

УЖГОРОДСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ  
ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ  
Науково-дослідний інститут порівняльного публічного права  
та міжнародного права

# ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА ЕКОНОМІЧНІ СВОБОДИ І ПРАВА

М о н о г р а ф і я

*За ред. проф. Михайла Савчина*

Ужгород • Видавництво «РІК-У» • 2020

**Правове регулювання та економічні свободи і права** : монографія / за ред. проф. Михайла Савчина. Ужгород : Видавництво «РІК-У», 2020. 224 с.

У монографії визначаються юридичні підстави для втручання держави у здійснення економічних свобод, розкриваються основні критерії правового регулювання економічних свобод згідно із засадами верховенства права, пропорційності, поділу влади, розмежування питань законодавства та регуляторної діяльності держави. Приділено окрему увагу регуляторній діяльності виконавчої влади, розкрито статус і роль у цьому процесі незалежних державних агентств та основних напрямів їх діяльності. Досліджено особливості здійснення економічних свобод у зв'язку із бізнесом, у сфері ІТ-права, муніципальному та сімейному праві та в деяких інших суспільних сферах.

#### Рецензенти:

**БОРИСЛАВСЬКА Олена Марківна**, доктор юридичних наук, доцент;

**СТЕЦЕНКО Семен Григорович**, доктор юридичних наук, професор.

*Ця монографія написана у рамках наукового проєкту «Правове регулювання економічної системи у контексті глобалізації: свобода, інституції, процедури, інновації, перспективи», яке виконується завдяки виділенім коштам Національного фонду досліджень України.*

*Рекомендовано до друку рішенням Вченої ради юридичного факультету Ужгородського національного університету.  
Протокол № 5 від 6 лютого 2020 р.*

## ЗМІСТ

Вступ.....	5
Розділ 1. Теоретико-методологічні засади дослідження втручання держави в економічні свободи .....	9
1.1. Основні підходи до розуміння втручання держави в економічні свободи.....	9
1.1.1. Економіка та право: стохастика та порядок .....	11
1.1.2. Основні моделі втручання держави в економіку .....	14
1.2. Основні моделі втручання держави в економічні свободи та принцип пропорційності .....	24
1.2.1. Принцип пропорційності як трискладовий тест.....	25
1.2.2. Проблема балансування та ієрархія цінностей.....	33
Розділ 2. Доктрина Regulatory State у конституційному та адміністративному праві .....	38
2.1. Концепт регуляторної держави у сучасному конституційному і адміністративному праві.....	40
2.2. Делегування законодавчих повноважень .....	49
2.3. Належна правова процедура та регуляторна держава: роль незалежних агенцій .....	51
2.4. Економічний аналіз права та регуляторна держава .....	62
2.5. Судовий контроль та регуляторна держава.....	66
Розділ 3. Окремі питання бізнесу і прав людини .....	76
3.1. Бізнес як носій зобов'язань у сфері прав людини .....	77

3.2. Обов'язок держави захищати права людини від порушень з боку бізнесу.....	85
3.3. Корпоративна відповідальність поважати права людини .....	92
3.4. Роль бізнесу у забезпеченні захисту прав людини в умовах конфлікту.....	99
Розділ 4. IT-право та економічні свободи .....	110
4.1. Економіко-правовий аналіз поняття IT-права та сфери його застосування.....	110
4.2. Свобода підприємництва та реалізація права на працю в IT-сфері: вітчизняні контраверсії .....	117
4.3. Юридичний супровід IT-бізнесу в умовах глобалізації економіки .....	125
4.4. Економічна складова екстериторіальної юридичної відповідальності у IT-сфері .....	135
Розділ 5. Окремі аспекти забезпечення економічних свобод і прав.....	142
5.1. Муніципальні економічні права і свободи.....	142
5.1.1. <i>Взаємозв'язок економіки та прав людини: муніципально-правовий вимір</i> .....	142
5.1.2. <i>Концептуальне обґрунтування муніципальних економічних прав людини</i> .....	156
5.1.3. <i>Загальна характеристика окремих видів муніципальних економічних прав</i> .....	165
5.2. Економічна свобода та сімейні відносини .....	176
5.3. Торгівля людьми, вчинена з метою експлуатації у формі примусової праці: кримінологічна характеристика та основні напрями запобігання .....	188
Список використаних джерел.....	213

*Присвячується світлій пам'яті  
професора Томаша Олексика*

## ВСТУП

Економічні свободи для перехідних конституційних демократій – доволі чутлива тема. З точки зору досягнень сучасної доктрини конституціоналізму, зокрема поваги до гідності людини та приватної автономії індивіда, існує потреба проаналізувати основні моделі втручання держави в економічну систему. Тут доволі складно говорити про існування кореляції між гарантіями політичних свобод та ефективним здійсненям економічних свобод. Такі моделі накладаються на особливості перехідних конституційних демократій для визначення прийнятного алгоритму економічних реформ.

У перехідних демократіях існують проблеми із визначенням політичним порядком денним, який не завжди узгоджується із ідеєю обмеження влади задля забезпечення економічних свобод. Наше колективне дослідження має на меті з'ясувати основні параметри реалізації економічних свобод з точки зору приватноправового, національно-державного та наднаціонального механізму формулювання, відтворення та перетворення правил. Оскільки ці питання пов'язані зі ступенем формування економічного порядку певного типу, то вони мають багатоаспектні конотації на різних рівнях соціальної інтеграції та взаємодії учасників економічних відносин, врегульованих правом.

У першому розділі монографічного дослідження проаналізовано основні моделі втручання держави у здійснення економічних свобод на засадах пропорційності. Компаративний аналіз моделей втручання держави у здійснення економічних свобод через призму принципу

пропорційності свідчить, що застосування конкретних заходів з боку держави цілком залежить від певної структури економіки, ступеня її диференціації, її відкритості та гарантування економічних свобод. Це охоплюється інституційною спроможністю держави за активної участі економічних акторів формулювати, відтворювати та примножувати правила та процедури, які можуть гарантувати стабільність та добросовісне виконання контрактів. З точки зору соціетального конституціоналізму держава діє у симбіозі із суспільством з метою впровадження передових економічних досягнень та збереження довкілля, реалізуючи у такий спосіб сталий розвиток. Аналіз принципу пропорційності як джерела обґрунтованості та достатньої правової підстави втручання в економічні свободи здійснюється через призму якості закону, його передбачуваності, визначеності та інтенсивності правового регулювання при додержанні поваги до людської гідності та прав людини. Окрема увага приділена проблематиці законодавчого упущення, яке потенційно атакує ефективність здійснення економічних свобод. Також висвітлено застосування розсуду публічною адміністрацією у світлі широкого та вузького розуміння принципу пропорційності (відповідно як трикуткового тесту та балансування між цінностями).

Другий розділ роботи присвячено концепції регуляторної державності (*Regulatory State*), в рамках якого проаналізовано більш детально природу регуляторної діяльності, зокрема у руслі делегування законодавчих повноважень від політичних інститутів до публічної адміністрації, свободу розсуду публічної адміністрації. У роботі досліджується вплив реалізації свободи розсуду органами публічної адміністрації на забезпечення економічних свобод з точки зору найоптимальнішого і розумного для їх здійснення. Визначаються правові засади запровадження незалежної публічної адміністрації, її значення для ухвалення рішень регуляторного характеру в аспекті конкретизації і деталізації положень законів. Зазначена доктрина розкривається через економічний аналіз права та верифікується через акти судового перегляду юридичних актів.

У третьому розділі монографії розкривається специфічна природа відносин між бізнесом і правами людини, яка висвітлюється через

призму здійснення певних обов'язків бізнесом у сфері прав людини. На основі доктрини позитивних зобов'язань розглядається обов'язок держави захищати права людини у сфері бізнесу, зокрема розкривається значення Керівних принципів щодо бізнесу і прав людини у цій сфері. Розглядаються міжнародні інструменти «м'якого» права, яке не створює юридично обов'язкових норм, однак вони отримують свою нормативну силу через визнання соціальних очікувань державами та іншими ключовими учасниками, зокрема бізнесом. Обґрунтовується ідея звернення держави до «м'якого» міжнародного права як засобу забезпечення прав людини. У зв'язку із тривалим міжнародним конфліктом на сході України розглядаються окремі аспекти забезпечення прав людини бізнесом в умовах конфлікту.

Четвертий розділ роботи присвячений бурхливій сфері сучасного правознавства – ІТ-праву, тобто «відносинам у цифровому (віртуальному) просторі, а з ними й формуванню високотехнологічної та високоприбуткової галузі економіки». У розділі розкривається економіко-правова природа ІТ-права, його зв'язок зі суміжними сферами людської діяльності та значення для розвитку національної і глобальної економіки. При цьому акцентується увага на прикладному характері ІТ-права, яке стосується різних правових аспектів стосовно договорів у сфері інформаційних технологій, інтелектуальної власності, конфіденційності та захисту інформації. Наводиться аргументація, що ІТ-право є результатом розвитку ринку електронних послуг і воно виникло поза сферою безпосереднього впливу держави, яка переважно врегульовує правовідносини, які вже склалися на час законодавчого регулювання. Для цієї галузі притаманні широкі горизонтальні зв'язки, запозичення та конвергенції із зарубіжними правопорядками та міжнародною договірною практикою. Дуже важливим аспектом є дослідження співвідношення свободи підприємництва та права на працю у сфері ІТ-права. Має становити інтерес дослідження юридичного супроводу ІТ-бізнесу в умовах глобалізації економіки. Зважаючи на глобальну природу ІТ-права, розглянуто окремі аспекти юридичної відповідальності у зазначеній сфері.

Останній, п'ятий розділ колективного монографічного дослідження стосується різних аспектів здійснення економічних прав і свобод.

Перша частина розділу присвячена особливостям економічних свобод у муніципальному праві та забезпеченню їх чинності в діяльності органів місцевого самоврядування. У другій частині розкрито особливості прояву економічних свобод та їх обмежень в сімейному праві на основі судової практики та аналізу доктринальних джерел. Завершує розділ скрупульозний аналіз кримінологічної характеристики торгівлі людьми та засобів запобігання цьому злочину. Даний злочин посягає на свободу руху робочої сили, свободи вибору професії чи роду заняття, що завдає істотну шкоду діловій активності на ринку праці та економічній системі. Тому цієї проблематики ми також не могли обійти.

Пропонована праця представників різних юридичних закладів вищої освіти та наукових установ України пропонує подивитися на проблематику забезпечення економічних свобод з урахуванням критеріїв якості закону, легітимності втручання у приватну автономію та інституційної спроможності публічної влади. На ці процеси мають вплив явища глобалізації, стан довкілля та обмеженість природних ресурсів, природа поведінки людини, зокрема як *homo economicus*. Сподіваємось, що наша праця поглибить предмет дискусії щодо природи економічних свобод та засад їх правового регулювання, визначення стандартів діяльності органів публічної влади; для науковців та фахівців у сфері юриспруденції, національної економіки, публічного врядування.

Висловлюємо подяку за надання своєї згоди та висловлені слушні зауваження та пропозиції рецензентам роботи Олені Бориславській та Семену Стеценку.

З повагою,  
доктор юридичних наук, професор  
**Михайло Савчин**

## Розділ 1. **ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ВТРУЧАННЯ ДЕРЖАВИ В ЕКОНОМІЧНІ СВОБОДИ<sup>1</sup>**

### **1.1. Основні підходи до розуміння втручання держави в економічні свободи**

При визначенні допустимих меж втручання в економічні процеси виникають питання, не лише традиційні для юриспруденції, які стосуються його легітимності, допустимих меж обмеження прав людини чи питань, що стосуються економічного порядку. На порядок денний виходить і інституційна спроможність держави визначати найбільш оптимальну модель регулювання економічних відносин з точки зору підтримки та зростання ділової активності та забезпечення сталого розвитку національної економіки. Категорії «втручання», «засоби», «приватна автономія», «обов'язок захисту держави» ще лише входять в обіг вітчизняної правової доктрини. Зокрема, вони поступово застосовуються у рішеннях Конституційного Суду України<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> За основу розділу взято статтю М. Савчина, оприлюднену у п'ятому числі журналу «Право України» за 2017 р., яка доповнена новими положеннями та додатково відредагована. Автор висловлює вдячність Сергію Перемоту за надану низку джерел, які посприяли більш глибокому дослідженню матеріалу.

<sup>2</sup> Рішення Конституційного Суду України доступні на його офіційному веб-сайті за адресою: <http://ccu.gov.ua/> Вказано номер рішення, його тип («рп» або «р» після дефісу – це рішення, «в» – висновок, а за слешом – рік ухвалення). Рішення КСУ №№ 3-рп/2015, 3-рп/2016, 2-рп/2017, 3-рп/2018.

Водночас вони є ключовими для розуміння легітимності меж втручання держави в економічні процеси та розуміння сутності негативних та позитивних обов'язків держави у забезпеченні економічних свобод. Тому у цій праці буде зроблено короткий огляд (1) формування правил на основі стандартів, які (2) визначають проблему вибору моделі втручання держави в економіку, які (3) насправді є відносними і насамперед залежать від балансування між принципами і цінностями, що впирається врешті-решт в інституційну спроможність економіки та держави.

Основним методологічним інструментарієм при розгляді цієї проблематики є: а) міждисциплінарний підхід, зумовлений самою постановкою проблеми і необхідністю розуміння природи економічних процесів; б) правовий плюралізм, який передбачає оперування різними моделями втручання держави в економіку та обґрунтування легітимності втручання; в) балансування, оскільки питання економіки тісно пов'язані із дилемою доступу до ресурсів та цінностями у праві, адже цінність може і не мати своєї ціни як такої, оскільки є вартісною за природою. Все це охоплюється синтетизмом, оскільки доктрина, правозастосування та верифікація достовірності постулатів та юридичних конструкцій у ході правозастосування аналізуються як єдина правова матерія, в основі якої лежать цінності права.

Тому існує необхідність встановлення основних чинників формування правил на основі стандартів, які визначають проблему вибору моделі втручання держави в економіку. Зроблено висновок, що ліберальна, ліберально-демократична, соціетальна та перехідні моделі економіки є відносними і насамперед залежать від балансування між принципами і цінностями, що визначається в інституційну спроможність економіки та держави. Тут буде застосовано синтетичний підхід здійснення досліджень у правничій науці, який поєднує міждисциплінарність, правовий плюралізм та цінності у праві.

З точки зору досягнень сучасної доктрини конституціоналізму, зокрема поваги до гідності людини та приватної автономії індивіда, проаналізовані основні моделі втручання держави в економічну систему. Такі моделі накладаються на особливості перехідних консти-

туційних демократій для визначення прийняттого алгоритму економічних реформ. На основі аналізу природи принципу пропорційності розкрито конституційні аспекти втручання держави у фундаментальні економічні свободи – свободу договору, гарантії права приватної власності, свободи вибору професії і роду занять, свободи руху капіталів, товарів, послуг та свободи поселення і вибору місця проживання.

Компаративний аналіз моделей втручання держави у здійснення економічних свобод через призму принципу пропорційності свідчить, що застосування конкретних заходів з боку держави цілком залежить від певної структури економіки, ступеня її диференціації, її відкритості та гарантування економічних свобод. Це охоплюється інституційною спроможністю держави за активної участі економічних акторів формулювати, відтворювати та примножувати правила та процедури, які можуть гарантувати стабільність та добросовісне виконання контрактів. З точки зору соціетального конституціоналізму держава діє у симбіозі із суспільством з метою впровадження передових економічних досягнень та збереження довкілля, реалізуючи у такий спосіб сталий розвиток.

### **1.1.1. Економіка та право: стохастика та порядок**

Це найбільш складне питання поряд із проблемою балансування між цінностями, оскільки йдеться про юридичну аргументацію, яка би спиралася на емпіричні факти та природу економічних процесів. Тому слід насамперед визначитися із природою економічних процесів та ступенем їхньої упорядкованості. Економічні процеси з юридичного та соціального аспектів стосуються свободи. Тобто закономірності і випадковості зумовлюють стохастичу економічних процесів, оскільки вони ґрунтуються на свободі.

Наприклад, Йозеф Шумпетер розглядав економіку як цілісну систему, параметри якої є взаємоузгодженими, розвиваються на основі свободи та поєднують у собі економічний розвиток в рамках економіч-

них циклів<sup>3</sup>. На циклічній природі економічних процесів наголошують Фернан Бродель та Микола Кондратьєв<sup>4</sup>.

Упорядкування економічних процесів стосується втручання у сферу здійснення свободи, що може обґрунтуватися доступом чи збереженням певних благ, зокрема забезпеченням сталого розвитку суспільства. У цьому відношенні наявний конфлікт, оскільки правове регулювання економіки пов'язане із юридичною невизначеністю на майбутнє. У середньо- та довгостроковій перспективі доволі складно передбачити як умови його застосування, так і структуру економіки та її тип, що може стати рушійним чинником зміни правил та процедур. Така непередбачуваність може послужити лише джерелом свавілля, оскільки носії владних повноважень можуть довільно застосовувати правила, які є анахронізмом і не відповідають природі речей. Тому ідея всеосяжного регулювання економічних процесів не відповідає вимогам правової визначеності, передбачуваності правил та заборони свавілля.

Фрідріх фон Гаек як основу суспільного порядку розглядає співвідношення між стихійним порядком (*kosmos*) та правилами організації (*taxis*)<sup>5</sup>. *Kosmos* побудований на засадах свободи і виникає спонтанно в ході взаємодії людей та організацій. При такій соціальній системі виникає проблема управління:

*«Структура сучасного суспільства досягла нинішньої складності, яка набагато перевищує все, що могло бути досягнуто в рамках обдуманної організації, що управляється, саме тому, що не залежала від організації, а розвивалася як стихійний порядок»<sup>6</sup>.*

Д. Боаз також підтверджує тезу про спонтанний характер соціального устрою без належного обґрунтування виникнення засад грома-

<sup>3</sup> Йозеф А. Шумпетер, Теорія економічного розвитку. Дослідження прибутків, капіталу, кредиту, відсотка та економічного циклу (Видавничий дім «Києво-Могилянська академія» 2011). 21 і наст., 203 і наст.

<sup>4</sup> Фернан Бродель, Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм. XV-XVIII ст. Том 3: Час світу. (Основи 1997); Н. Д. Кондратьєв, Большие циклы конъюнктуры и теория предвидения: Избранные труды (Экономика 2002).

<sup>5</sup> Ф. А. фон Хайек, Право, законодательство, свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики (ИРИСЭН 2006). 53–72.

<sup>6</sup> Там само. С. 68.

дянського суспільства, яке не є організацією та не має власної мети<sup>7</sup>. Натомість фон Гаек зазначає, що у соціальній системі на перше місце висуваються правила, а не цінності чи структурна побудова (організація). Справедливість розуміється ним з процедурної точки зору як розподіл ролей щодо трактування абстрактних правил, соціальна справедливість не може бути встановлена із визначеною достовірністю<sup>8</sup>.

Якщо ж розглядати процес формування правил, який передбачає цілеспрямовану та цілепокладальну діяльність учасників економічних відносин, то такі правила, з урахуванням цілісного і циклічного характеру, набувають рамкового характеру. Тому, виходячи із таких параметрів, економічна система цілком у дусі висновків Нікласа Лумана є автопоетичним конгломератом<sup>9</sup>. Тут також важливими є відкритість і самодостатність економічної системи, що служить запобіганню випадкам ентропії у формулюванні правил<sup>10</sup>, 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.

Свобода людини визначає міру втручання держави у її приватне життя. Співвідношення між свободою та мірою втручання у приватну автономію виражає принцип пропорційності<sup>11</sup>. За цим принципом держава не повинна накладати на особу надмірних обмежень, які б посягали на сутнісний зміст основного права і перевищували межі необхідності, що впливають з публічного інтересу. Відповідно у європейській практиці вироблено критерії втручання держави через інтерпретацію конструкцій «передбачено законом», «необхідний у демократичному суспільстві» тощо.

<sup>7</sup> Боаз Д. Ключові поняття лібертаризму (упор. О. Проценко, В. Лісовий) *Лібералізм: Антологія*. 2-ге вид., перероб. (Видавничий дім «Простір» – «Смолоскип» 2009) 35.

<sup>8</sup> Ф. А. фон Хайек, Вказ. пр. 244-246, 264.

