємницької діяльності;
 - уточнення сутності змісту соціальної функції власності, використання якої має служити, *inter alia*, добробуту населення;
 - визнання землі як основи національного добробуту, до якої гарантується вільний доступ на засадах рівності і справедливості, а також належного ведення публічного реєстру об'єктів нерухомості, здійснення комерційних операцій з ними та збереження землі як національного надбання;
 - визначити юридичні гарантії доступу до природних ресурсів та порядку ведення офіційного реєстру щодо них;
 - врегулювати порядок доступу до інформації щодо засновників та володільців акцій, статутного капіталу, розподілу доходів суб'єктів економічної діяльності; відповідальність реєстраторів за правильність і збереженість таких даних;
 - визнати свободу економічної діяльності, зокрема, свободу руху капіталів, товарів і послуг як основи економічного добробуту відповідно до зобов'язань України згідно з Угодою про асоціацію між Україною та ЄС;

- визначити критерії загальнонаціональних програм, співвідношення між конституційними, органічними та звичайними (поточними) законами, регуляторними актами уряду та публічної адміністрації, регіональними економічними програмами та актами органів місцевого самоврядування;
- порядок звітності суб'єктами економічної діяльності та проведення їх перевірок: (i) звітність має здійснюватися на засадах довірливості і презумпції невинуватості; (ii) перевірки мають проводитися згідно встановленого плану, а позапланові – на засадах пропорційності з міркувань забезпечення економічного добробуту, життя і здоров'я інших людей, збереження довкілля, (iii) перевірки мають проводитися відповідно до вимог належної правової процедури з метою недопущення посягання на сутність економічної свободи; (iv) визначення основних критеріїв правомірності діяльності службових осіб при проведенні перевірок на засадах верховенства права і справедливості (їх процесуальних повноважень і правової форми актів); (v) визначення кола процесуальних прав і обов'язків суб'єктів економічної діяльності під час проведення перевірки;
- порядок здійснення малого, середнього та великого підприємництва: основні критерії та гарантії рівності і справедливості у їх діяльності;
- основні засади статусу суб'єктів економічної діяльності – нерезидентів, а також юридичні гарантії комерційної діяльності іноземних інвесторів;
- врегулювати статус Рахункової палати, Національного банку, а також інших незалежних регуляторів в окремих положеннях Конституції України присвячених питанням публічної адміністрації;
- більш детально визначити конституційні засади фінансової, бюджетної і податкової системи;

- визнати принцип субсидіарності як засаду поділу влади по вертикалі та засаду інститутів громадянського суспільства, які передбачають їх вільну ініціативу, самоорганізацію та саморегулювання;
- конкретизувати фінансові, бюджетні, податкові, ресурсні інструментів економічної самодостатності місцевого самоврядування.

Дані про авторський колектив

САВЧИН Михайло Васильович – доктор юридичних наук, професор, директор НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права, Ужгородський національний університет

БИСАГА Юрій Михайлович – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри конституційного права та порівняльного правознавства, Ужгородський національний університет

ГАРАГОНИЧ Олександр Васильович – доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри господарського права та господарського процесу, Київський національний університет імені Тараса Шевченка

ГРЕЦА Ярослав Васильович – доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри господарського права, Ужгородський національний університет

КАРАБІН Тетяна Олександрівна – доктор юридичних наук, професор, завідувачка кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права, Ужгородський національний університет

ЛАЗУР Ярослав Володимирович – доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету, Ужгородський національний університет

МЕНДЖУЛ Марія Василівна – доктор юридичних наук, професор, заступник декана юридичного факультету, Ужгородський національний університет

НАДЬОН Вікторія Валентинівна – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права № 2, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

НЕКІТ Катерина Георгіївна – доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права, Національний університет «Одеська юридична академія»

СИМУТІНА Яна Володимирівна – доктор юридичних наук, старший дослідник, завідувач відділу авторського права і суміжних прав, Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності НАПрНУ

ШТЕФАН Анна Сергіївна – доктор юридичних наук, старший дослідник, завідувач відділу авторського права і суміжних прав, Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності Національної академії правових наук України

БЛАШ Олександр Володимирович – кандидат юридичних наук, доцент, заступник декана юридичного факультету, Ужгородський національний університет

ВАШКОВИЧ Вікторія Василівна – кандидат юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри господарського права, Ужгородський національний університет

ГУСЬ Аліна Володимирівна – кандидат юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри господарського права, Ужгородський національний університет

КІРІЯК Оксана Василівна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри приватного права, Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

МАНДЗЮК Василь Васильович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри господарського права, Ужгородський національний університет

ПОЛІВОДСЬКИЙ Олександр Анатолійович – кандидат юридичних наук, доцент, науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, адвокат, партнер Правничої фірми «Софія»

ПОПОВИЧ Тереза Петрівна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії та історії держави і права, Ужгородський національний університет

РЕМІНСЬКА Юлія Юріївна – PhD in Law, помічник-консультант народного депутата України, Верховна Рада України

РОЗГОН Ольга Володимирівна – кандидат юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник, НДІ правового забезпечення інноваційного розвитку, Національна академія правових наук України

РОШКАНЮК Вадим Михайлович – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри господарського права, Ужгородський національний університет

ГАДЕЛІЯ Віталій Романович – адвокат, керуючий адвокатського бюро «Віталій Гаделія та партнери», експерт ГО StateWatch

ДЯКУЛИЧ Олександр Олександрович – адвокат, партнер АО «Арцінгер»

ГРІН Олександр Олексійович – старший викладач кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права, Ужгородський національний університет

МЕЛЬНІК Дмитро Володимирович – юрист практики енергетики та природних ресурсів АО «Арцінгер»

ЧЕКЕР Ярослав Валерійович – радник АО «Арцінгер», адвокат, керівник практики енергетики та природних ресурсів АО «Арцінгер», магістр права Університету Кембриджу

НОТАТКИ

Наукове видання

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЕКОНОМІЧНОЇ СИСТЕМИ: ІНСТИТУЦІЇ, ПРАВИЛА, ПРОЦЕДУРИ

Монографія

За редакцією професора М. В. Савчина

Верстання	<i>Юрій Ковальчук</i>
Технічне редагування	<i>Тетяна Шутова</i>
Дизайн обкладинки	<i>Анастасія Юдашкіна</i>



Г Е Л Ь В Е Т И К А
В І Д А В Н И Ч И Й Д І М

WWW.HELVETICA.UA

Підписано до друку 24.12.2021 р. Формат 60x84/16.
Папір офсетний. Гарнітура Droid. Цифровий друк.
Ум. друк. арк. 48,24. Наклад 300. Замовлення № 1221м-313.
Віддруковано з готового оригінал-макета.

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»
65101, Україна, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1
Тел.: +38 (048) 709 38 69,
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.