<sup>9</sup> Луман, Ніклас. Общество как социальная система (Логос 2004) 29.

<sup>10</sup> Там само. 67.

<sup>11</sup> С. П. Погребняк, Основоволожні принципи права (змістова характеристика) (Право 2008) 192-204; Б. Шлоер, Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві (2003) *Український правничий часопис* 3 (8); Станіслав Шевчук, Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) (2000) 1 (20) *Вісник Академії правових наук України*.

Для належного аналізу моделей втручання держави в економіку слід також мати на увазі систему колективних дій, що склалися у суспільстві, бо врешті-решт і сама конституція є продуктом спільної діяльності людей, спрямованої на забезпечення суспільних благ – гідності людини, свободи, рівності, верховенства права та демократії, що лежить в основі сучасної демократичної конституційної державності<sup>12</sup>. Справа полягає у ефективних та дієвих суспільних інституціях, процедурах і правилах.

### 1.1.2. Основні моделі втручання держави в економіку

Якщо проаналізувати ліберальну, ліберально-демократичну, соціетальну моделі втручання держави в економіку, то вони лише демонструють певний набір вимог до правил і процедур втручання держави в економічні процеси. Складнішого характеру ці процеси набувають у ході трансформації економічної системи із закритої – адміністративно-командного типу до відкритих моделей, які засновані на певному концепті ринкової економіки.

а) *Ліберальний підхід* тягнє 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 назавжди заданої ідеї<sup>13</sup>. Водночас, Томаш Седлачек наголошує на тому, що лібералізм не

<sup>12</sup> *Більш детально:* Михайло Савчин, Сучасні тенденції конституціоналізму в контексті глобалізації та правового плюралізму (Вид-во РІК-У 2018).

<sup>13</sup> Дж. Итуэлл, М. Милгейт, П. Ньюмен (ред.), Экономическая теория. (ИНФРА-М 2004) 475-480.

надає очевидної відповіді щодо етосу економічної діяльності та ідеї саморегулювання ринку, які насправді є взаємодоповнюваними<sup>14</sup>.

По суті неолібералізм фон Гаєка 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 порядку<sup>15</sup>. 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, свободі руху капіталу, товарів, послуг і робочої сили тощо. Прикладом такого підходу є відоме рішення Верховного суду США у справі «Лохнер проти Нью-Йорка»<sup>16</sup>. Суд визнав неконституційним статут штату, який встановлював обмеження у 10-годинний робочий 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.

Ліберальний підхід визнає 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 їхніх інтересів. Зважування інтересів учасників економічної діяльності раціоналізує їх в сторону забезпечення балансу інтересів. Такий баланс завжди є нестійким, оскільки питома вага певних інституцій, учасників, об'єктів економічної діяльності змінюється в силу зміни потреб та інтересів у самій економічній системі. Флуктуації, які відбуваються у рамках економічної системи, об'єктивно приводять до пошуку нового шляху узгодження інтересів, що передбачає певні процедури прийняття рішень. Зокрема, природу обміну в ринковій

<sup>14</sup> Томаш Седлачек, Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи (Вид-во Старого Лева 2017).

<sup>15</sup> Ф.А. фон Хайек, Вказ. пр. 132, 137.

<sup>16</sup> Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).



економіці пояснює і концепція трансакційних витрат Р. Коуза, згідно з якою саме споживач компенсує всі видатки для виробництва певної продукції. Згідно з її постулатами до трансакційних витрат також належить і здійснення певних ділових операцій та пов'язаних із ними адміністративних послуг<sup>17</sup>. У цій системі координат корупція виконуватиме функцію оптимізації трансакційних витрат, оскільки без неї інколи складно здійснити ділові операції або їх здійснення позбавляється сенсу взагалі. Таким чином, теорія Р. Коуза дає відповідь на питання, до якого ступеня є допустимим втручання держави в економічні процеси і чи не призведе таке втручання до втрати сутнісного змісту економічних свобод.

б) *Ліберально-демократичний підхід* втілений у конституційній економічній теорії Дж. 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 А. Сміта<sup>18</sup>. 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 зростання<sup>19</sup>. Економічні процеси самі по собі є непередбачуваними, і певні чинники, які можуть спричинити економічні кризи, складно своєчасно і достеменно передбачити<sup>20</sup>. Дж. Б'юкенен наголошує на тому, що цінності визначаються суб'єктивно індивідами, а тому ринкові ціни не можна використовувати як єдиний критерій ефективності. Якщо трансакції здійснюються за допомогою вільних і відкритих обмінних процесів, то результати, що впливають, є ефективними; класифікатор витрат на трансакцію не має релевантного значення. Науковець акцентує увагу насамперед на справедливості правил<sup>21</sup>. Якість правил згідно із засадами верховенства права є ключовим чинником

<sup>17</sup> Coase R. H. (1960) The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* 3, 1–44.

<sup>18</sup> Дж. Итуэлл, М. Милгейт, П. Ньюмен (ред.). Вказана праця 168.

<sup>19</sup> Там само. 431 і наст.

<sup>20</sup> Нассим Николас Талеб, Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости (Колибри 2010) 225 і наст.

<sup>21</sup> Buchanan, J.M. and Stubblebine W. C. (1962). Externality. *Economica* 29, 371–384.

для реалізації власних інтересів, які переслідуються учасниками ринку. Як вважає Б. Гсюн, правила створюють середовище, яке дозволяє вирішувати суперечки або запобігати їм<sup>22</sup>.

Акцентуючи увагу на альтернативах політичного вибору (власне кажучи, конституційних моделях 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 в 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 саморегулювання не можуть забезпечити належний рівень добробуту і зайнятості, тому є виправданим втручання держави з метою справедливого розподілу ресурсів<sup>23</sup>.

При визначенні обґрунтованості правового регулювання американський науковець Річард Іпстейн 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 відповідальності<sup>24</sup>. При цьому, як сформулював у своїй юриспруденції КСУ<sup>25</sup>, 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

<sup>22</sup> Hsiung, Bangyung (2003) Reconciling Coase and Buchanan on the Coase Theorem. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 159 392–413, 397.

<sup>23</sup> Дж. Итуэлл, М. Милгейт, П. Ньюмен (ред.). Вказана праця 454-455.

<sup>24</sup> Richard A. Epstein, *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain* (Harvard University Press 1985) 93, 95.

<sup>25</sup> Рішення КСУ № 29-рп/2009 та № 3-рп/2015.

ся 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 анти-монопольне 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.

в) *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 ринку<sup>26</sup>. 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 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»<sup>27</sup>. Іншим сучасним трендом є формування *lex mercatoria* та *lex digitalis*, які закладають бездержавні та інформаційно-електронні засади мережевого 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 інтерсубнаціонального рівня.

<sup>26</sup> Guenther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (Oxford University Press 2012).

<sup>27</sup> Guenther Teubner, 'Global Bukovina': *Legal Pluralism in the World Society* (Ed. by Guenther Teubner) *Global Law without a State* (Aldershot : Dartmout Gower 1997).

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 незалежні інститути, засновані на добровільному об'єднанні працівників освіти, які заінтересовані у забезпеченні високих стандартів освітніх послуг. Саме з цих причин існує необхідність конституювати як дорадчо-консультативні органи 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 та елітарними групами.

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'язані із цим проблеми доступу до самого процесу формування правил і процедур. Тому головним тут є надання їм публічного і конкурентного 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 ви-

знання правил розкривають більш широке коле визнання правил, що є критичним для розуміння природи зважування інструментів свободи договору та державного правового регулювання.

г) *Перехідні моделі*. У посткейнсіанському напрямі розвитку економічної науки роблять акцент на динамічному характері економіки, якій притаманні неясність у зв'язку із недостатністю інформації та фундаментальна непередбачуваність, за якої недостатня інформація не може бути виявленою, оскільки є ще нествореною<sup>28</sup>. Тим більше, що перехідним економікам, за висловом Дж. Гелмана, притаманні «традиційні короточасні втрати економічного переходу – страйкуючі робітники, обурені колишні державні бюрократи, збіднілі пенсіонери та армії безробітних»<sup>29</sup>. 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»<sup>30</sup>. Адже згідно із вимогами юридич-

<sup>28</sup> И. В. Розмаинский, (2010) К формированию посткейнсианской теории государства 1 (8) *Terra economica. Экономический вестник Ростовского государственного университета* 14.

<sup>29</sup> Hellman, J. Constitutions and Economic Reform in Postcommunist Transitions. (1996) *East European Constitutional Review* 5, 46-56.

<sup>30</sup> 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>

ної 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 здійснення державою позитивних обов'язків щодо реєстру права власності на майно, облік операцій із ним, оцінки майна, сертифікації відповідних установ, які надають відповідні послуги на ринку майна, тощо. Багато в чому ефективно здійснення державою названих позитивних обов'язків визначає її рівень інституційної спроможності. Однак для цього держава має бути підзвітною і підконтрольною. Тут виникає паралельно інша проблема, оскільки сучасні конституційні демократії ґрунтуються на електоральній основі і виборцям вельми складно виявити чесних і непідкупних кандидатів з-поміж тих, які йдуть на вибори із популістськими гаслами і насправді є провідниками інтересів великого капіталу<sup>31</sup>.

Сьогодні також слід враховувати, що правила формулюються у позадержавному просторі, оскільки зростає роль приватноправових та наднаціональних і міжнародних механізмів доступу і розподілу благ. Зокрема, роль міжнародних організацій у рамках ГАТТ/СОТ чи Європейського Союзу<sup>32</sup>. Як би там не було, завжди тут буде відігравати вирішальну роль судовий конституційний контроль, особливо стосовно формулювання правил міжнародними чи наднаціональними інституціями. Якщо говорити про приватноправовий механізм формулювання правил, то відповідно до доктрини горизонтального ефекту основних прав адміністративна чи конституційна юстиція має дбати про забезпе-

<sup>31</sup> Desai, Raj M. and Olofsgard, Anders, Constitutionalism and Credibility in Reforming Economies. *Economics of Transition*, Vol. 14, No. 3, pp. 479-504, July 2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=912800>

<sup>32</sup> Marco Dani. 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*. P. 7-8. URL: <http://ssrn.com/abstract=1346995>

чення рівності, еквівалентності та добросовісності відносин між рівними партнерами в економічній сфері.

На думку Марко Дані, це пов'язано із двома чинниками: 1) наявністю монополії держав на конституцію та конституціоналізм, що ґрунтується на понад двохсотрічному досвіді його еволюції; 2) відносини між сферами національного, з одного боку, та наднаціонального і міжнародного, з іншого, будуються на основоположних правових принципах, які визначають критерії правомірності рішень судових органів та політичних акторів на засадах їх сумісності (комплементарності)<sup>33</sup>. Формування правил у вільному демократичному суспільстві засновано на додержанні фундаментальних принципів права, які знаходять ствердження у прихильників як конституційного патріотизму, так і глобалізації. Однак у перехідних суспільствах ситуація є складнішою, що пов'язано із доволі низьким рівнем консенсусу щодо таких загальних цінностей та засобів їх забезпечення, які пов'язані насамперед із незалежним правосуддям. Насправді, у перехідних суспільствах Східної Європи (особливо у пострадянських державах) можна виділити дві ключові проблеми.

По-перше, після тоталітарних режимів економіка є надмірно зарегульованою, що автоматично підвищує трансакційні видатки. І як їх заміщення працює корупція як соціальний інститут, який забезпечує у певній мірі оптимізацію здійснення адміністративних процедур. Однак за своєю природою корупція все ж таки задовільно проблему надмірних трансакційних видатків так і не вирішує, а навпаки – консервує надмірно формалізовану систему адміністративних процедур та ухвалення рішень.

Іншою проблемою є відсутність інформації про осіб, які претендують на виборні посади, оскільки політична система є слабко розвинута і партії мають аморфну структуру. Натомість у владу потрапляють або особи, які мають фінансові ресурси, або популістські кола, які не володіють належним соціальним капіталом для ухвалення компетентних рішень задля загального блага. За таких умов складно говорити про під-

<sup>33</sup> Marco Dani. Economic Constitutionalism(s) in a Time of Uneasiness ... 10.

звітність і підконтрольність влади; скоріше тут починає діяти залізний закон олігархії, згідно з яким новообрані політичні лідери намагаються зберегти себе при владі та забезпечити тривалий доступ до ресурсів. Яскравим прикладом цього є дії партії ФІДЕС в Угорщині, яка, отримавши контроль над понад двома третинами більшості парламенту, ухвалила нову Конституцію Угорщини, в якій закріпили правило, що партія, яка отримала голосів більше від інших партій, навіть якщо це складає лише відносну більшість голосів виборців, отримує половину мандатів в угорському парламенті. Такі ж спроби були в Україні влітку 2008 р. за таємною змовою між Партією регіонів та Блоку Юлії Тимошенко, але оприлюднення цієї інформації в авторитетному виданні «Дзеркало тижня» звело ці плани нанівець. Звісно, що такі юридичні конструкції атакують конституційну демократію і можуть мати негативні наслідки і для економічних свобод.

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 конкурентоспроможного доступу до ринків, формування стабільних та ефективно діючих законів, благодатний вплив на економічну ідеологію<sup>34</sup>. Це класичні правила ліберальної економіки. З точки зору соціетального конституціоналізму, тут також слід говорити про відповідальне ведення у світлі поваги до гідності і прав людини. Економічний розвиток і поступ також сьогодні зумовлений відповідальним ставленням до використання природних ресурсів і відповідальністю людства перед прийдешніми поколіннями щодо ефективного їх використання та дбайливого ставлення до довкілля, вжиття заходів щодо збереження чистого довкілля, підтримки інновацій в економіці, зокрема екологічно чистих технологій, запровадження відновної енергетики тощо.

<sup>34</sup> И. В. Розмаинский. Вказана праця. 16.

## 1.2. Основні моделі втручання держави в економічні свободи та принцип пропорційності

Проаналізовані вище моделі економіки, які бодай частково засновані на фундаментальних конституційних цінностях – гідності людини, свободі, рівності, верховенстві права, демократії, є ідеалістичними і служать певним орієнтиром для визначення ступеня втручання держави в економічні процеси. Насправді конституція як результат певної соціальної взаємодії має набагато складніший характер. Тому необхідно хоча би коротко оглянути основні компоненти принципу пропорційності, який визначає легітимність втручання держави в економічні процеси з метою забезпечення економічних благ та добробуту індивідів. Хоча не слід абсолютизувати засаду пропорційності, оскільки, наприклад, тривалий час англійські суди при перевірці актів публічної адміністрації послуговувалися критеріями обґрунтованості та раціональності, сформульованими у справі *Wednesbury*<sup>35</sup>, однак від цього поступово відмовилися у зв'язку із прийняттям Акта про права людини 1998 р., що втілює у рішенні у справі *Yussef*<sup>36</sup>. На методологічному характері принципу пропорційності наголошує Майкл Таґарт<sup>37</sup>. Водночас принцип пропорційності розглядають і як своєрідну атаку на права людини<sup>38</sup>, оскільки саме на його основі виводяться обмеження основоположних прав<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ 1, [1948] 1 K.B. 223

<sup>36</sup> *R (Youssef) v. Foreign Secretary* [2016] UKSC 3, [2016] 2 WLR 509 [57]. Справа мала доволі принциповий характер, оскільки Юссефа мали екстрадувати до Єгипту як члена терористичної організації Аль-Каєди, однак до нього було застосовано трискладовий тест пропорційності і застосування такого заходу у рамках пропорційності було визнано несумірним втручанням у зв'язку із загрозою застосування тортур, що практикувалося у Єгипті на момент судового розгляду, всупереч положенням статті 3 Європейської конвенції.

<sup>37</sup> Michael Taggart. (2008) Proportionality, Deference, *Wednesbury*. *New Zealand Law Review* 1-4, 448-450.

<sup>38</sup> Tsakyrakis, Stavros. (2009) Proportionality: An assault on human rights? *I-CON*, 7(3) 468-493.

<sup>39</sup> Савчин М. (2008) Основні конституційні критерії обмеження прав людини і основоположних свобод. *Вибори і демократія* 2, 21-28.

### 1.2.1. Принцип пропорційності як трискладовий тест

Якщо говорити про українську специфіку, то імплементація принципу пропорційності пройшла доволі цікавий шлях. Як відомо, цей принцип імплементовано в українську правову систему із німецького адміністративного права транзитом через практику Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). Попри відсутність його конституційного закріплення Конституційний Суд України (КСУ) використовував принцип пропорційності як джерело аргументації, наприклад у рішеннях № 14-рп/2004 – у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу, № 15-рп/2004 – у справі про призначення судом більш м'якого покарання, № 2-рп/2005 – у справі про податкову заставу. До цього принцип пропорційності фрагментарно мав значення при призначенні покарань у кримінальному праві, виходячи із особи правопорушника, обставин, що пом'якшують та обтяжують кримінальну відповідальність. Принцип пропорційності знайшов своє закріплення у Кодексі адміністративного судочинства. Як видно з цього аналізу, жоден правовий акт не наводить визначення фундаментальних принципів права – це є завданням доктрини (*opinion juris doctorum*) та конституційної юриспруденції.

1) **Поняття втручання у приватну автономію.** З точки зору систематики юридичних засобів втручання у сферу економічних свобод, то таке здійснюється державою шляхом правового регулювання, конкретизації та інтерпретації закону. З цього приводу Шмідт-Ассманн зауважує:

«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»<sup>40</sup>.

Далі він наводить положення рішення Федерального конституційного суду Німеччини, згідно з яким:

«Оскільки основоположні права не захищають лише від заходів, регульованих органами публічної влади, і не вимагають загалом, щоб

<sup>40</sup> Ебергард Шмідт-Ассманн, Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні завдання та засади систематики адміністративного права. (2-ге вид. К.І.С. 2009) 81.

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»<sup>41</sup>.

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 так:

«чим суттєвіше втручання в права людини, тим більше суд вимагатиме обґрунтування, перш ніж він переконається, що рішення є розумним».<sup>42</sup>

У цьому відношенні також справедливим є міркування, що загальні слова законів не можуть скасовувати основоположні права<sup>43</sup>, що поєднується із розумінням поваги до прав людини. З іншого боку, має значення приватної автономії як критерію визначення меж втручання держави у здійснення певних прав. Поняття приватної автономії є широким, починаючи від розуміння приватності до здійснення актів самовизначення, зокрема, щодо вибору видів економічної діяльності. Наскільки широке розуміння поняття приватності, показує приклад справи Fitzpatrick<sup>44</sup>, в якій Палата лордів для подолання консервативної інтерпретації законодавства про оренду житла у світлі положень статей 8 і 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод постановила, що словосполучення «як його чи її дружина чи чоловік» слід тлумачити у розумінні «як би ти дружина чи чоловік». Це було зроблено відповідно до розділу 3 (1) Акта про права людини 1998 р., в якому зазначено, що «наскільки це можливо, первинне законодавство та підзаконні нормативно-правові акти повинні читатись та наби-

<sup>41</sup> BVerGE, 71, 183 (191).

<sup>42</sup> R. v. Secretary of State for Defence, *ex parte Smith and Grady* [1996] QB 517, 547.

<sup>43</sup> Lord Steyn (2002) Democracy Through Law. EHRLR 723, 729.

<sup>44</sup> Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd [1999] UKHL 42; [2001] 1 AC 27.

рати чинності таким чином, щоб бути сумісними із конвенційними правами».

2) **Юридичні межі втручання у приватну автономію через призму свободи.** У юридичному сенсі про свободу людини необхідно говорити у негативному розумінні – свобода означає не що інше, як неприпустимість свавільного втручання публічної влади в особистий вибір людини щодо різноманітних аспектів недоторканності вільного вибору поведінки особи. Ці питання зачіпаються у різних концепціях раціонального вибору, чи людини економічної (*homo economicus*), але попри цю дискусію головним у цьому процесі є розуміння конституції як результату спільної діяльності та ступеня здійснення економічних свобод та доступу до економічних благ. Інтенсивність втручання будь-якого органу публічної влади у здійснення основоположного права «вимагає істотного об'єктивного обґрунтування»<sup>45</sup>.

3) **Конституційна юриспруденція про легітимність втручання та стаття 22 Конституції України.** Для визначення легітимності втручання держави у приватну автономію Конституційний Суд донедавна доволі часто застосовував формулу частини третьої статті 22 Конституції України<sup>46</sup>. Якісні і кількісні параметри визначення вартості змісту та обсягу прав і свобод людини є поширеними у вітчизняній конституційній доктрині (рішення КСУ № 8-рп/2005). Зокрема, такий підхід, по суті, ґрунтувався на підході, раніше сформульованому проф. Петром Рабіновичем<sup>47</sup>. Однак сьогодні КСУ відмовився від цього підходу, поєднуючи концепт «відкритого» характеру прав людини із принципом пропорційності, ставши на сторону доктрини сутнісного змісту права (*the very essence of the right*)<sup>48</sup>:

<sup>45</sup> R (on the application of Mahmood) v. Secretary of State for the Home Department [2001] 1 WLR 840 (EWCA), para 18.

<sup>46</sup> Конституція України (в ред. від 02.06.2016 р.).

<sup>47</sup> П. М. Рабінович, Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень) (Право 1997) 7.

<sup>48</sup> Рішення КСУ № 5-п/2018. Зміст самої концепції «*the very essence of the right*» розкрито у праці: Sadurski Wojciech (ed.), *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States in Central and Eastern Europe* (Springer Publishing 2005) 277-279.

«...при ухваленні нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих конституційних прав і свобод людини, якщо таке звуження призводить до порушення їх сутності».

4) **Виправдання втручання та трискладовий тест.** Зміст принципу пропорційності<sup>49</sup> визначають критерії судової перевірки владних дій при здійсненні функцій законодавства, управління та правосуддя. Трискладовий тест складають такі підстави застосування державою певних заходів:

i) *на основі закону.* Запроваджені заходи мають ґрунтуватися на законній задля оптимального досягнення легітимної мети. Слід при цьому відрізнити законні (*legal*) і незаконні (*illegal*) та неправомірні (*unlawful*) заходи<sup>50</sup>, оскільки останні можуть відповідати формальним вимогам законності, однак істотно порушувати основоположні права, що має наслідком їх суперечність законів. Прикладом формально законного, але неправомірного та несправедливого по суті є обвинувальний вирок суду у справі Зайцевої, коли обох 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 не буде досягнута мета, на основі чого закон має уповноважувати публічну адміністрацію забезпечувати громадський порядок, захист прав людини та економічний добробут;

ii) *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 відбувається збір та узагальнення індивідуалізованих завдань»<sup>51</sup>. Між втручанням державного органу та метою, задля якої воно відбувається, має існувати чіткий

<sup>49</sup> Райнгольд Циппеліус, Філософія права (Тандем 2001) 72-78.

<sup>50</sup> Jowell, Jeffrey, and Anthony Lester. (1988) Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law. *Commonwealth Law Bulletin* 14(2) 859.

<sup>51</sup> Ебергард Шмідт-Ассманн. Вказана праця. 92.

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 індивідуалізовані<sup>52</sup>;

iii) *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.

5) **Інтенсивність правового регулювання економічних свобод полягає у таких основних моментах:**

i) *якість закону.* Закон повинен регулювати усі істотні елементи сфери суспільного життя, яку він зачіпає. ЄСПЛ у своїх рішеннях також висуває вимогу якості закону, інтенсивність регулювання в якому має відповідати критеріям визначеності та передбачуваності<sup>53</sup>. Повнота законодавчого регулювання досягається шляхом чіткого визначення сфери його дії, статусу його відповідних носіїв та адресатів, порядку здійснення ними своїх прав-домагань та повноважень, відповідальності у разі недодержання правил, визначених у законі. Тому саме на конституційному рівні вичерпно визначені підстави для обмеження економічних свобод.

Якість закону встановлює стандарти несуперечності законодавства та його послідовності. Законодавство має розвиватися послідовно, еволюційним шляхом з урахуванням змін, що настають в суспільстві та в економіці. Ці вимоги поширюються на адміністративну і судову практику. Як склалося у практиці англійських судів, справед-

<sup>52</sup> Євтошук Ю.О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права. Університет економіки і права «Крок». Дис. ... к.ю.н. : 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень (Київ 2015) 101.

<sup>53</sup> *Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), Judgment 26 April 1979, Series A, No 30; *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, App. No 18139/91, Judgment 23 June 1995.

лівість вимагає від посадових осіб дотримуватися правил у подібних випадках та не порушувати власні договори чи повноваження представництва<sup>54</sup>;

ii) *неконституційність законодавчого недогляду*. Правове регулювання у законі має бути достатнім і не викликати неоднозначностей в ході його застосування. Неконституційність законодавчого недогляду ґрунтується на вимозі поваги до прав людини, які є невід'ємним елементом правового порядку. Зокрема, у правовому порядку Ізраїлю прийнято вважати, що:

«...свободи закріплені в нашій юридичній концепції, і вони є невід'ємною частиною закону, що склався в Ізраїлі. Включення цих прав до нашого права є результатом прийнятої нами політичної урядової системи... але обов'язок підтримувати їх не є просто політичним чи соціально-моральним за своєю суттю, але має також юридичний характер»<sup>55</sup>.

Тобто права людини накладають на публічну владу обов'язок їх захищати і належним чином забезпечувати, зокрема і шляхом правового регулювання. 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. Практика КСУ полягає в тому, що він у разі виявлення прогалин у законодавстві рекомендує Верховній Раді України протягом певного строку заповнити їх.

б) **Економічні свободи та регуляторна і соціальна політика уряду**. Ця проблематика стосується розумної обґрунтованості та раціональності дій у контексті здійснення регуляторної політики, що може зачіпати також здійснення соціальних прав. При цьому слід наголосити на недопущенні ухвалення довільних рішень виконавчою владою, яка сама по собі може бути ірраціональною. Так, британські науковці Джефрі Джовел та Ентоні Лестер зауважують:

<sup>54</sup> *HTV Ltd v. Price Commission*, [1976] ICR 170 (CA); *Re Preston*, [1985] AC 835 (HL).

<sup>55</sup> *Ha'aretz, Ltd. v. Israel Electric Corporation*, 31 (2) P.D. 281, 295. Цит. за: Shapira, Amos. (1992) A Proposal for Constitutional Judicial Review in Israel. *Tel Aviv University Studies in Law* 11, 125.

«По-перше, незаконність стосується неправильності офіційних дій до встановленої законом мети, зазвичай пов'язаних з врахуванням міркувань, які не мають значення для цього статуту [тобто закону – М.С.], або якщо вони не враховують міркувань, що мають значення. Друге, «нераціональне» рішення не залежить від встановленої законом мети, яке може, як у справі *Hall* [мається на увазі справа «*Hall v. Shoreham UDC*», яка стосувалася правомірності актів планування міської ради – М.С.], навіть просуватися. Однак термін «ірраціональність», хоча підходить для охоплення довільної чи примхливої поведінки, не є задовільним способом опису більш нормальних видів зловживання публічною владою, які породжують судовий перегляд, будучи в межах закону та процесуально задовільними»<sup>56</sup>.

Зловживання повноваженнями самі по собі несумісні із законною метою та можуть виражати вибір такого варіанта рішення, який може посягати на сутнісний зміст права, у нашому випадку – економічних свобод, тобто гарантій права власності та свободи вибору професії чи роду професійної діяльності. Отже, правомірне рішення – це не будь-який бажаний для органу варіант поведінки в рамках закону, а лише той, який сприятиме належній реалізації економічних свобод. Розумне обґрунтування ухвалюваних рішень не може нагадувати своєрідну ловлю мух у стилі «консультацій в астролога чи підкидування монетки» (*consulting an astrologer or spinning a coin*)<sup>57</sup>, тобто ґрунтуватися не на спорадичних аргументах, а базуватися на розумних засадах. Навіть якщо питання стосується горизонтального ефекту дії основоположних прав, то принцип пропорційності означатиме додержання економічного обґрунтування адекватної оплати праці працівників відповідно до її еквівалентної цінності<sup>58</sup>.

i) *Свобода розсуду і регуляторна політика*. Свобода розсуду означає насамперед обґрунтованість дій публічної адміністрації, яка полягає у конкретизації положень закону у світлі його цілей і завдань. При

<sup>56</sup> Jowell, Jeffrey, and Anthony Lester. (1988) *Beyond Wednesbury* ... 860.

<sup>57</sup> *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, ex parte Moore* [1985] 1 QB 456.

<sup>58</sup> *Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd* [1981] I CR 715.



конкретизації законів чи виконанні вимог органу вищого рівня має бути ухвалене рішення, яке засноване на повноваженнях і цілях, які визначені у законі. Сутнісний зміст основного права не може бути порушений при здійсненні заходів щодо конкретизації змісту законів. Таким чином, свобода розсуду означає не свободу вибору адміністрації, а лише оптимальне застосування закону задля досягнення цілей, встановлених у ньому, зокрема і насамперед – у здійсненні економічних свобод. Як визначив в одному зі своїх рішень Верховний суд Канади:

*«... розсуд повинен здійснюватися відповідно до меж, встановлених статутом [актом парламенту, законом – М.С.], принципів верховенства права, принципів адміністративного права, основних цінностей канадського суспільства та принципів Хартії».<sup>59</sup>*

ii) Свобода розсуду публічної адміністрації та підтримка економічної інфраструктури. Заходи, спрямовані на конкретизацію законів, не можуть посягати на сутність змісту прав і свобод людини і громадянина, гарантованих Конституцією. Такі заходи запроваджуються на основі закону тимчасово – до закінчення обставин, які стали їх підставою. Згідно із юриспруденцією КСУ, засада

*«правової визначеності не виключає визнання за органом державної влади певних дискреційних повноважень у прийнятті рішень, однак у такому випадку має існувати механізм запобігання зловживанню ними. Цей механізм повинен забезпечувати, з одного боку, захист особи від свавільного втручання органів державної влади у її права і свободи, а з другого – наявність можливості в особи передбачати дії цих органів».<sup>60</sup>*

Такі заходи мають відповідати конституційним цілям – обмеженню монополізму, захисту конкуренції, недопущення недобросовісної конкуренції на ринку, свободи вибору професії і роду заняття, забезпечення соціального партнерства (ст. 42–44 Конституції України). Як правило, при конкретизації законів через планування, спрямованої на підтримку певної інфраструктури, є також сутнісні критерії. Зокрема, в

<sup>59</sup> *Baker v Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* [1999] 2 SCR 817 (SCC), para 56.

<sup>60</sup> Рішення КСУ № 3-рп/2016.

англійському праві вироблено стандарт, що у разі здійснення заходів у рамках планування, останні мають «справедливо і розумно корелюватися» із дозволеними рамками<sup>61</sup>, інакше вони порушуватимуть засади пропорційності.

Судовий перегляд актів публічної адміністрації є загальним стандартом верифікації правомірності діяльності органів публічної влади при встановленні прав і обов'язків приватних осіб. З цього приводу лорд Брідж з Гарвічу наголосив:

*«...суд повинен мати право піддавати адміністративне рішення більш жорсткій перевірці, щоб переконатися, що воно жодним чином не є хибним, відповідно до істотного питання, яке визначає суд... для найбільш скрупульозної перевірки (з доданням акценту)».<sup>62</sup>*

Як справедливо зазначає Алекс Гевантер, це зумовлено більш високою вагою судової перевірки правових актів на предмет захисту основоположних прав, аніж контролю за актами парламенту як такими:

*«Це створює цікавий масштаб: питання, які потребують схвалення Парламенту, мають нижчий рівень контролю в порівнянні з втручанням в основоположні права, які мають вищий ступінь контролю».<sup>63</sup>*

### 1.2.2. Проблема балансування та ієрархія цінностей

Насправді ця проблема має критичне значення для подолання дилеми юристократії та суверенітету парламенту, яка є предметом дискусій у порівняльному конституційному праві<sup>64</sup>. Як епоху балансування назвав сучасні тенденції у сфері прав людини американський конституціоналіст

<sup>61</sup> *Newbury DC v. Secretary of State for the Environment* [1981] AC 528 (HL).

<sup>62</sup> *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Bugdaycay* [1987] AC 514, 531.

<sup>63</sup> Alex Gewanter, (2017) Has Judicial Review on Substantive Grounds Evolved from *Wednesbury* towards Proportionality 44 *Exeter L Rev* 63.

<sup>64</sup> Bruce Ackerman, (1989) Constitutional Politics/Constitutional Law, 99(3) *The Yale Law Journal*; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press 2004).

Александр Алейніков<sup>65</sup>. Належна аргументація юридичної позиції, заснованої на належному балансуванні цінностями, є запорукою забезпечення верховенства права у діяльності Конституційного Суду<sup>66</sup>.

i) *Критика підходу балансування та засади демократичної легітиматії судових рішень як засобу самоствердження влади судів*. Існують дилеми щодо балансування між індивідуальними правами та публічними інтересами, оскільки це розглядається у контексті посилення влади судів (юристократії), коли суди стають схильні до арбітражу та формулювання нових правил. Насправді, у світлі прав людини суд стикається із дуалістичною природою прав людини, які поєднують у собі правила і принципи. Виникає своєрідне герметичне коло тлумачення, оскільки права людини тлумачаться у контексті соціальної взаємодії, що зумовлює використання автономного і динамічного тлумачення. Критики підходу балансування наголошують на тому, що вказана метафора нічого не говорить про те, як слід зважувати різні інтереси, і це мовчання, як правило, приховує неможливість вимірювання несумірних значень, вводячи образ механістичної, кількісної загальної метрики<sup>67</sup>.

Насправді тут проблема полягає в тому, наскільки конституційна юстиція 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)»<sup>68</sup>. Це можна продемонструвати на прикладі визнання Конституційним Судом неконституційним положення Кримінального процесуального кодексу щодо можливості автоматичної пролонгації тримання особи під вартою без попереднього клопотання прокурора<sup>69</sup>. У цій справі визнав таку можливість неконституційною, оскільки обмеження свободи мож-

<sup>65</sup> Aleinkoff, T. Alexander. (1987) *Constitutional Law in the Age of Balancing*. *Yale L.J.* 96, 943.

<sup>66</sup> Станіслав Шевчук, (2010) Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза та співвідношення, *Право України* 3, 45-61.

<sup>67</sup> Kahn, Paul W. (1987) *The Court, The Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell*. *Yale L.J.* 97, 1.

<sup>68</sup> Waldron, Jeremy. (1994) *False Incommensurability: A Response to Professor Schauer*. *Harvard L.J.* 45, 819.

<sup>69</sup> Рішення КСУ № 1-п/2017 від 23.11.2017 р.

ливе лише за умови відповідного розпорядження суду за клопотанням сторони обвинувачення.

ii) *Зважування цінностей у діяльності конституційної юстиції*. За таких обставин конституційна юстиція схильється до зважування цінностей і принципів як певних стандартів та вимог до правових норм і правозастосування, зокрема: а) неприпустимості тлумачення конституції через положення ординарного законодавства; б) забезпечення балансу приватних і публічних інтересів; в) визначення ступеня легітимності втручання держави у приватну автономію особи. Складнішим питання стає при застосуванні положень конституції як норм прямої дії загальними судами. Роберт Алексі вважає, що критерію пропорційності відповідає формула балансування, яка має внутрішні та зовнішні аспекти. Згідно із внутрішнім аспектом обґрунтування інтенсивність обмеження прав людини має переслідувати принаймні дві цілі, з урахуванням їхньої ваги, а також гнучкість емпіричних припущень<sup>70</sup>. Зовнішні аспекти обґрунтування балансування не піддаються логічним операціям, оскільки вони спираються на припущення та правдоподібні причини і наслідки певних дій<sup>71</sup>.

Яким чином діє цей механізм? Це впливає із класичної дилеми *supremacy of parliament* (верховенства парламенту) *v. judicial review* (та судового конституційного контролю). Суд загальної юрисдикції є зв'язаний законом як актом парламенту, який репрезентує загальну волю. З другого боку, законодавець зв'язаний конституційним ладом, а тому у разі надмірного обмеження прав людини акти парламенту можуть бути визнані неконституційними. Отто Пферсман наголошує, що відсутність чіткої конституційної основи для використання принципів розумності та сумірності у конституційному контролі (традиційно саме конституція розглядається як вищий критерій цього контролю), призводить до обмеження законодавчої компетенції більше, ніж положення самої конституції<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Alexy Robert. (2005) *Balancing, constitutional review, and representation*. *International Journal of Constitutional Law* 3, 575.

<sup>71</sup> Там само. 576-577.

<sup>72</sup> Пферсманн О. (2007) *Ограничение компетенции законодателя посредством использования вспомогательных принципов (разумности и соразмерности), выработанных в практике конституционных судов*. *Сравнительное конституционное обозрение* 1(58), 121-127.

За яких обставин загальний суд може ставити питання про конституційність закону перед Конституційним Судом? Основним критерієм тут має служити розумність (*reasonability*) і передбачуваність (*foreseeability*) закону. Згідно із засадами розумності положення законів мають бути придатними до застосування і не створювати надмірних обмежень та обтяжень у здійсненні прав і свобод людини, заперечуючи їх сутнісний зміст.

Вимоги передбачуваності встановлюють такі стандарти формулювання закону, за яких особа могла планувати та передбачувати наслідки своєї діяльності без надмірних обмежень та обтяжень. Тому і правозастосування не має бути надмірно формальним, свавільним та довільним (*arbitrary*).

Таким чином, у контексті конституційних цінностей, стосовно яких існує консенсус щодо втілення засад обмеженого правління, аргументація рішень конституційних судів має відповідати вимогам розумності, передбачуваності права та юридичної визначеності.

Як було зазначено в одному із судових рішень<sup>73</sup>, положення конституції мають інтерпретуватися як єдине ціле у певній логічній послідовності та взаємних логічних зв'язках, на основі чого будується ієрархія конституційних цінностей:

*«...окреме конституційне положення не може розглядатися як відособлене застереження і тлумачитися окремо. Конституція має внутрішню єдність, і значення будь-якої однієї її частини пов'язане зі значенням інших положень. Конституція, взята як одиниця, відображає певні загальні принципи та фундаментальні рішення, яким підпорядковані окремі її положення».*

Наприклад, такий підхід використовується Верховним судом США проти довільних вилучень ділового листування у ході цивільної конфіскації, яка допускається згідно з американським правом. Однак така практика була визнана неправомірною, оскільки посягає на конституційні гарантії проти самообмови, гарантовані Четвертою і П'ятою поправками до Конституції США<sup>74</sup>. Загалом, конституційні цінно-

<sup>73</sup> BVerfGE 1, 14 (1951) Southwest Case.

<sup>74</sup> *Boyd v. United States* 116 U.S. 616 (1886).

сті знаходять свій прояв та верифікацію через засоби конституційної юриспруденції, оскільки їх юридична сила ґрунтується на визначенні їх об'єктивного і суб'єктивного змісту через засоби інтерпретації конституційного тексту у відповідному соціальному середовищі (конституційну герменевтику)<sup>75</sup>.

## Висновки

Компаративний аналіз моделей втручання держави у здійснення економічних свобод через призму принципу пропорційності свідчить, що застосування конкретних заходів з боку держави цілком залежить від певної структури економіки, ступеня її диференціації, її відкритості та гарантування економічних свобод. Це охоплюється інституційною спроможністю держави за активної участі економічних акторів формулювати, відтворювати та примножувати правила та процедури, які можуть гарантувати стабільність та добросовісне виконання контрактів. З точки зору соціетального конституціоналізму держава діє у симбіозі із суспільством з метою впровадження передових економічних досягнень та збереження довкілля, реалізуючи у такий спосіб сталий розвиток.

Наразі існує гостра потреба також досліджувати глобальну конституційну економіку. Тут на перший план виступає інституційна диференціація національної економіки та здатність влади впроваджувати адекватні заходи, спрямовані на реалізацію економічних цінностей і благ. Здатність суспільства до спільної діяльності, результатом якої є інституціонально спроможна конституційна демократія та конституційна економіка, заснована на повазі до фундаментальних благ, є підґрунтям сталого економічного розвитку. Цінності є рушієм розвитку національної економіки та її конкурентоспроможності у глобальній світовій економіці. Тому цінності не мають ціни.

<sup>75</sup> Савчин М. (2010) Конституційні цінності та конституційна юриспруденція в Україні. *Вісник Конституційного Суду України* 1, 111.

## Розділ 2.

# ДОКТРИНА *REGULATORY STATE* У КОНСТИТУЦІЙНОМУ ТА АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ<sup>76</sup>

Після ухвалення Конституційним Судом України доволі контраверсійного рішення по скарзі Запорізького заводу феросплавів на порядок денний стало питання ролі органів влади, які займають проміжне місце 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 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 згаданому рішенні Конституційного Суду (КСУ), на нашу думку, доктрина зупинилася на рівні дискусій сторічної давнини, яка тривала в американській та європейській юридичній літературі.

В американській конституційній доктрині проблематика незалежних державних агентств постала на рубежі XIX-XX століть, коли значне

<sup>76</sup> Автори розділу: Карабін Тетяна Олександрівна, докторка юридичних наук, доцентка, Савчин Михайло Васильович, доктор юридичних наук, професор, Шелевер Наталія Василівна, кандидатка юридичних наук, доцентка (всі з Ужгородського національного університету).

коло питань економічного характеру складно було провести через рішення Конгресу США<sup>77</sup>, 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 сфері<sup>78</sup>. 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 між 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 мають 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 вимогам належної процедури.

З інституційної точки зору саме незалежні державні агентства складають основу сучасної доктрини регуляторної держави (*Regulatory State*), яка є поширеною у компаративній літературі з конституційного і адміністративного права. Тут вона буде розглянута з точки зору: 1) конституційного і адміністративного права, 2) делегування повноважень, 3) належної правової процедури та діяльності незалежних агентств, 4) економічного аналізу права і регуляторної держави та 5) судового контролю над акта-

<sup>77</sup> Фукуяма Френсіс. Політичний порядок та політичний занепад. Від промислової революції до глобалізації демократії. Київ: Наш формат, 2018. С. 171-204.

<sup>78</sup> 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, 1938).

ми незалежних державних агентств. Ця тематика є малодослідженою в українській юридичній літературі і потребує ще свого ретельного аналізу і обґрунтування. У цій частині роботи діяльність незалежних державних агентств буде розглянуто під кутом регуляторної діяльності та забезпечення економічних свобод учасників ринкових відносин.

### 2.1. Концепт регуляторної держави у сучасному конституційному і адміністративному праві

Концепт *Regulatory State*, тобто регуляторної держави виникає для обґрунтування втручання держави в економіку та вирішення низки питань, пов'язаних із встановленням доволі мінливих технічних, медичних, фітосанітарних правил. Такого роду питання є доволі проблематичними з точки зору регулювання на рівні закону, до якого ставляться вимоги юридичної визначеності та передбачуваності як компонентів верховенства права. Проблематика регуляторної держави виникає у зв'язку із делегуванням законодавчих повноважень парламентом уряду та ефективністю судового контролю над регуляторними актами виконавчої влади.

1) **Принцип конституційної державності** полягає у забезпеченні інтенсивності правового регулювання з метою належного забезпечення прав людини та полягає у таких основних моментах. Принцип конституційної держави вимагає передбачуваності та послідовності правового регулювання, якщо воно зачіпає реалізацію економічних свобод. Криза правового регулювання в економічній сфері спостерігається починаючи з рубежу 1980–90-х років. К. Едлі цілком справедливо зауважував, що прикметними рисами влади з того часу є млява правова політика та публічне урядування, які призводять до нерівності у доходах, викривлення економіки, що полягає у наступних рисах:

- нерівномірний розподіл валового внутрішнього продукту, що поглиблює нерівність доходів між найбагатшими 10 відсотками та 10 відсотками найбідніших верств населення;

- критичне зростання дефіциту державного бюджету, який набуває загрозливих масштабів з точки стратегії розвитку національної еконо-

- міки, що лише поглиблює зростання розриву від найбагатшими і найбіднішими економіками;

- публічна адміністрація стала занадто громіздкою, складною, забюрократизованою та інституційно слабкою;

- законодавча влада поступово втрачає важелі контролю над публічною адміністрацією на тлі того, що виконавча влада не робить спроб пошуку консенсусу, а намагається силовими методами «проштовхувати» свої законодавчі ініціативи;

- все здійснюється на фоні маніпулювання медіа або самі медіа не цілком адекватно реагують на запити виборця, формуючи думку виборця у викривленому світлі<sup>79</sup>.

Як цілком слушно стверджує Джонатан Мейсі, ці процеси не можна трактувати лише в ключі здійснення політики, за якої групи інтересів віддають перевагу системі державного управління, яка сприяє діяльності з перерозподілу благ. Скоріш за все, конституції, встановлюючи структуру влади, встановлюють і процедури, яких повинні дотримуватися групи інтересів, щоб були ухвалені закони. Характер цих процедур визначає рівень трансакційних витрат, з якими стикаються групи інтересів при спробі досягти прийняття закону<sup>80</sup>.

Виходячи із цього необхідно більш ретельно здійснювати правове регулювання, щоб, з одного боку, не було надмірного втручання держави в економічні свободи, а з другого – було забезпечено таке правове регулювання, при якому виникало якомога менше прогалин, колізій чи недогляду подібного роду. Тому слід акцентувати на таких компонентах конституційної державності з точки зору здійснення регуляторних функцій:

- i) **Якість закону.** Закон повинен регулювати всі істотні елементи сфери суспільного життя, яку він зачіпає. Повнота законодавчого регулювання досягається шляхом чіткого визначення сфери його дії, статусу його відповідних носіїв та адресатів, порядку здійснення ними своїх прав-домогань та повноважень, відповідальності у разі недодержання

<sup>79</sup> Edley Ch. The Governance Crisis, Legal Theory, and Political Ideology (1991) 3 *Duke Law Journal*. 564-565.

<sup>80</sup> Macey, Jonathan R. Competing Economic Views of the Constitution (1987) 56 *Geo. Wash. L. Rev.* 72.

правил, визначених у законі. Тому саме на конституційному рівні мають бути вичерпно передбачено підстави для обмеження прав людини. В самому конституційному тексті не мають бути присутні положення про те, що законом можуть запроваджуватися додаткові обмеження прав людини, зокрема, обмеження процесуального характеру.

На думку Дж. Кейнса, ринкові механізми саморегулювання не можуть забезпечити належний рівень добробуту і зайнятості, тому є виправданим втручання держави з метою справедливого розподілу ресурсів<sup>81</sup>. 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. За будь-яких умов ціннісними вимірами таких обмежень є: доступ до ресурсів і пов'язаний із ним сталий розвиток суспільства, стан економічних свобод – економічна конкуренція і інфраструктура національної економіки, ступінь забезпечення національних інтересів, що зумовлює інтенсивність інтеграції країни у світові ринки та наднаціональні об'єднання.

ii) *Неконституційність законодавчого упуцнення (недогляду)*. 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 упуцнення, що є порушенням Конституції та посягає на сутнісний зміст конституційних прав і свобод.

З метою мінімізації явища законодавчого недогляду і забезпечення якості законодавчого регулювання, як зазначається у літературі, закони мають відповідати наступним критеріям якості: а) забезпечувати повноту (інтенсивність) законодавчого регулювання; б) мати організаційну та процедурну забезпеченість свого виконання; в) бути фінансово та ресурсно обґрунтованими; г) мають містити сукупність правил

<sup>81</sup> Итуэлл Джон. Кейнсианство. В: Дж. Итуэлл, М. Милгейт, П. Ньюмен (ред.) Экономическая теория... 454-455.

загального, абстрактного характеру; д) задовольняти вимоги чіткості та однозначності змісту положень закону<sup>82</sup>.

iii) *Законодавство і соціальні права*. У сфері соціальних прав законодавство конкретизує інституціональні та процесуальні заходи щодо їх забезпечення. Наприклад, задля цього відповідні положення Конституції України слід відредагувати, керуючись положеннями Європейської соціальної хартії (переглянутої). Конституція України має конкретизувати положення цієї Хартії, що стосуються:

- критеріїв конкретизації положень Конституції і Хартії у технічних і фітосанітарних правилах, правилах безпеки тощо;
- позитивних обов'язків держави забезпечувати належну діяльність соціальної інфраструктури, зокрема достатньої мережі відповідних закладів, на засадах довіри і доступності;
- впровадження програм соціального і медичного страхування, підтримки дієвості мережі відповідних публічних і приватних закладів та дієвості надання соціальної допомоги;
- визначити основні критерії поняття «достатній життєвий рівень» згідно з принципами поваги до гідності людини, субсидіарності та пропорційності.

У соціальній сфері, на яку має безпосередній вплив економічна система, держава несе такі позитивні обов'язки: а) забезпечувати розвиток соціального законодавства; б) підтримувати розвинуту мережу установ і закладів, що надають соціальні управлінські послуги; в) забезпечити діяльність ефективної системи соціального страхування; г) підтримувати систему надання соціальної допомоги та здійснення соціальних виплат; д) забезпечити високий рівень добробуту та доходів більшої частини населення; е) підтримувати справедливий перерозподіл валового внутрішнього продукту через виважену фіскальну політику та систему адресної соціальної допомоги<sup>83</sup>.

iv) *Парламентський контроль*. Парламентський контроль над виконавчою владою є важливим напрямом забезпечення конститу-

<sup>82</sup> Савчин М. Конституційне право України (КНТ 2008) 79-80.

<sup>83</sup> В.А. Устименко (ред.) Конституційні засади економічної системи України (Юго-Восток 2011) 25-27.

ційності у діяльності виконавчої влади. Окремим напрямом є парламентський контроль над поліцією та спецслужбами щодо застосування заходів, спрямованих на обмеження конституційних прав на свободу та особисту недоторканність, недоторканність житла та іншого володіння особи, недоторканність кореспонденції та інших засобів комунікації приватних осіб, що є важливою конституційною гарантією. Цього можна досягти шляхом упровадження обов'язкових щорічних парламентських слухань щодо застосування судами за зверненням поліції і спецслужб обмежень щодо названих вище конституційних прав та обов'язкового звітування цих органів влади<sup>84</sup>.

в) *Права людини та регуляторна і соціальна політика уряду.* Згідно із доктриною стверджувальних дій держави гідність людини, зокрема, полягає у забезпеченні адресної соціальної допомоги, захисту меншості від утисків більшості та забезпечення вирівнювання прав меншин.

Основною загрозою здійснення економічних свобод є надмірна зарегульованість ринку, що призводить до численних колізій та прогалин у законодавстві, що у свою чергу є джерелом зловживань в економічних відносинах і знижує рівень економічного добробуту в Україні. Адже з точки зору ефективності, згідно з теоремою Коуза, не має значення, як першопочатково розподіляються права, за умови, що ними можна вільно обмінюватися. Однак такий розподіл можливий при дієвій системі гарантування виконання господарських договорів, необхідною умовою є доступ до незалежного і безстороннього суду та можливості мінімізації видатків щодо ведення переговорів, укладення й виконання умов договорів, на які може вплинути багато факторів, які призведуть до надмірних витрат<sup>85</sup>. Такі само закономірності діють у сфері правового регулювання, оскільки його ускладнення має своїм наслідком збільшення витрат для учасників економічних правовідносин, а тому таке регулювання має бути збалансованим і ґрунтуватися на засадах пропорційності.

а) Свобода розсуду і регуляторна політика. Свобода розсуду означає насамперед обґрунтованість дій публічної адміністрації, яка полягає

<sup>84</sup> Див.: *Klass and Others v. Germany, Big Brother Watch v. UK.*

<sup>85</sup> Савчин М.В. (ред.) Публічне урядування, права людини та демократія: регіональний зріз євроінтеграції. (Вид-во УжНУ «Говерла» 2015) 80.

у конкретизації положень закону у світлі його цілей і завдань. При конкретизації законів чи виконанні вимог органу вищого рівня має бути ухвалене рішення, яке засновано на повноваженнях і цілях, які визначені у законі. Сутнісний зміст основного права не може бути порушено при здійсненні заходів щодо конкретизації змісту законів. Таким чином, свобода розсуду не означає свободу вибору адміністрації, а лише оптимальне застосування закону задля досягнення цілей, встановлених у ньому.

Відповідно до міжнародного *soft law* обмеження свободи розсуду виконавчої влади та здійснення контролю над його реалізацією, впровадження процесуальної справедливості, матеріальної справедливості, зв'язаності виконавчої влади правом, зокрема писаним правом. У цьому ж ключі витримана Доповідь Венеційської комісії про верховенство права, яка визначає як одну із рис верховенства права обмеження сваволі, оскільки це суперечить правовій визначеності, і ці обмеження полягають у такому: 1) існування норм, які забороняють конкретну форму свавілля; 2) існування обмежень стосовно свободи розсуду публічної адміністрації; 3) існування відкритої системи інформації від уряду; 4) необхідність обґрунтування рішень; 5) обмеження відхилень чи винятків із правил, які встановлені у законодавстві<sup>86</sup>.

б) Свобода розсуду публічної адміністрації та підтримка соціальної інфраструктури. Так само залежно від соціальної інфраструктури публічна адміністрація, наприклад Пенсійний фонд України, має конкретизувати положення закону, спрямовані на забезпечення функцій соціального забезпечення. Наприклад, у разі настання надзвичайних економічних обставин можна визначити наступний правовий режим обмеження соціальних прав. Уряд ініціює слухання у парламенті про необхідні заходи для подолання негативних наслідків таких економічних обставин. Запропоновані заходи не можуть посягати на сутність змісту прав і свобод людини і громадянина, гарантованих Конституцією. Такі заходи запроваджуються на основі закону тимчасово – до закінчення обставин, які стали їх підставою. Уряд щоквартально має звіту-

<sup>86</sup> Доклад о верховенстве права, утвержденный на 86-й пленарной сессии Венецианской комиссии (Венеция, 25-26 марта 2011 г.) Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия) 16.

вати перед парламентом про стан реалізації запроваджуваних заходів та додержання конституційних гарантій прав і свобод людини.

2) **Адміністративне право як ідея врегулювання.** Концепт адміністративного права як конкретизації конституції належить німецькому правознавцеві Францу Вернеру<sup>87</sup>. Якісно по-новому сьогодні звучать можливості органів публічної влади регулювати певні сфери суспільного життя. У цьому руслі практикою Європейського суду з прав людини вироблено розуміння законодавства, яким охоплюється конституція, міжнародні договори, закони та підзаконні акти, ухвалені компетентними органами влади, а також усталена судова практика. На основі цих положень уряд та публічна адміністрація можуть врегулювати певні питання суспільного значення на основі закону з метою його конкретизації та деталізації, особливо у ситуаціях, коли питання має суто технічне значення чи пов'язано із втручанням у ринкові процеси, які є динамічними та мінливими і їх недоречно регулювати на рівні закону.

Німецькі адміністративісти І. Ріхтер та Г.Ф. Шуперт виділяють такі загальні критерії правового змісту актів адміністрації: а) принцип законності, з якого випливає верховенство закону та заснованість правових актів адміністрації на законі як формальному парламентському акті; б) зв'язаність правом і свобода дій адміністрації у випадку наявності положень закону програмного характеру, що зумовлює його конкретизацію в адміністративних актах, невизначених правових поняттях та свободу розсуду<sup>88</sup>.

Конкретизація і деталізація законів ґрунтується на абстрактному характері положень законодавчих актів, які мають бути достатньо гнучкими і придатними до застосування на практиці або підлягають конкретизації відповідно до засад диференціації правового регулювання:

*«Якщо нормотворення здійснюють органи, які з юридичного погляду належать до організаційної сфери держави, то до процедури принципово застосовуються ті самі вимоги принципів законно-*

<sup>87</sup> Fritz Werner (1959) *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*. In: *DBVI*, 527-533.

<sup>88</sup> Рихтер І., Шупперт Г.Ф. Судебная практика по административному праву. (Юристь 2000) 127.

*сті, наявності легітимації та пов'язаної з ними вимоги прозорості й зваженості, яких так само треба дотримуватися й у прийнятті постанов або адміністративних приписів. Також у відношенні до вагомій ролі експертів слід забезпечувати такий рівень відповідальності за рішення, який притаманний легітимованим посадовим особам. Значне віддалення від експертних органів є виправданим тільки в тому разі, якщо вони відповідають передбаченій організаційним правом вимозі консистентності».*<sup>89</sup>

У цьому відношенні регуляторні акти публічної адміністрації поділяються на: а) загальні, в рамках яких регулюються питання ліцензування, відкриття або закриття сфери підприємницької діяльності; б) спеціальні, які спрямовані на конкретизацію положень законів, що регулюють діяльність незалежних регуляторних органів держави, а тому потребують здійснення за використанням цих прерогатив парламентського контролю з метою недопущення зловживань та запобігання і припинення порушень прав людини.

Вирішальним при цьому стає, як пише Е. Шмідт-Ассманн<sup>90</sup>, сфера відповідальності, яка складається не лише з окремих предметних завдань, як із способів діяльності, ресурсів, процедур та організаційних зв'язків, а також форм вияву адміністративної самостійності, яка, зокрема, проявляється в:

а) публічному адмініструванні, яке забезпечує виконання адміністративних актів;

б) плануванні публічного адміністрування, що сприяє передбачуваності та системності у досягненні цілей і завдань діяльності органу влади;

в) публічному адмініструванні з надання публічних послуг, спрямованих на посилення економічної активності та захисту стратегічно важливих галузей національної економіки;

г) використанні публічних підприємств в економічній діяльності, якщо це відповідає стратегічним економічним інтересам держави;

<sup>89</sup> Ебергард Шмідт-Ассманн. Вказана праця. 379-380.

<sup>90</sup> Там само. 236, 232-234.



д) процедурній забезпеченості компетентних органів держави у досягненні цілей забезпечення економічного добробуту населення.

При здійсненні правового регулювання органи публічної адміністрації мають діяти водночас гнучко і відповідно до вимог правової визначеності. Зокрема, на думку І. Коліушка, гнучкість – це,

*«коли правовий припис, не встановлюючи конкретного варіанта дій, наділяє орган певним ступенем свободи у вирішенні конкретної справи і прийнятті відповідного рішення, тобто вона означає можливість вибору в межах, встановлених правовою нормою»<sup>91</sup>.*

Подібним чином трактує розсуд і Г. Ткач, вважаючи за можливе *«вибирати один із кількох варіантів дій (або утримуватись від дій) чи один з варіантів можливих рішень»<sup>92</sup>.*

Однак визначення розсуду як можливості обирати варіант в межах вибору суперечить засадам правової визначеності, що може послужити джерелом свавілля та звинувачення посадових осіб у зловживанні владними повноваженнями. Дещо інакше трактує свободу розсуду М. Завидняк: як діяльність відповідно до законної мети, на підставі та в межах повноважень, визначених законом з додержанням встановленої процедури діяльності, а також ухвалення обґрунтованих правових актів чи вчинення адміністративних дій<sup>93</sup>. На нашу думку, реалізація свободи розсуду органами публічної адміністрації у контексті забезпечення економічних свобод означає обрання такого варіанта інтерпретації закону та його застосування, який є найоптимальнішим і розумним для їх здійснення за допомогою наявних ресурсів та адекватних засобів при збереженні сутнісного змісту права.

<sup>91</sup> Куйбіда Р.О., Шишкін В.І. (ред.) Основи адміністративного судочинства та адміністративного права (Старий світ 2006) 166.

<sup>92</sup> Ткач Г.І. Правова природа дискреційних повноважень органу виконавчої влади. В: Авер'янов В.Б. (ред.) Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики (Факт 2003) 124.

<sup>93</sup> Завидняк М.І. Конституційно-правові засади забезпечення економічної безпеки в Україні. Дис. ... к.ю.н. : 12.00.02. (Ужгородський національний університет 2016) 82.

## 2.2. Делегування законодавчих повноважень

В основі делегування лежить конституційний поділ влади. Вимога диференціації як необхідна умова збалансування у реалізації принципу поділу влади є причиною подальшої еволюції змісту цього принципу. Це накладає відповідальність на носіїв влади та належне здійснення ними владних функцій. З цього приводу німецький Федеральний конституційний суд зазначив таке:

*«Нормативність як принцип організаційне й функціональне розрізнення та поділ гілок влади слугує розподілу політичної влади та відповідальності, а також контролю носіїв влади; вони також спрямовані на те, щоби державні рішення ухвалювалися якомога правильніше, тобто органами, які завдяки своїй організації, складу, функції та способу діяльності мають для цього найкращі передумови; ці принципи намагаються діяти задля стримування державної влади»<sup>94</sup>.*

Делегування повноважень стосовно економічного розвитку перебувають у зв'язку з природою економічних процесів, які є доволі динамічними та спонтанними, виражаючи сутність свободи. Ідея делегування базується на звільненні регулювання економічних процесів від політичного впливу та передачі регуляторних функцій незалежним публічним агентствам та органам влади, які є вільними від мінливих політичних чинників та ґрунтуються на професіоналізмі підготовки регуляторних актів.

1) **Законодавче делегування.** Якщо має місце делегування законодавчих повноважень парламенту, то акт про делегування має передбачати принаймні такі елементи: а) обсяг та предмет делегування; б) адресат та порядок здійснення ним делегованих повноважень; в) строк і порядок припинення делегованих повноважень; г) контроль та звітування щодо здійснення делегованих повноважень. Таке делегування найчастіше здійснюється урядові. Наприклад, воно часто практикується у Франції, Сполученому Королівстві.

<sup>94</sup> BVerfG 68, 1 (86).

2) **Делегування повноважень, визначене у законі.** Тут йдеться про закони, які мають переважно рамковий характер, доручаючи виконавчій владі врегульовувати деталі у відповідному правовому акті, який має регуляторний характер, визначаючи більш детальні та конкретні правила. Власне кажучи, конкретизація закону і зумовлює природу таких актів як регуляторних. Регуляторні акти мають ухвалюватися на основі закону, згідно із законною метою та надавати певні варіанти для здійснення повноважень органами публічної адміністрації. За таких умов важливим є встановлення певних національних стандартів адміністративних процедур, зокрема через кодекс, як це має місце в Польщі.

Як стверджується у відомому компаративному дослідженні делегування повноважень має в собі три моменти.

По-перше, делегування може відображати інтереси самих законодавців, які делегують розробку деталей певних процедур профільним фахівцям. З іншого боку, народні представники, доручаючи розробку деталей, все одно залишають за собою прерогативи по контролю за діяльністю агентства. Вони можуть віддати перевагу тому, щоб адміністрування агентств підлягало судовому контролю, зокрема шляхом подання приватними особами позовів проти агентств.

По-друге, делегування є способом передачі завдання по складному вибору професійним бюрократам, представляючи компроміс, коли політики хочуть прийняти закон у певній сфері, але не можуть погодитися на деталі через конфлікт між політичними групами. Як правило, законодавці делегуватимуть реалізацію політики з концентрованими витратами та розмитими вигодами, щоб перекласти тягар складного вибору саме на ці незалежні установи. І навпаки, коли концентруються виплати, а витрати розходяться, законодавчий орган хоче вказати самим бенефіціарів цих заходів.

По-третє, ступінь делегування може залежати від того, чи вирівняні інтереси виконавчої та законодавчої влади. У президентській системі бюрократи можуть отримувати більшу свободу дій під єдиним урядом. Конгрес США готовий делегувати тим більше влади, чим менше він вважає, що здійснення цієї влади розходиться зі своїми перевагами. Якщо деякі агенції, такі як Федеральна торгова комісія, є незалежними

від прямого президентського контролю, то законодавчий орган може дати таким установам більше свободи вибору порівняно з виконавчими органами. У парламентській системі уряд може запропонувати законодавство, що делегує владу впевненому, що підтримуюча коаліція в законодавчому органі зазвичай вносить урядові законопроекти<sup>95</sup>.

### 2.3. Належна правова процедура та регуляторна держава: роль незалежних агенцій

Сьогодні спостерігається тенденція до поглиблення поділу влади всередині виконавчої влади, за якої спостерігається діяльність незалежних від уряду установ та агенцій держави, які побудовані на засадах кар'єрної і професійної публічної служби. До цих органів належать як національні банки, антимонопольні комітети, так і незалежні регуляторні агентства енергоринку чи теле- і радіокомпаній тощо, на які поширюються вимоги прозорості та інклюзивності (залучення до процесу ухвалення рішення широкого кола заінтересованих осіб).

Гарантії незалежності публічних агенцій та законодавчо врегульована процедура їх діяльності розглядаються як основа здійснення повноважень та їх регуляторної діяльності. Запровадження системи незалежних від уряду та підконтрольних парламентові публічних агенцій по-різному обґрунтовувалася в літературі. В її основі лежить ідея розмежування політичної діяльності та публічного адміністрування.

На думку Дж. Свари, дихотомічна модель «політика – адміністрація» заснована на ідеї демократичного контролю та принципові верховенства права. Політичний курс повинні визначати вибрані демократичним шляхом посадові особи, а виконувати – управлінці. Поділ цих двох гілок обмежує можливості корупції та збільшує ефективність їх діяльності, на яку може негативно вплинути надмірне втягнення політиків у деталі механізму управління.

<sup>95</sup> Michel Rosenberg and Andras Sajo (eds.) *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2013) 673-674.

Один із політиків, який запровадив систему «політика – адміністрація», – В. Вільсон намагався скоріше посилити незалежність чиновників-управлінців і захистити їх від втручання політиків, ніж обмежити їх участь у процесі розробки політичного курсу.

Веберівська теорія бюрократії також може бути інтерпретована таким чином. Головним завданням Вебера було не забезпечення переваги політиків над бюрократією, а навпаки – усунення можливості узурпації адміністративної влади політичними лідерами.

Абербах, Рокман і Путнам виділяють три моделі політико-адміністративних відносин: 1) вже розглянуту модель «політика – адміністрація»; 2) модель обмеженої участі чиновників у формуванні політичного курсу, яка передбачає надання експертної оцінки на основі своїх знань та інформації, у той час як політики виробляють систему соціальних цінностей і мають більше можливостей для політичного маневру; 3) третя модель передбачає участь у політиці як політиків, так і чиновників; 4) змішана модель передбачає, що розмежування між ступенем участі політиків та державних службовців у процесі формування політичного курсу поступово нівелюється і спостерігається тенденція до зближення обох груп<sup>96</sup>.

Незалежна публічна адміністрація запроваджується для ухвалення рішень регуляторного характеру на конкретизацію і деталізацію положень законів. Це може бути зумовлено необхідністю надання свободи розсуду публічній адміністрації для врегулювання економічних питань, які потребують залучення експертного середовища та пов'язані із досягненням наукового-технічного прогресу, застосуванням ринкових механізмів формування цін і тарифів тощо. Тому тут на перший план виходять процесуальні процедури, пов'язані із формуванням цих органів влади та зміщення з посад за умови додержання стандартів ретельного розслідування обставин порушення ними стандартів безсторонності і незалежності при ухваленні рішень. Також має значення регулювання в законі або в кодексі адміністративних процедур порядку розробки та

<sup>96</sup> Т. Верхейн (ред.). Политико-административные отношения: кто стоит у власти? (Права человека 2001) 6-7.

розгляду проєктів регуляторних актів, їх прийняття та оприлюднення. У зв'язку із цим має існувати задовільна система оскарження та судового перегляду регуляторних актів.

Питання формування та діяльності незалежних агенцій в Україні є досить проблематичним. В першу чергу, це пов'язано зі строгими підходами до розподілу органів, що належать до різних гілок влади: законодавчої, виконавчої чи судової. Вважається, що правотворення, правореалізацію та правосуддя повинні здійснювати відокремлені системи органів, які діють автономно один від одного для забезпечення неможливості втручання та шкідливих впливів. Стосовно правосуддя та окремої системи органів – судів, що реалізують цю функцію, то вимоги принципу верховенства права та досвід побудови ефективної системи органів держави доводять необхідність чіткого їх виділення серед інших державних органів та забезпечення їх самостійності і незалежності.

Стосовно правотворення та правореалізації ситуація дещо відмінна. Функцію правореалізації здійснює не тільки система органів виконавчої влади. Її здійснюють і органи місцевого самоврядування, і апарати інших державних органів, і президент, можуть також і інші недержавні інституції. Натомість органи виконавчої влади, або адміністрація, як прийнято називати і до якої входять уряд, агентства, департаменти тощо, здійснюють не тільки управління та адміністрування. Вони видають також акти регуляторного характеру. Тобто традиційна доктрина поділу влади на даний час піддається коригуванню, а наукові дослідження стосуються переважно способів та напрямів легітимації регуляторних актів, що приймаються адміністрацією<sup>97</sup>.

Українське законодавство, так само як і французьке, визнає власними органам виконавчої влади повноваження приймати норми стосовно всіх питань, які спеціально не віднесені до повноважень законодавчої влади. Стаття 37 Конституції Франції визначає, що питання, які не віднесені до сфери законодавчого регулювання, мають регламентарний характер. На конституційному рівні в Україні відповідної

<sup>97</sup> Hermann Pünder. Democratic Legitimation of Delegated Legislation. International Conference, „Convergence and Divergence of Law: German and Israeli Perspectives“, Tel Aviv March 24-25, 2009.

вказівки немає, однак визначено, що Кабінет Міністрів видає постанови (нормативно-правові акти) у межах своєї компетенції (ст. 117). Серед ряду інших повноважень уряд забезпечує здійснення державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності. В той же час країни загальної системи права, а також деякі інші, як, зокрема, Німеччина, не визнають притаманними органам виконавчої влади повноваження щодо прийняття законодавчих актів. Органи виконавчої влади можуть здійснювати лише такі законодавчі повноваження, які або спеціально делеговані їй законодавчою владою, або винятково надані їй відповідно до Основного Закону. Стосовно німецького права, то ще одна його особливість полягає в тому, що воно чітко розмежовує делегування повноважень органам виконавчої влади та делегування незалежним органам. Акти, прийняті органами виконавчої влади на виконання делегованих повноважень, називаються постановами чи ордонансами (*Rechtsverordnungen* або *Verordnungen*), в той час як акти, прийняті автономними інституціями, називаються підзаконними актами (*Satzungen*)<sup>98</sup>. Відповідно і процедура їх прийняття врегульовується по-різному.

Початок формування органів, які здійснюють регуляторні повноваження та є автономними від уряду, в Україні зумовлювалося відсутністю Законів про «Про Кабінет Міністрів України» і «Про центральні органи виконавчої влади», а також визначеним особливим порядком призначення на посади та звільнення з посад керівників Антимонопольного комітету, Фонду державного майна і Державного комітету телебачення і радіомовлення України (ст. 85, 106 Конституції України). В Україні в 1990-х та 2000-х роках Президентом почали утворюватися центральні органи, які безпосередньо не підпорядковувалися урядові, а були підзвітні і відповідальні перед ним. Вони отримали назву центральних органів виконавчої влади зі спеціальним статусом, а їх наявність вперше була закріплена в Концепції адміністративної реформи 1998 року<sup>99</sup>. Однак з часом утворення таких органів стало масовим і їх кількість ста-

<sup>98</sup> Singh M. P., *German Administrative Law*. (Springer-Verlag 1985) 19-31. 194 p.

<sup>99</sup> Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України від 22.07.1998 № 810/98. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/810/98>

ла навіть більшою, ніж міністерств. Це призвело до послаблення ролі уряду, втрати його впливу на інші органи виконавчої влади, наділивши надмірними повноваженнями Президента у сфері відповідальності уряду. Спостерігалися випадки надання спеціального статусу навіть міністерствам, встановлювалася підпорядкованість Президентів України навіть Головного управління державної служби України тощо. Тому розробники Концепції адміністративної реформи закріпили в її тексті положення, що всі питання правового статусу органів виконавчої влади зі спеціальним статусом та взаємовідносин з іншими органами мають вирішуватися шляхом прийняття законів, що визначають повноваження і порядок діяльності саме цих органів. Однак їх упорядкування відбувалося дуже складно, на що сильно впливали політичні сили.

Чітке розділення органів виконавчої влади зі спеціальним статусом, які підпорядковуються урядові, та особливих державних органів з регуляторними повноваженнями, які мають бути осторонь прямих політичних впливів, відбулося у 2011 році. Законом було виведено національні комісії регулювання природних монополій, Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку та Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, із системи органів виконавчої влади та наділено їх особливим правовим статусом «державних колегіальних органів» без прив'язки до будь-якої з гілок влади<sup>100</sup>. Такий самий підхід також був закріплений новоприйнятим Законом «Про центральні органи виконавчої влади» (2011), що врегулював організацію, повноваження, види та порядок діяльності центральних органів виконавчої влади України.

В той же час слід підтримати думку, що наразі в Україні відбувається процес формування в системі публічної адміністрації окремої групи незалежних регуляторів, але про завершення такого процесу говорити ще зарано<sup>101</sup>. На їх формування та становлення впливають як політичні сили і наукові позиції дослідників, так і рішення органу конституційної юрисдикції. Стосовно ролі політики, то варто відмітити,

<sup>100</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення їх у відповідність із Конституцією України : Закон України від 7.10.2010 року. № 2592-VI.

<sup>101</sup> Загальне адміністративне право 172.

що проєктом Коаліційної угоди 2014 року, підготовленої політичною силою колишнього Президента України, передбачалися положення, присвячені незалежним регуляторам, та визначалася належність формування складу національних комісій до повноважень Президента України. Також було зареєстровано проєкт Закону України «Про внесення змін до Конституції України», внесений Президентом України, яким передбачалося на конституційному рівні закріпити повноваження Президента України з призначення та звільнення з посад голів і членів національних комісій, що здійснюють державне регулювання природних монополій, у сферах зв'язку та інформатизації, ринків цінних паперів і фінансових послуг.

Ми вважаємо, що такі спроби відображають переважно наміри закріпити за тим чи іншим суб'єктом впливу на регулятора, а не забезпечити його ефективну організацію та діяльність. Досить виваженим, як видається, є підхід, який було застосовано відносно Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг. НКРЕП є центральним органом виконавчої влади, який приймає регуляторні акти незалежно і не допускається будь-який вплив на діяльність цієї Комісії з боку інших органів публічної влади та приватних осіб.

Науковці, що здійснюють дослідження появи та діяльності незалежних державних регуляторів на основі досвіду держав-членів ЄС, підтримують позицію наділення їх належним ступенем незалежності та інституційної самостійності у прийнятті регуляторних рішень<sup>102</sup>.

Натомість іншим шляхом пішов Конституційний Суд України. У рішенні № 5-р/2019 від 13 червня 2019 року КСУ став на доволі консервативну позицію і зазначив, що поділ державної влади на законодавчу, виконавчу і судову зумовлює безумовну належність певного органу влади до однієї із зазначених гілок влад або мати особливо визначений Конституцією статус. Виходячи із цього робиться висновок, що у тексті Конституції має бути передбачена певна владна інституція, яка існує поза вказаними інститутами влади:

<sup>102</sup> Ващенко Ю. В. (2014) Незалежні регуляторні органи в сфері охорони здоров'я: європейський досвід та перспективи розвитку в Україні. *Право і громадянське суспільство* 1, 211-220.

*«Визначення в Конституції України найменування органу державної влади, його кількісного складу, порядку формування, суб'єктів призначення/обрання та звільнення його членів та/або керівника тощо унеможливилює зміну засад діяльності такого органу інакше ніж шляхом внесення змін до Основного Закону України».*

Такий ригідний (строгий) підхід у формуванні нагадує логіку складання конституційного тексту як своєрідної інструкції по приготуванню бануша<sup>103</sup>. Насправді, значне число інститутів влади безпосередньо не передбачено Конституцією і вони можуть створюватися на основі Конституції і певного спеціалізованого закону, який регулює специфічну сферу діяльності (наприклад, досудове слідство чи регулювання цін). Звісно, що такі інститути не можуть перебувати у залежності від політичного крила виконавчої влади – уряду чи її бюрократичної складової – публічної адміністрації. У першому випадку страждатиме справедливість правосуддя, а в другому – ринок.

Однак, попри це, при оцінці окремих положень Закону № 1540, що регулював діяльність Національної комісії з регулювання ринку енергетики та комунальних послуг, Конституційний Суд визнав її статус як незалежного регулятора неконституційним. Хоча в самому рішенні йдеться, що цей орган «не належить ні до органів законодавчої, ні до органів судової влади ... до системи органів виконавчої влади, її роботу не спрямовує і не координує Кабінет Міністрів України». А потім здійснюється різкий поворот у побудові аргументації рішення і робиться висновок, що «за функціональним призначенням, сферою діяльності, компетенцією Комісія має ознаки центрального органу виконавчої влади», а тому це «не узгоджується із Конституцією». Насправді, фактично без належної аргументації КСУ, констатувавши, що Комісія, будучи поза законодавчою, виконавчою та судовою владами, є по суті незалежним регулятором, все ж таки навіть міркування, що:

<sup>103</sup> Бануш – популярна страва серед гуцулів – представників українського субетносу, – яка готується на основі кукурудзяної муки на відкритому вогнищі у казані шляхом обережного її висипання у киплячі вершки та помішування на помірному вогні до виділення масла. Після готовності подається порційно у глиняні тарілки, посипається шкварками і бринзою. Насправді якогось єдино визнаного рецепту приготування бануша немає, тому і тут про єдино правильний рецепт говорити недоречно – головне тут приготування смачної страви.

*«утворення постійно діючого незалежного державного колегіального органу, який за функціональним призначенням, сферою діяльності, повноваженнями має ознаки центрального органу виконавчої влади, але не підпорядковується Кабінету Міністрів України і не належить до системи органів виконавчої влади, не узгоджується із Конституцією України».*

Дещо пізніше ця позиція була повторена КСУ у справі, яка стосувалася повноважень Національного антикорупційного бюро України (НАБУ) оскаржувати недійсність цивільно-правових угод у суди, якщо у цього органу влади виникли обґрунтовані підстави вважати так – у справі за конституційною скаргою АТ «Запорізький завод феросплавів», який посідає домінуюче місце на відповідному сегменті ринку. Справа стосувалася можливості Національного антикорупційного бюро України як органу досудового слідства звернутися до суду з вимогами про визнання угод недійсними до завершення досудового слідства і фактично до встановлення судом винуватості особи у вчиненні злочину (рішення № 4-р(II)/2019). З незрозумілих причин КСУ взяв на озброєння підхід, що лише прокуратура може звертатися до суду із такого роду питаннями, хоча при здійсненні досудового слідства можуть виникнути підстави для невідкладного звернення до суду, хоча би з міркувань збереження цілісності майна та недопущення порушення прав інших членів акціонерного товариства.

*«Закріплення в Конституції України повноважень органу державної влади, його кількісного складу, порядку формування, суб'єктів призначення/обрання та звільнення його членів та/або керівника тощо унеможлиблює зміну засад діяльності такого органу інакше ніж шляхом внесення змін до Основного Закону України».*

Хоча НАБУ не передбачений безпосередньо Конституцією і його можна віднести до органів досудового слідства, КСУ чомусь побачив тут делегування повноважень, оскільки ніби прокуратура не може передавати свої повноваження іншим органам влади. Суд ніби виходив із того, що при конкретизації положень Конституції не може бути викривлення її положень. З цього приводу КСУ у рішенні зазначив, що:

*«Основний Закон України не наділяє Верховну Раду України як єдиний орган законодавчої влади в Україні правом делегувати консти-*

*туційні повноваження прокуратури як конституційно визначеного державного органу іншим органам поза межами, встановленими конституційними нормами».*

Насправді тут має місце здійснення прокуратурою субсидіарного повноваження щодо представництва інтересів держави, як зазначає стаття 131 Конституції України, «у виключних випадках» – адже таке формулювання її представницьких повноважень означає, що за звичайних умов такі повноваження мають здійснюватися компетентним органом. І лише за ситуацій, коли компетентний орган неналежно або взагалі не здійснює повноваження щодо звернення до суду з питань, що стосуються його предмета відання, тоді прокуратура має здійснити повноваження щодо представництва інтересів держави у суді, зокрема шляхом звернення до суду.

Проблема усвідомлення та осмислення появи нових за статусом органів у державному механізмі та зіставлення 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 дійшов 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 – стосовно 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 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, лякає<sup>104</sup>.

Зазначений досвід має певне значення для діяльності подібних інститутів в Україні. 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.

Комісія у справах цінних паперів та фондового ринку була утворена Указом Президента України у 1995 році як Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку у статусі центрального органу виконавчої влади зі спеціальним статусом. У 2011 році орган змінив свою назву на Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку та нині діє як державний колегіальний орган, підпорядкований Президенту України, підзвітний Верховній Раді України. Основне завдання Комісії – державне регулювання ринку цінних паперів.

Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, була утворена Указом Президента України у 2011 році та є державним колегіальним органом, підпорядкованим Президенту України, підзвітним Верховній Раді України. Цей орган є органом державного регулювання у сфері телекомунікацій, інформатизації, користування радіочастотним ресурсом та надання послуг поштового зв'язку.

Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, була утворена в 2016 році законом

<sup>104</sup> Hermann Pünder. Вказана праця.

та є постійно діючим незалежним державним колегіальним органом, метою діяльності якого є державне регулювання, моніторинг та контроль за діяльністю суб'єктів господарювання у сферах енергетики та комунальних послуг. Вона щорічно, до 1 квітня року, наступного за звітним, подає до Верховної Ради України звіт про свою діяльність, тому де-факто є підзвітною парламентові.

Комісія із регуляторними повноваженнями у справах ринків фінансових послуг була утворена у 2002 році Указом Президента як Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг України. У 2011 році орган змінив назву на Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, та є державним колегіальним органом, підпорядкованим Президенту України, підзвітним Верховній Раді України.

Всі з перелічених регуляторів утворюються у складі шести членів та голови. Голови та члени Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку та Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, призначаються та звільняються з посад Президентом України шляхом видання відповідного указу. Члени Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, так само призначаються указом Президента України, однак процедура конкурсного відбору передбачена законом, що визначає правовий статус цієї комісії, а її голова обирається членами шляхом таємного голосування.

Як на членів комісій, так і на працівників апаратів комісій поширюється правовий статус державних службовців. Тому вимоги та обмеження, дисциплінарна відповідальність, їх кар'єрний ріст здійснюється відповідно до вимог Закону «Про державну службу».

#### 2.4. Економічний аналіз права та регуляторна держава

Оскільки регуляторна діяльність пов'язана тісно із здійсненням економічних свобод, то існують різноманітні моделі втручання держави в особі незалежних агентств у їх здійснення, які потребують свого обґрунтування у світлі засад поваги до прав людини та пропорційності. Більшістю цих питань опікується такий напрям наукових досліджень, який отримав запропоновану Джеймсом Б'юкененом назву конституційної економіки. На його думку, основним призначенням конституційної економіки є забезпечення вибору [легітимних конституційних] обмежень, на відміну від вибору у рамках [економічних] обмежень згідно з класичною економічною теорією, яка бере витоки з вчення Адама Сміта<sup>105</sup>. Акцентуючи увагу на альтернативах політичного вибору (власне кажучи, конституційних моделей легітимності втручання у свободу економічної діяльності) і зумовлених цим вибором 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).

1) **Концепція трансакційних видатків Річарда Коуза.** Дана теорія<sup>106</sup> 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 збалансованим, оскільки порушення балансу втручання в економічні свободи є джерелом корупції, а також сповільнення економічного розвитку. Разом з тим, ця теорія також пояснює породження

<sup>105</sup> Б'юкенен Дж. Вказана праця. 168.

<sup>106</sup> Коуз Р. Фирма, рынок и право. (Дело 1993).

корупції як соціального інституту, який знижує трансакційні видатки, що пов'язано із постколоніальним минулим чи подоланням авторитарних практик правління.

2) **Вартісна теорія Річарда Познера.** Згідно із Р. Познером<sup>107</sup>, 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 (належна правова процедура), та проблема обґрунтованості рішень органів публічної влади з точки зору їх правової визначеності та додержання вимог процедури.

На подібній позиції також стоять Нільс Петерсен та Емануель Тоуфай<sup>108</sup>, які розглядають в такій якості конституційні цілі по обмеженню влади та гарантії 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.

3) **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 слугують основним критерієм правомірності рішень публічної адміністрації<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> Познер. Р. Экономический анализ права. В 2-х т. Т. 2. (Экономическая школа 2004) 2, 829-838.

<sup>108</sup> Niels Petersen and Emanuel V. Towfigh. *Economic Methods and legal reasoning* (University of Muenster 2015) 1-17.

<sup>109</sup> James M. Buchanan. *Between Anarchy and Leviathan*. (Chicago University Press 1977); Geoffrey Brennan and James M. Buchanan. *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*. (Academic 2008).



Йозеф Шумпетер розглядав економіку як цілісну систему, параметри якої є взаємоузгодженими, розвиваються на основі свободи та поєднують у собі економічний розвиток в рамках економічних циклів<sup>110</sup>. На циклічній природі економічних процесів наголошують Фернан Бродель та Микола Кондратьєв<sup>111</sup>. Економічна система цілком згідно із висновками Нікласа Лумана є автопоетичним конгломератом. Вона є відкритою і самодостатньою, що служить запобіганням випадків ентропії у формулюванні правил<sup>112</sup>, 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. Насамкінець, Томаш Седлачек наголошує на тому, що лібералізм не надає очевидної відповіді щодо етосу економічної діяльності та ідеї саморегулювання ринку, які насправді є взаємодоповнюваними<sup>113</sup>.

На початку ХХ століття американський вчений Чарлз Бірд зазначав, що конституція налаштовує уряд сприяти утриманню благ і передачі благ невеликій меншині людей, дбаючи насамперед їхнім безпосереднім майновим інтересам<sup>114</sup>. 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 використання<sup>115</sup>. Джонатан Мейсі зазначає, що інтерес громадян до постконституційної політики проявляється у формі фракцій чи спеціальних груп інтересів, метою яких є здійснити перерозподіл благ для

<sup>110</sup> Йозеф А Шумпетер, Теорія економічного розвитку ... 21 і наст., 203 і наст.

<sup>111</sup> Фернан Бродель, Вказана праця; Н.Д. Кондратьєв, Вказана праця.

<sup>112</sup> Луман Ніклас. Общество ... 29, 67.

<sup>113</sup> Томаш Седлачек, Вказана праця.

<sup>114</sup> Beard Charls. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. (Macmillan 1913).

<sup>115</sup> Posner Richard. *Economic Analysis of Law*. (3d ed. Little, Browne and Co. 1986) 3-10.

себе як населення в цілому<sup>116</sup>. Для цього уряд здійснює регулювання на ринку, зокрема таких делікатних сфер, 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 дистриб'ютором 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 – наприклад, газодобування, 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 суперренти 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 агентами<sup>117</sup>. Звідси важливість судового перегляду юридичних актів незалежних агентств на предмет верховенства права та додержання вимог належної правової процедури.

## 2.5. Судовий контроль та регуляторна держава

Саме заснування незалежних регуляторних агентств передбачає, що суперечності щодо законодавчого регулювання та його конкретизації у регуляторних актах визначається через судовий перегляд відповідних юридичних актів. Це доволі складне питання поглиблюється різноманіт-

<sup>116</sup> Macey, Jonathan R. *Competing Economic ...* 57-58.

<sup>117</sup> Ginsburg Tom. *Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts* (2002) 3.1 *Theoretical Inquiries in Law* 51.

ністю моделей конституційного контролю та організації судів загальної юрисдикції. При континентальній системі права судовий контроль розподіляється між конституційною та загальною судовими юрисдикціями. Однак у судових системах, де акти публічної адміністрації підконтрольні адміністративній юрисдикції, існують переваги, які пов'язані із обов'язком доказування незалежними агентами правомірності своїх рішень, на відміну від систем із цивільною юрисдикцією, в яких тягар доказування лежить на стороні, яка стверджує про наявне правопорушення.

Суть судового контролю полягає у забезпеченні законності. У публічно-правових відносинах всі органи публічної адміністрації та їх посадові особи повинні дотримуватися чинного законодавства у всіх сферах своєї діяльності. Саме через судовий контроль актів публічної адміністрації вирішується конфлікт між правами людини і демократією.

Судовий контроль – це самостійна форма реалізації судової влади, так само як і правосуддя, що вимагає проведення їх порівняльної характеристики. На думку Л. Сушко, судовий контроль як самостійна форма реалізації судової влади володітиме такими особливостями, що відрізняють його від здійснення правосуддя: під час судового контролю реалізується правоохоронна функція держави; являє собою конституційно встановлений механізм реалізації права громадян на судовий захист; предметом розгляду і судової оцінки є акт відповідного органу або посадових осіб, або їх дії чи бездіяльність<sup>118</sup>.

В Україні спори, пов'язані з діяльністю суб'єктів владних повноважень, віднесено до юрисдикції адміністративних судів. Особливістю адміністративного судочинства є специфіка публічно-правових відносин. Зазвичай учасники таких відносин наділені нерівними можливостями, оскільки, як правило, відповідачем є суб'єкт владних повноважень і тягар доказування правомірності його дій покладається саме на нього. Суд має при вирішенні публічно-правового спору вжити усі заходи для того, щоб порушені публічною адміністрацією права були відновлені, а збитки відшкодовані.

<sup>118</sup> Сушко Л. П. Організаційно-правові засади здійснення судового контролю в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 (Київ 2009) 90.

Під час розгляду адміністративних справ, предметом яких є управлінські правовідносини у різних сферах, суд приймає рішення про законність або незаконність того чи іншого управлінського акта, а в ряді випадків поновлює законність з моменту прийняття ним рішення. Судові рішення або скасовують, або змінюють незаконні акти органів виконавчої влади (їх посадових осіб), або ж не визнають юридичної сили за такими, що суперечать закону<sup>119</sup>.

Цікавим є наступне питання. Установлюючи порушення в реалізації власної компетенції суб'єктом владних повноважень, чи може суд обмежитися констатацією такого порушення? Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) неодноразово у своїх рішеннях, аналізуючи національні системи правового захисту на предмет дотримання права на ефективність внутрішніх механізмів в аспекті забезпечення гарантій, визначених статтею 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, указував: для того щоб бути ефективним, засіб захисту має бути незалежним від будь-якої вжитої на розсуд державних органів дії, бути безпосередньо доступним для тих, кого він стосується; спроможним запобігти виникненню або продовженню стверджуваному порушенню чи надати належне відшкодування за будь-яке порушення, яке вже мало місце<sup>120</sup>.

Порушення прав, свобод та інтересів особи може відбуватися суб'єктом владних повноважень щодо останніх двома способами – пасивним (порушення, шляхом нерозгляду питання щодо реалізації прав) та активним (шляхом відмови в реалізації прав особи, найчастіше обґрунтовуючи це дискреційними повноваженнями й наявністю можливостей самостійно вирішувати відповідні питання). В обох цих випадках має місце реальний, а не формальний захист і відновлення порушеного права. Позивач не лише вимагає визнання протиправними дій (бездіяльності), а й – оскільки така діяльність прямо суперечить Конституції України, законам і спеціально-дозвільним принципам діяльності суб'єктів владних повноважень – захист повинен відбуватися

<sup>119</sup> Арато Є. Відродження, занепад і реконструкція громадянського суспільства (1996) 1 *Політична думка* 69.

<sup>120</sup> *Garnaga v. Ukraine*, App. № 20390/07, Judgment 18 August 2013.

шляхом спонукання до виконання компетенційного обов'язку легалізувати своїм рішенням чи дією передбачене право особи<sup>121</sup>.

Згідно з практикою ЄСПЛ суди мають перевіряти факти перевищення повноважень суб'єктами влади і дотримання принципів верховенства права, пропорційності та забезпечення рівноваги інтересів, права особи на взяття участі в ухваленні рішення щодо неї тощо. У Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи R (2004) 20 щодо судового перегляду адміністративних актів акцентується увага на тому, що адміністративні суди повинні мати повноваження оцінювати правомірність діянь (рішень, дій чи бездіяльності) публічної адміністрації. Відповідно до принципу 1 Рекомендації адміністративні суди мають мати можливість здійснювати контроль будь-якого порушення закону, в тому числі недотримання органом влади процедурних норм і зловживання повноваженнями.

Контроль адміністративних судів за рішеннями, діями, бездіяльністю публічної адміністрації є «зовнішнім» контролем правомірності, а не адміністративної доцільності. Суди країн континентальної системи права, до якої відноситься також і Україна, виконують функцію перевірки застосування закону до конфліктних правовідносин. В англосаксонській системі суди створюють правила поведінки, правові норми.

Як справедливо підсумував С. Корф, у процесі свого розвитку інститут адміністративної юстиції все ближче наближався до теорії *détournement de pouvoir*, відповідно до якої адміністративні суди мають контролювати всі адміністративні акти не тільки з точки зору їх зовнішньої форми, тобто відповідності закону, а й перевіряти внутрішню форму – чи відповідають ці акти меті закону. При визначенні, чи порушено актом право громадянина, адміністративний суд не повинен обмежуватися будь-якими штучними межами, відповідно до яких адміністрація звільняється від судового контролю своїх дій<sup>122</sup>.

<sup>121</sup> Ільницький О. Обрання способу судового захисту у справах із використанням дискреційних повноважень суб'єктами публічної адміністрації. (2017) 4 *Підприємство, господарство і право* 110.

<sup>122</sup> Корф С.А. Административная юстиция в России. Книга третья. Административная юстиция: конец XIX – начало XX века : Хрестоматия. Ч.1. (Воронеж 2004) 711.

Тобто суд має виходити за межі позовних вимог, якщо це необхідно для захисту прав, свобод та інтересів людини та громадянина. Суд не може обмежуватися лише перевіркою якогось конкретного адміністративного акта, який оскаржується, а має перевіряти і пов'язані з ним інші акти. Суд має вжити усі заходи для того, щоб порушені публічною адміністрацією права людини були захищені.

Важливим питанням є межі правової перевірки судами адміністративних актів. Для прикладу розглянемо таку державу як Німеччина. Крістіан Райтемаєр справедливо зазначає, що судова практика та доктринальна адміністративно-процесуальна наука зайняли дві кардинально протилежні позиції щодо вирішення питання змісту (меж) правової перевірки судами адміністративних актів, виданих у межах вільного розсуду. Федеральний адміністративний суд і Федеральний конституційний суд мають єдину позицію – визнають необмежену компетенцію адміністративних судів у питаннях перегляду адміністративних актів. Підставою для такої позиції слугують положення абз. 4 § 19 Основного Закону ФРН, за яким будь-який акт державної влади підлягає повному судовому контролю.

Згідно з німецькою судовою практикою, лише в деяких виняткових випадках судовому контролю не підлягають рішення адміністративних органів, а саме: 1) рішення екзаменаційного характеру (випускні іспити у школі, державні іспити тощо) і подібні до них; 2) надання керівниками характеристик державним службовцям; 3) рішення оціночного характеру органів, у склад яких входять особливі експерти чи представники інтересів різних суспільних груп; 4) рішення-прогнози чи оцінки ризиків, передусім у сферах екологічного і економічного права; 5) рішення адміністративно-політичного характеру. Разом із тим, як зазначає Райтемаєр, якщо іспит зачіпає основоположне право вільного вибору професії (ст. 12 Основного Закону), згідно з рішеннями Федерального конституційного суду можлива повна (змістовна) судова перевірка екзаменаційного рішення.

Німецькі суди перевіряють такі обставини, які виникають при виконанні публічною адміністрацією владних управлінських функцій: 1) перевищення меж вільного розсуду; 2) незастосування вільного розсуду, коли це мало враховуватися за законом; 3) помилкове застосування

розсуду (коли адміністративний орган не керується цілями наданого йому повноваження чи виходить у процесі прийняття рішень з обставин, що не стосуються справи); 4) порушення основних прав і загальних конституційних принципів при прийнятті акта, зокрема меж розсуду (насамперед, принципу пропорційності)<sup>123</sup>.

В Україні адміністративні суди у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень перевіряють наступне: чи прийняті (вчинені) вони на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України; з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано; обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії); безсторонньо (неупереджено); добросовісно; розсудливо; з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації; пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія); з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення; своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Слід зазначити, що якщо індивідуальне рішення органу публічної адміністрації зачіпає права та законні інтереси заінтересованих осіб, то має застосовуватися процедура, яка передбачена законом. Необхідно гарантувати кожній особі право на неупереджене вирішення її справи протягом розумного строку, а також відшкодування збитків, які завдані приватній особі публічною адміністрацією.

Варто зауважити, що у більшості європейських держав протягом довгого часу обмежувався судовий перегляд адміністративних дій. Таке обмеження ґрунтувалося на ідеї, що за принципом поділу влади судді не повинні втручатися у діяльність органів виконавчої влади.

У сучасній державі, яка має правові норми та загальні інтереси як критерії, адміністративні дії та судовий перегляд не є змагальними,

<sup>123</sup> Райтемайер К. Полномочия административных судов Германии в вопросах контроля за содержанием наполнением неопределенных правовых понятий, условий и использованием усмотрения администрацией. Thomas Mann (Hg.). *Grundstrukturen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und der Ukraine*. (Universitätsverlag Göttingen 2011) 195.

а доповнюють один одного. Органи державної влади та суди мають однакові критерії та працюють в одному напрямі: вони шукають найкраще рішення з точки зору права та спільного інтересу. Судовий перегляд має розглядатися як засіб поліпшення раціональності та якості адміністративного рішення. Якщо суд визнає оскаржуване рішення як законне, то воно є легітимним для державного органу. Якщо рішення скасовано судом, то для державного органу це є позитивом, оскільки усунуто його погане рішення<sup>124</sup>.

Проте варто зазначити, що спостерігається певна напруженість між чиновниками і суддями, урядом і судами. Жоден суб'єкт владних повноважень не бажає, щоб його діяльність перевірялася судом. Адже необхідно буде пояснювати свої рішення, подавати докази, відповідати на запитання судді тощо.

Критична реакція щодо судового контролю публічної адміністрації може відбутися, зокрема, на політичному рівні, коли суди відмінюють важливі проекти, в які виконавчий орган значно інвестував. Демократична легітимність і навіть економічна ефективність чи фінансова необхідність потім виглядають як скомпрометовані судовим контролем, який є занадто жорстким. Скасування адміністративного рішення може бути дуже шкідливим для адміністративних дій. Наприклад, якщо суд скасовує важливий тендер або дозвіл на публічний проєкт, це може мати серйозні наслідки з фінансової точки зору або затримувати очікувані заходи. Як тоді можна зменшити ризик такого судочинства без обмеження контролю? Як можна коригувати наслідки судового контролю публічної адміністрації? У багатьох судових системах першим кроком стало усвідомлення того, що скасування адміністративної дії часто є недостатнім і надмірним, оскільки створює юридичну порожнечу, яку важко заповнити. Суддя може допомогти подолати цю порожнечу, вказавши публічній адміністрації шлях та закони, яких необхідно дотримуватися, а потім вказати, які заходи треба вжити<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> Jean-Marie Woehrling: Protecting Legality: Public administration and judiciary in EU countries. How to conciliate executive accountability and judicial review? *Conference on Public Administration Reform and European Integration* (Budva, Montenegro 26-27 March 2009) 8-9.

<sup>125</sup> Ibid, p. 9.

Адміністративна юрисдикція зародилася у континентальній Європі в результаті боротьби народу з деспотичним урядом і перетворилася на один із головних символів перемоги права над деспотизмом. Французькі юристи асоціюються з їх системою, де контроль над адміністративною владою довірено адміністративним судам, а не судам загальної юрисдикції. Як сказав професор Ролан: «Францію ця система повністю задовольняє». Адміністративні акти не підлягають перегляду судами загальної юрисдикції, бо це вимагає знань з адміністративного права та адміністративної діяльності. В судах загальної юрисдикції таких знань нема. Загальноновизнаним правилом у французькому праві є те, що судді адміністративних судів мають високий рівень знань з адміністративного права<sup>126</sup>.

У деяких країнах існують процедури, за допомогою яких державні органи (або нижчі суди) можуть звертатися до вищих судів щодо тлумачення закону або положення. Така процедура попереднього вирішення може уникнути прийняття незаконних рішень. Ця система існує у Франції. Звичайно, що така процедура може виявитися несправедливою, оскільки поради, надані судом, можуть розглядатися як попереднє рішення чи привілей на користь державних органів. Тому цю процедуру слід проводити з обережністю<sup>127</sup>.

Часто на практиці виникає питання: як пом'якшити наслідки судового контролю з метою забезпечення адміністративної ефективності?

Є кілька традицій судового перегляду дій адміністрації у Європі. У деяких країнах історична традиція полягала в наданні судового перегляду звичайним судам. В інших випадках були створені спеціальні адміністративні суди. Сьогодні ці «органічні» відмінності зменшуються, оскільки навіть у державах, де існує традиція єдності судової системи, є потреба в спеціалізації, в цивільних судах, щоб впоратися зі збільшенням складностей у праві. З іншого боку, у країнах, де існують адміністра-

<sup>126</sup> Fadil Zendeli, Memet Memeti, Agron Rustemi. Judicial Control over Public Administration. (2002) 2(8) Acta Universitatis Danubius. Juridica 95. URL: <http://journals.univ-danubius.ro/index.php/juridica/article/view/1445/1246>

<sup>127</sup> Woehrling Jean-Marie. Protecting Legality: Public administration and judiciary in EU countries. How to conciliate executive accountability and judicial review? *SIGMA. Support for Improvement in Governance and Management*. (2009) 10. URL: <http://www.sigmaxweb.org/publications/42755351.pdf>

тивні суди, вимоги незалежності та неупередженості є однаковими як для суддів адміністративних судів, так і для суддів цивільних судів<sup>128</sup>.

Сьогодні можна зробити висновок, що між спеціалізованими адміністративними палатами в цивільних судах і автономними адміністративними судами немає великої різниці. Іноді процесуальні правила, що застосовуються в цих двох формах організації, відрізняються, оскільки цивільні суди, як правило, застосовують процедуру змагальності, адміністративні суди застосовують більш «інквізиторську» процедуру. Але в обох випадках процедура повинна адаптуватися до особливостей адміністративних питань і поважати принцип справедливого судового розгляду. У багатьох випадках, наприклад, як це є в Іспанії або Нідерландах, різниці між спеціальним адміністративним судом і цивільним судом, що спеціалізується на адміністративному судочинстві, практично нема. В Європі спостерігаються дві тенденції в системах судового перегляду:

1) процедурна, при якій суди концентрують свій контроль на «процедурній коректності» адміністративних дій. Найкращий спосіб дізнатися, чи є прийняте рішення правильним, – перевірити, чи було зроблено це за справедливою процедурою, яка дає змогу кожній зі сторін висловити свою думку;

2) субстантивна, при якій судовий контроль поширюється на сутність рішення: роль судді полягає в тому, щоб з'ясувати, які закони застосовуються в даній ситуації. Процедурні правила – це лише інструменти, що дають змогу з'ясувати «правильне рішення», яке відповідає «правовій правді»<sup>129</sup>.

Конституційне судочинство забезпечує захист прав двома шляхами: шляхом абстрактного контролю юридичних актів органів публічної влади та розглядом індивідуальних скарг. Континентальна, кельзенівська модель спеціалізованого конституційного суду запроваджена за для захисту конституції як інструменту обмеження владного свавілля. Тобто у будь-якого конституційного суду є двоєдина функція – забез-

<sup>128</sup> Ibid, p. 4-5.

<sup>129</sup> Ibid, p. 5.

печення поділу влади та гарантування прав людини. Запровадження правосуддя здійснюється з метою запобігання свавілля виконавчої влади. Судовий контроль за актами, діями (бездіяльністю) публічної адміністрації є важливим елементом верховенства права та забезпечення поваги до прав людини. Стосовно обмеження свавілля законодавчої влади шляхом судової перевірки законів завжди виникають дебати щодо можливості суддів обмежувати представників народу, які обрані шляхом прямих виборів до парламенту.

Незалежність суду є запорукою втілення принципу поділу влади та запобігання концентрації влади в одних руках. Адже йдеться про наявність арбітра, який може за допомогою юридичних засобів стримувати законодавчу і виконавчу владу від політичних ексцесів та гамувати політичні пристрасті та амбіції.

Завданням конституційної юстиції є вирішення питання конституційності, тобто забезпечення верховенства конституції як акта установчої влади народу. Попри все, за справедливим міркуванням Ермакори, ефективність конституційної юстиції вимірюється за трьома критеріями: застосовності, легітимності та гарантованості<sup>130</sup>.

Принцип верховенства права тісно пов'язаний із доктриною самообмеження конституційної юстиції. Самообмеження у юрисдикції органів конституційної юстиції полягає у відмові від втручання у політику. У процесуальній ухвалі від 5 березня 1998 р. Конституційний Суд України зазначив, що вирішення політичних питань суперечить його призначенню як єдиного органу конституційної юрисдикції, оскільки будь-яка політична діяльність є несумісною з діяльністю як суддів загальносудової юрисдикції, так і конституційних суддів. Самообмеження конституційних судів зводиться до того, що суди обережно вирішують наступні категорії питань: а) зовнішньої політики; б) щодо підстав застосування надзвичайних засобів захисту конституції; в) щодо реалізації конституційного розсуду парламентом при законодавчому регулюванні; г) відносини між вищими інститутами влади, що впливають із перебігу політичного процесу. Конституційні суди тут можуть втручатися, якщо є

<sup>130</sup> Ermacora F. *Grundriss der Menschenrechte in Österreich*. (Manzsche Verlag 1988) 30.

істотні процесуальні порушення і вони впливають на сутність рішення та порушують права і свободи людини. У такий спосіб конституційні суди дистанціюються від гострих питань перебігу політичного процесу.

## Висновки

В Україні сформувалося досить консервативне та формалістичне розуміння конституційного принципу поділу влади. Звідси необхідно говорити про запровадження розмежування політичних та адміністративних функцій у виконавчій владі. Ці міркування є ключовими при тлумаченні Конституційним Судом принципу поділу влади. При такому підході виникає необхідність внесення змін до Конституції України, в якій необхідно визначити спеціальні повноваження Верховної Ради та Президента для здійснення окремих прерогатив діяльності незалежних регулюючих органів. Це викликає питання, які пов'язані із забезпеченням гарантій незалежності та безсторонності регуляторних органів. Вживаний в українському праві концепт центрального органу виконавчої влади (далі – ЦОВВ) небездоганий. Адже органам на кшталт НКРЕП насамперед має гарантуватися незалежність від втручання з боку уряду. Логіка конструкту ЦОВВ полягає в тому, що такого роду орган має підпорядковуватися Кабінету Міністрів, хоча насправді НКРЕП згідно із Законом № 1540-VIII ухвалює рішення незалежно від уряду і не допускається будь-який вплив на процес прийняття цих рішень з боку інших органів публічної влади та приватних осіб.

### Розділ 3.

## ОКРЕМІ ПИТАННЯ БІЗНЕСУ І ПРАВ ЛЮДИНИ<sup>131</sup>

Взаємозв'язок бізнесу і прав людини є суперечливим з огляду на природу економічних відносин. З правової точки зору тут ми маємо горизонтальні зв'язки між приватними особами, одна із яких посідає монопольне становище і може диктувати умови іншому контрагенту, хоча за постулатами приватного права обидві сторони вступають у відносини на засадах взаємності, еквівалентності та рівності. Однак тут слід звертати увагу на фактичний стан речей, який з точки зору юридичної аргументації є необхідною складовою для верифікації юридичного складу. Якщо держава не реагує належним чином на викривлення відносин між бізнесом (комерсантами, підприємцями, роботодавцями) та слабкішою стороною (споживачами, працівниками, приватними особами), то держава перетворюється фактично в агента, оскільки бездіяльність щодо вирівнювання становища у таких відносинах є потуранням саме на користь бізнесу, який таким чином стає принципом. Це доволі парадоксальна ситуація. У перехідних демократіях у разі слабкої інституційної спроможності національної держави функцію вирівнювання частково беруть на себе міжнародні організації, які впроваджують стандарти поваги до прав людини у відносинах із бізнесом. Окремим гострим питанням є забезпечення бізнесом прав людини в умовах міжнародного конфлікту на сході України. Слід також зважати на конституційні засади соціального партнерства між бізнесом та при-

<sup>131</sup> Авторка розділу – Уварова Олена Олександрівна, кандидатка юридичних наук, доцентка, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

ватними особами, відповідно до чого держава несе обов'язок захищати права людини та забезпечувати відповідні стандарти поведінки з боку бізнесу. Про описані проблеми йтиметься далі.

### 3.1. Бізнес як носій зобов'язань у сфері прав людини

Сьогодні беззаперечним є той факт, що бізнес здійснює позитивний і ґрунтовний внесок у реалізацію прав людини, адже компанії надають можливості для працевлаштування та розвитку навичок, що у свою чергу сприяє реалізації права на працю за справедливою винагородою та досягненню гідного рівня життя. Сплачені від підприємницької діяльності податки спрямовуються на вирішення загальносуспільних завдань, наприклад, у сфері охорони здоров'я, освіти та житлового господарства, які безпосередньо впливають на здійснення прав людини. Але при цьому своєю діяльністю підприємства можуть завдавати шкоди правам людини, зокрема, використовуючи примусову працю, дискримінуючи працівників, втручаючись у приватність співробітників та/або споживачів або забруднюючи навколишнє середовище<sup>132</sup>. Це цілком логічно ставить питання про накладання на бізнес зобов'язань у сфері прав людини.

Професор Джон Раггі, який відіграв визначальну роль у розробці сучасної концепції бізнесу і прав людини, описує ці процеси так:

*«Обов'язок держави захищати права людини від порушень є основоположним. Він включає в себе захист від зловживань з боку третіх осіб. З чим ми стикнулися, коли працювали над питанням бізнесу і прав людини? У переважній більшості випадків держави не мають чіткого розуміння своїх конкретних зобов'язань щодо забезпечення дотримання бізнесом прав людини. Відповідне розуміння відсутнє й на рівні міжнародних стандартів у сфері прав людини. Договірні органи ООН з прав людини лише епізодично посилалися на них.*

<sup>132</sup> O'Brien C. M. Business and human rights: a handbook for legal practitioners. (Council of Europe 2018) URL: [https://www.coe.int/en/web/national-implementation/publications/handbooks?fbclid=IwAR29oo9X1\\_6Jj9A6dhHmG-TDp7RzoQX5vBueoH-o811MPjBxpcdGI9E-z5c](https://www.coe.int/en/web/national-implementation/publications/handbooks?fbclid=IwAR29oo9X1_6Jj9A6dhHmG-TDp7RzoQX5vBueoH-o811MPjBxpcdGI9E-z5c)

Одна з моїх задач в рамках мандата Спеціального доповідача ООН полягала в тому, щоб залучити держави до серйозних дискусій про те, що «бізнес і права людини» не є маленькою самодостатньою коробкою. Питання бізнесу і прав людини є наскрізними – вони постають, коли йдеться про корпоративні відносини, обіг цінних паперів, укладення інвестиційних договорів і торгових угод. В усіх сферах бізнес-діяльності є питання прав людини. І держави не приділяють їм уваги»<sup>133</sup>.

Уже наявні напрацювання за цією тематикою вказують на надзвичайно високу її актуальність. Керівні принципи щодо діяльності бізнесу в аспекті захисту прав людини, а також рекомендації щодо їх імплементації, вироблені на рівні ООН<sup>134</sup>, документи, розроблені й прийняті Радою Європи (серед них – Рекомендації Комітету Міністрів державам-членам щодо прав людини і бізнесу від 2 березня 2016 р.<sup>135</sup>), ініціативи, що реалізує Європейський Союз (зокрема, Директива щодо розкриття нефінансової інформації, яку держави-члени ЄС зобов'язані перенести до національного законодавства), висуває серйозні вимоги щодо розкриття господарюючими суб'єктами інформації, яка має відношення до захисту прав людини.

«Сьогодні є абсолютно очевидним, що компанії – незалежно від того, локальні чи мультинаціональні, публічні чи приватні – значно впливають на права людини, як позитивно, так і негативно»<sup>136</sup>. З цієї думки починаються численні наукові публікації, аналітичні огляди, експертні доповіді, методичні рекомендації, присвячені проблематиці, що лежить у площині «Бізнес і права людини». Адже «бізнес відіграє важливу роль у житті усіх людей, і те нагромадження питань, пов'язаних із правами людини, які ставляться перед бізнесом сьогодні, ніколи ще не було таким значним»<sup>137</sup>. Вплив бізнесу на права людини може зачіпати

<sup>133</sup> Interview with John G. Ruggie. (2012) 94(887) *International Review of the Red Cross* 896.

<sup>134</sup> Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека. URL: [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_RU.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_RU.pdf)

<sup>135</sup> Рекомендації Комітету Міністрів державам-членам щодо прав людини і бізнесу від 2 березня 2016 р. URL: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=0900016805c1ad4](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900016805c1ad4)

<sup>136</sup> <https://www.humanrights.dk/business-human-rights>

<sup>137</sup> <https://business-humanrights.org/en/platform-for-human-rights-indicators-for-business-hrib>

різних суб'єктів – працівників, мігрантів, уразливі групи (дітей, людей з інвалідністю, людей старшого віку тощо) – у різні способи – як позитивні (створення робочих місць, взаємодія з громадою, надання доступу до необхідних послуг і товарів тощо), так і негативні (дискримінація, експлуатація, шкода навколишньому середовищу та ін.) і в межах різних видів економічної діяльності (сільське господарство, текстильна промисловість, нафто- і газодобувна промисловість, фінансові, освітні, медичні послуги тощо).

Бізнесу адресовано вимогу поважати права людини при здійсненні господарської діяльності як у межах національних кордонів, так і поза ними таким чином, щоб запобігати й уникати будь-якого потенційного прямого чи непрямого негативного впливу – як у межах підприємства (і для безпосередніх працівників, і для тих, хто задіяний у ланцюгах поставок), так і ззовні – навколишнє середовище, члени громади, споживачі тощо.

Водночас, усі наведені вище свідчення затребуваності тематики зобов'язань бізнесу щодо поваги, забезпечення і захисту прав людини вказують на те, що практика значно випереджає теорію й тому вимушена розвиватися переважно без її доктринальної підтримки. Ще однією помітною тенденцією є те, що в той час, коли одні держави вже почали імплементацію Національних планів дій щодо бізнесу і прав людини або активно працюють над їх розробкою, інші практично повністю виключають проблематику «Бізнес і права людини» з порядку денного.

Маємо зазначити, що питання зобов'язань бізнесу у сфері забезпечення прав людини набули особливої актуальності в останнє десятиріччя. Дискусії з цього приводу, спрямовані на вироблення відповідних рекомендацій, дорожньої карти, яка б дозволила прийти до найбільш ефективного втілення у життя ідеї про те, що не тільки на державу, але й на бізнес покладено зобов'язання щодо поваги, дотримання і забезпечення прав людини<sup>138</sup>, призводять до того, що юридична наука вимушено постає перед необхідністю визнати: змінюється сама концепція прав

<sup>138</sup> Cirlig, Elisabeta Cirlig. Multinational Corporations and Global Justice Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Institution Florian Wettstein. *Business and human rights: from soft law to hard law?* (2016) 6(2) *Juridical Tribune* 228-246.



людини й усталені в ній підходи. Серед питань, що стають предметом таких дискусій: що є джерелом обов'язковості (зобов'язального характеру) стандартів у сфері прав людини для бізнесу, чому бізнес-структури мають слідувати їм? можливо, йдеться лише про соціальні очікування, а не про юридичну обов'язковість? якщо визнавати за такими зобов'язаннями правовий характер, то чи мають вони статус «твердого права»? яким є зміст зобов'язань господарюючих суб'єктів у сфері прав людини? яким є зв'язок між зобов'язаннями держави і зобов'язаннями бізнесу у сфері прав людини? чи обмежуються зобов'язання бізнесу тільки обов'язком поважати права людини або включають в себе також позитивні зобов'язання захищати і забезпечувати реалізацію? якою є відповідальність бізнесу за дії третіх осіб – від державних агентів до контрагентів і бізнес-партнерів?

Безумовним є те, що права людини були концептуально розроблені і нормативно регламентовані у відповідь на історичний досвід порушення людської свободи з боку держави та її органів<sup>139</sup>. Саме тому центральне місце в ідеї прав людини посідають зобов'язання держави у сфері прав людини (*state human rights obligations*), що охоплюють заборону на втручання держави у сферу індивідуальної свободи, а також вимоги щодо поваги до прав людини, їх забезпечення, захисту та сприяння реалізації<sup>140</sup>. Такі зобов'язання держави мають подвійну – міжнародно-правову та конституційно-правову – природу, адже їх юридичною підставою виступає міжнародне право щодо прав людини та конституційний правопорядок (норми та принципи конституційного права)<sup>141</sup>.

Міжнародне право щодо прав людини (або міжнародні стандарти в галузі прав людини) представляє собою загальновизнані норми міжнародного права, які утверджують на універсальному рівні статус людини як найвищої соціальної цінності та встановлюють перелік осно-

<sup>139</sup> Христова Г. Повага та захист прав людини: основні виклики й зобов'язання держави. (2018) 5 *Visegrad Journal on Human Rights* 134.

<sup>140</sup> Христова Г. Там само.

<sup>141</sup> Христова Г. О. Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики. (Право 2018) 44.

воположних прав і свобод, обов'язок держав дотримуватися цих прав і свобод, а також межі можливого або припустимого їх обмеження. До них належать: Загальна декларація прав людини (1948), Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (1966), Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права (1966), Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод з Протоколами (1950), Європейський соціальний стандарт (1961), Заключний акт Народи з питань безпеки та співробітництва в Європі (1975), Підсумковий документ Віденської зустрічі представників держав-учасниць Народи з питань безпеки та співробітництва в Європі (1989), Документ Копенгагенської наради – конференції з людського виміру НБСЕ (1990).

Міжнародні стандарти прав людини включають в себе не тільки норми, що мають обов'язковий характер, про які йдеться вище, але і норми, що відносяться до так званого «м'якого» права (*«soft» law*) – на відміну від договірних норм (*«hard» law*). Ці стандарти використовують, щоб заповнити прогалини у праві, дати тлумачення норм і сприяти їх розвитку. При цьому вони відіграють все більш серйозну роль у процесі імплементації міжнародного права<sup>142</sup>. Хоча тексти «м'якого» права не є юридично обов'язковими, більшість з них спираються на принципи та норми, що містяться в міжнародних документах (угодах), та мають авторитетне значення як свідчення про прагнення, наміри та позиції міжнародних організацій та їх органів. Держави можуть звертатися до «м'якого» права з кількох причин: намітити можливі майбутні напрями та заповнити прогалини у міжнародному правовому порядку, коли вони ще не в змозі або не хочуть приймати більш жорсткі заходи; у тих випадках, коли вони дійшли висновку, що юридично обов'язкові механізми не є найкращим інструментом для вирішення певної проблеми; або в деяких випадках, щоб уникнути отримання додаткових обов'язкових заходів, отримати політичний імпульс<sup>143</sup>.

З точки зору класичного підходу, права людини у сучасному світі є у певному сенсі вимогами, які адресовані державам. Таке розуміння

<sup>142</sup> Филлипов В.В. (ред.) Права человека: международное право и национальное законодательство. (Вильнюс 2011) 17.

<sup>143</sup> O'Brien C. M. *Business and human rights: a handbook for legal practitioners*.

прав людини цілком відповідає класичній структурі прав людини, в якій є *адресат* (носіє зобов'язань), *власне носій права* та *предмет права* (вимоги)<sup>144</sup>.

Але держави не є єдиними носіями обов'язків згідно з міжнародним правом, у тому числі і у сфері прав людини. Поступово утвердилось і визнання корпорацій суб'єктами міжнародного права, що стало наслідком виходу за рамки *класичних концепцій прав людини*. Це означає, що підприємства стають, серед іншого, носіями зобов'язань у сфері прав людини. З точки зору теорії прав людини йдеться про те, що права людини мають *горизонтальний ефект*, тобто вимога щодо їх поваги може бути звернена і до недержавних суб'єктів (національні та міжнародні неурядові організації, корінні народи та національні меншини; правозахисники; терористи; воєнізовані групи; автономні округи; інтернаціоналізовані території; транснаціональні корпорації; фізичні особи). Багато з цих груп опікуються просуванням прав людини, у той час як інші, навпаки, потурають злочинним діям або навіть скоюють злочини, спрямовані проти життя та прав людини інших осіб. «Горизонтальна дія» прав людини передбачає, що кожна людина і кожна суспільна структура («орган суспільства», англ. *organ of society*)<sup>145</sup> зобов'язані робити свій внесок у створення атмосфери, що сприяє здійсненню прав людини. Тому очевидним на сьогодні є те, що зобов'язання у сфері прав людини є універсальним і стосується всіх як державних, так і недержавних акторів (суб'єктів)<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> Алексі Р. Інституціоналізація прав людини в демократичній конституційній державі. В: Госепат Ш. та Ломанн Г. Філософія прав людини. (пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої). (Ніка-Центр 2008) 172-190.

<sup>145</sup> Формулювання з преамбули Загальної декларації прав людини: «THIS UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS as a common standard of achievement for all peoples and all nations, to the end that every individual and every organ of society, keeping this Declaration constantly in mind, shall strive by teaching and education to promote respect for these rights and freedoms and by progressive measures, national and international, to secure their universal and effective recognition and observance, both among the peoples of Member States themselves and among the peoples of territories under their jurisdiction».

<sup>146</sup> Христова Г.О. Зобов'язання держави у сфері прав людини. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Т. 3: Загальна теорія права (редкол. : О.В. Петришин (гол.) та ін.); Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. (Право 2017) 167.

Зміст зобов'язань держави і бізнесу у сфері прав людини є різним. Сучасне право щодо прав людини накладає на державу *три рівня зобов'язань*: *зобов'язання поважати, захищати та забезпечувати*. *Зобов'язання поважати (obligations to respect)* вимагають від держави утримання від будь-яких заходів, які можуть позбавити осіб можливості користуватись своїми правами або здійснювати ці права власними зусиллями. Зобов'язання поваги до прав людини переважно охоплюють невтручання держави у їх реалізацію. *Зобов'язання захищати (obligations to protect)* вимагають, щоб держава запобігала порушенням прав людини третіми особами. Вони охоплюють обов'язки держави: а) запобігати порушенням прав і свобод з боку будь-якого індивіда або іншого недержавного «актора» (*non-state actor*); б) уникати та усувати будь-які спонукання до порушень прав з боку третіх осіб; в) забезпечити доступ до засобів правового захисту у випадках порушень прав людини з метою запобігання подальшим зазіханням, відновлення порушеного права та справедливої компенсації постраждалому. *Зобов'язання забезпечувати (сприяти реалізації) (obligations to fulfil)* передбачають, що держави повинні вживати заходів (законодавчих, судових, адміністративних, освітніх та ін.) для забезпечення особам можливостей задовольняти основні потреби, гарантовані правом щодо прав людини, що не можуть бути задоволені їхніми особистими зусиллями. Це – ключове зобов'язання держави щодо економічних, соціальних та культурних прав, однак воно також стосується й громадянських та політичних прав.

*На бізнес покладається обов'язок поважати права людини*, що означає діяти з *належною обачністю (due diligence)*, щоб уникнути порушень прав людини та вжити заходи для запобігання та подолання негативних впливів на права людини, які зумовлені бізнес-діяльністю.

Про зобов'язання держави і бізнесу у сфері прав людини можна робити висновок із міжнародних стандартів у сфері прав людини та практик їх імплементації у національні правопорядки. Зокрема, на цьому побудовані *Керівні принципи щодо бізнесу і прав людини 2011 року (Guiding Principles on Business and Human Rights)*, які є складовою частиною механізму ООН із захисту прав людини від зазіхань з боку бізнесу. Керівні принципи щодо бізнесу і прав людини стали результатом робо-

ти спеціально призначеного Комісією ООН з прав людини Спеціального представника Генерального секретаря Джона Руггі (John Ruggie) з метою визначення стандартів корпоративної відповідальності та підзвітності транснаціональних корпорацій та інших підприємств щодо прав людини. У 2008 році Дж. Руггі розробив і представив Раді ООН з прав людини Рамкову концепцію ООН «Захист, дотримання і засоби захисту», на основі якої в подальшому розробив Керівні принципи щодо бізнесу і прав людини, які були одногосно схвалені Радою з прав людини в червні 2011 р. У своїй Доповіді, де було представлено Керівні принципи щодо бізнесу і прав людини, Дж. Руггі зазначив, що корінна причина труднощів у відносинах між бізнесом і правами людини криється сьогодні у спричинених глобалізацією управлінських прогалинах – між розмірами і впливом економічних сил та учасників і здатністю держав усувати створювані ними негативні наслідки. Це, у свою чергу, створює умови, за яких стає можливим вчинення протиправних дій компаніями, підприємствами без будь-яких адекватних санкцій або засобів відшкодування шкоди. Тому важливою задачею стає скорочення та у кінцевому підсумку повне усунення цих прогалин стосовно прав людини<sup>147</sup>.

У рамках виконання свого мандата Дж. Руггі проводив консультації за участі різних зацікавлених сторін на п'яти континентах; здійснив понад два десятка дослідницьких проєктів, в тому числі за сприяння міжнародних юридичних фірм та інших експертів з правових питань, неурядових організацій, міжнародних установ і окремих зацікавлених осіб; підготував понад 1000 сторінок документів; отримав і розглянув близько 20 доповідей; а також представив дві доповіді Комісії з прав людини і Раді з прав людини. Широка, всеохопна і прозора робоча програма мандата дала можливість Спеціальному представникові обмірковувати виклики, чути і вивчати різні точки зору, а також розробляти ідеї про найкращі практики<sup>148</sup>. Саме це і забезпечило Керівним принципам

<sup>147</sup> Report of the Special Representative of the Secretary-General, Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, UN Doc A/HRC/8/5, 7 April 2008. URL: <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>

<sup>148</sup> Там само.

авторитет, незважаючи на те, що цей документ є «м'яким» правом, який автоматично не створює жодних юридичних наслідків для держав<sup>149</sup>.

Керівні принципи ООН щодо бізнесу і прав людини включають в себе три основи:

I. Обов'язок держави захищати права людини від порушень з боку третіх осіб, у тому числі з боку бізнесу. Цей обов'язок передбачає необхідність забезпечувати ефективну імплементацію міжнародно визаних стандартів прав людини на національному рівні.

II. Обов'язок бізнесу поважати права людини, що включає в себе також необхідність проявляти належну обачність щодо можливого негативного впливу тієї чи іншої бізнес-діяльності на права людини (працівників, споживачів, місцевої громади, працівників, постачальників тощо).

III. Забезпечення ефективних засобів захисту – судових, державних позасудових і недержавних.

### 3.2. Обов'язок держави захищати права людини від порушень з боку бізнесу

Обов'язок держави захищати у Керівних принципах щодо бізнесу і прав людини розкривається через два фундаментальні принципи та сім операційних принципів (принципи діяльності):

I. Держави повинні захищати права людини від порушень з боку третіх сторін, у тому числі бізнес-структур, у межах своєї території та/або в межах своєї юрисдикції. Це вимагає прийняття відповідних заходів, спрямованих на запобігання, розслідування, покарання за такі порушення та відшкодування нанесеної шкоди за допомогою ефективних політик, законодавства, нормативного регулювання та судочинства. Це означає, що держави повинні запобігати, пом'якшувати наслідки й протидіяти шляхом вироблення відповідних політик, законодавства, регулювання та судових розглядів.

<sup>149</sup> O'Brien C. M. Business and human rights: a handbook for legal practitioners.

II. Держави повинні чітко заявити свої очікування щодо дотримання прав людини усіма бізнес-структурами, які доміліцьовані на їхній території та/або знаходяться в межах їхньої юрисдикції, у діяльності таких структур.

Зміст фундаментальних принципів деталізують *операційні принципи*. При виконанні свого обов'язку щодо забезпечення захисту держава повинні:

а) *забезпечувати дотримання законів*, мета або наслідки яких полягають в тому, щоб вимагати від підприємств поважати права людини й періодично оцінювати достатність таких законів і усувати будь-які прогалини;

б) *забезпечувати, щоб інші закони і політики*, що регулюють створення та поточну діяльність підприємств, такі як норми корпоративного права, не стримували, а навпаки, сприяли повазі прав людини бізнесом;

в) надавати бізнесу *ефективні керівні вказівки* щодо забезпечення поваги прав людини в діяльності підприємств;

г) *заохочувати та*, за необхідності, *вимагати* від підприємств надання інформації про те, яким чином вони вирішують проблему їх впливу на права людини.

Національний правопорядок може встановлювати вимоги, адресовані бізнесу щодо прав людини у два способи: непрямий та прямий. *Непряме регулювання* є найпоширенішим засобом, за допомогою якого держави виконують свої зобов'язання щодо контролю впливу суб'єктів господарювання на права людини. Мова може йти про встановлення певних стандартів діяльності в таких сферах як охорона навколишнього середовища, здоров'я та безпека праці, безпека продукції, боротьба з корупцією та захист приватності, захист прав споживачів тощо. Також до *непрямих заходів* можна віднести законодавство, що встановлює кримінальні, цивільні чи адміністративні санкції щодо корпорацій. Окремі міжнародні інструменти вимагають від держав створення такого законодавства. Наприклад, стаття 3 (4) Факультативного протоколу до Конвенції про права дитини (1989), яка стосується заборони продажу дітей, дитячої проституції та дитячої порнографії, вимагає від держав-

учасниць «встановити відповідальність юридичних осіб за порушення, визначені в пункті 1 цієї статті», і «така відповідальність юридичних осіб може бути кримінальною, цивільною або адміністративною».

До *прямих заходів* відноситься прийняття законодавства, що вимагає від підприємств здійснювати процес належної перевірки, за допомогою якого вони визначають і реагують на фактичні або потенційні впливи на права людини (концепція належної обачності у сфері прав людини «*human rights due diligence*»)<sup>150</sup>.

Також задля захисту прав людини від порушень з боку бізнесу держави можуть запроваджувати різні форми звітності. Надання підприємствами інформації про те, яким чином вони працюють зі здійснюваним ними впливом на права людини, може варіюватися від неформальної взаємодії із тими, чиї права такий бізнес зачіпає, до офіційної публічної звітності. Заохочення або, за наявності необхідності, висунення вимоги державою щодо надання такої інформації мають важливе значення для сприяння повазі бізнесом прав людини. Вимога про надання такої інформації може бути особливо актуальною, якщо характер чи умови діяльності підприємства або здійснюваних операцій становить значний ризик для прав людини. Політики й законодавство у цій сфері можуть внести необхідну ясність у питання про те, що і яким чином повинен повідомляти бізнес, допомагаючи забезпечувати як доступність, так і точність інформування. Будь-яке положення про те, що саме визначається як належна інформація, має враховувати ті ризики, які це може створювати для захищеності й безпеки окремих осіб й об'єктів, законні вимоги до збереження комерційної таємниці; а також різноманітність компаній за їх розміром та структурою<sup>151</sup>.

Крім ролі регулятора, держава може бути учасником підприємницької діяльності. Так, деякі держави виробляють товари або послуги того чи іншого виду для ринку, тоді як інші укладають контракти з підприємствами, щоб надати державним установам товари та послуги, не-

<sup>150</sup> O'Brien C. M. Business and human rights...

<sup>151</sup> Уварова Олена (ред.) Керівні принципи щодо бізнесу і прав людини: Реалізація Рамкової програми Організації Об'єднаних Націй «Захист, повага і засоби захисту» (Катерина Буряковська, Юлія Разметаєва, Олена Уварова, Дмитро Філіпський, пер.). (Право 2018) 11-12.

обхідні для виконання своїх функцій. У цьому аспекті особливо актуальними стають питання застосування рамки прав людини до таких сфер регулювання як: державні або контрольовані державою підприємства; державна підтримка бізнесу; приватизація та укладення договорів про надання державних послуг бізнесу; державні закупівлі.

Відповідно до міжнародного права щодо прав людини кожна держава окремо є основним носієм зобов'язань, а всі держави в сукупності є гарантами міжнародного режиму дотримання прав людини. Якщо підприємство контролюється державою або його діяльність може асоціюватися з державою в інший спосіб, порушення прав людини з боку бізнесу може мати наслідком порушення власних зобов'язань держави за міжнародним правом. Більше того, чим тіснішим є зв'язок бізнесу та держави або чим більше бізнес спирається на державні органи чи підтримку від платників податків, тим більш вагомою стає підстава для проведення державою політики щодо забезпечення дотримання прав людини таким бізнесом<sup>152</sup>.

У багатьох країнах державні або контрольовані державою підприємства є важливим компонентом бізнес-сектору, найчастіше у секторах енергетики, видобутку природних ресурсів, сільського господарства, транспорту та зв'язку. Крім того, з розширенням лібералізації ринку багато таких підприємств набули статусу транснаціональних корпорацій. В усьому світі до 2014 року існувало понад 550 державних транснаціональних корпорацій з понад 15 тис. іноземних філій, які володіють іноземними активами понад 2 трлн дол. США (Конференція ООН з торгівлі та розвитку, 2014).

При встановленні відповідальності та покладенні зобов'язань у сфері прав людини на підприємства, в яких є присутність держави в тому чи іншому варіанті, важливим є питання встановлення факту такої участі. Так, у Керівних принципах ОЕСР з корпоративного управління для підприємств з державною участю (2015) будь-яка корпоративна структура, яка за національним законодавством є суб'єктом господарювання (підприємством), щодо якого держава виконує функцію власника, має вважати-

<sup>152</sup> Уварова Олена (ред.) Керівні принципи щодо бізнесу і прав людини... 13-16.

ся підприємством державної форми власності. Це визначення стосується акціонерних товариств, товариств з обмеженою відповідальністю та компаній, що поєднують риси товариства з обмеженою і повною відповідальністю. Крім того, корпорації, що підлягають правовому регулюванню за спеціальним законодавством, мають вважатися державними підприємствами, якщо мета їх створення та функціонування або частка їх діяльності несуть ознаки переважно господарської діяльності<sup>153</sup>.

Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях неодноразово звертався до питань про встановлення факту того, що підприємство є державним або контрольованим державою (*Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia; Mykhaylenko and Others v. Ukraine; Liseytseva and Maslov v. Russia*). У цих випадках він аналізує, чи підприємство «мало достатню інституційну та оперативну незалежність від держави, щоб звільнити [державу] від її відповідальності за Конвенцією за дії та бездіяльність [бізнесу]». Фактори, на які орієнтується Європейський суд у вирішенні цього питання, включають:

- юридичний статус підприємства (наприклад, чи є підприємство суб'єктом публічного права або окремою юридичною особою за приватним правом);
- права, надані підприємству на підставі його юридичного статусу (тобто чи ці повноваження зазвичай мають державні органи);
- характер діяльності підприємства (незалежно від того, чи здійснює компанія «державну функцію» як «типовий бізнес»);
- контекст, в якому здійснюється підприємницька діяльність (наприклад, наскільки важливою для державного сектору є ця господарська діяльність, і чи є порушення прав людини наслідком приватизованої державою промисловості з монопольним становищем тощо);
- інституційну незалежність (режим державної власності); і
- оперативну незалежність (наприклад, чи підлягає бізнес де-юре або де-факто державному нагляду і контролю).

<sup>153</sup> OECD, Керівні принципи ОЕСР щодо корпоративного врядування на підприємствах державної форми власності, редакція 2015 року, (OECD Publishing 2019) URL: <https://doi.org/10.1787/9789264312906-uk>

У практиці Європейського суду можна навести такі випадки: національна залізнична компанія Іспанії, яка перебувала під контролем уряду та користувалася монополією, була визнана державною установою (*ENFE v. Spain*; 8 September 1997 (Commission)); Радіо Франції, яке хоча є державною національною радіокомпанією, що належить державі і виконує у деякому сенсі державні функції, значною мірою залежить від державного фінансування, визнане приватною організацією з огляду на здійснення контролю з боку незалежного регулятора, склад комітету, відсутність монополії на радіомовлення та управління на підставі звичайного корпоративного права (*Radio France and Others v. France*. 30 March 2004); судноплавна компанія, яка повністю належить державі, і більшість її правління була призначена державою, визнана неурядовою організацією на тій підставі, що вона все ще юридично і фінансово незалежна від держави (*Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*. 13 March 2008)<sup>154</sup>.

Держави здійснюють велику кількість комерційних операцій з підприємствами, не в останню чергу в межах процедури державних закупівель. Це надає державам – індивідуально та колективно – унікальні можливості для сприяння обізнаності та поваги щодо прав людини, їх дотримання з боку цих підприємств, у тому числі через умови контрактів, з належним урахуванням відповідних зобов'язань держав за національним та міжнародним правом. Так, уряд Шотландії розробив Інструмент визначення пріоритетів для стабільних закупівель для підтримки структурованої оцінки категорій витрат відповідно до параметрів соціальної та екологічної стійкості.

Окремою актуальною темою в контексті обов'язку держави забезпечити захист від порушень з боку бізнесу є захист прав людини від порушень з боку транснаціональних компаній. Окремі великі компанії мають присутність практично в кожній країні світу, наприклад, через локальні дочірні компанії, інвестиційні відносини тощо. Це призвело до закликів міжнародного рівня, адресованих до держав походження багатонаціональних корпорацій здійснювати більший контроль над діяльністю своїх дочірніх підприємств в інших країнах, де вони працю-

<sup>154</sup> O'Brien C. M. Business and human rights: a handbook for legal practitioners.

ють. Виходячи з обов'язку держави захищати права людини і доктрини позитивних зобов'язань, Комітет ООН з економічних, соціальних і культурних прав (CESCR) зазначив, що держави повинні «вжити заходів для запобігання порушенню прав людини за кордоном корпораціями, штаб-квартири яких знаходяться під їх юрисдикцією, без порушення при цьому суверенітету або обмеження зобов'язань приймаючих держав відповідно до Пакту»<sup>155</sup>.

Позиція щодо екстериторіальної юрисдикції держави також відображена в *Рекомендації Ради Європи CM/Rec (2016)3*, яка передбачає, що держави-члени повинні:

- застосовувати такі заходи, які можуть бути необхідними для того, щоб вимагати від компаній, що діють у межах своєї територіальної юрисдикції, дотримання прав людини;
- застосовувати такі заходи, які можуть бути необхідними для того, щоб вимагати, у відповідних випадках, підприємницькі установи, які перебувають у межах своєї юрисдикції, дотримуватися прав людини протягом усієї своєї діяльності за кордоном;
- заохочувати та підтримувати ці підприємства іншими засобами, щоб вони поважали права людини протягом усієї своєї діяльності.

Комітет ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок за результатами розгляду періодичних державних доповідей вказує на необхідність:

- а) створювати механізми реагування на негативні наслідки поведінки транснаціональних компаній, зареєстрованих або таких, що мають юридичну адресу в державі-учасниці і діють за кордоном, з точки зору реалізації місцевими жінками і дівчатами прав, гарантованих Конвенцією;
- б) розвивати нормативно-правову базу для залучення компаній і корпорацій, які зареєстровано або таких, що мають юридичну адресу в державі-учасниці, до відповідальності за порушення, що ними допускаються за кордоном, а також з метою включення ґендерних аспектів до національного плану дій з питань підприємницької діяльності в аспекті прав людини;

<sup>155</sup> UN CESCR, Statement on the obligations of States parties regarding the corporate sector and economic, social and cultural rights, E/C.12/2011/1.

в) створювати ефективний незалежний механізм з повноваженнями щодо розслідування скарг про порушення, здійснювані такими корпораціями;

г) проводити оцінки впливу діяльності відповідних компаній і корпорацій на права людини на етапі початку перемовин з міжнародних торгових і інвестиційних угод<sup>156</sup>.

З цього приводу держави виробили широкий спектр підходів. Деякі з них полягають у внутрішніх (національних) заходах з екстериторіальними наслідками. Приклади включають вимоги до «материнських» компаній звітувати щодо глобальної діяльності всього підприємства; багатосторонні інструменти «м'якого» права, такі як *Керівні принципи Організації економічного співробітництва та розвитку для багатонаціональних підприємств* і *Норми виробничої ефективності*, які є вимогою до установ, що підтримують закордонні інвестиції. Інші підходи передбачають прийняття законодавства прямої екстериторіальної дії та його застосування. Вони включають режими кримінального переслідування, які уможливають притягнення до відповідальності за ознакою громадянства порушника, незалежно від місця вчинення правопорушення<sup>157</sup>.

### 3.3. Корпоративна відповідальність поважати права людини

Незважаючи на солідне підґрунтя, яке становлять для корпоративної відповідальності у сфері прав людини міжнародні документи з прав людини, з формальної точки зору наразі вони не накладають прямих юридичних зобов'язань на корпорації, хоча останні виступають предметом постійної уваги з боку міжнародних механізмів з прав людини. У зв'язку із цим значний інтерес представляють міжнародні інструменти «м'якого» права, яке, як відомо, не створює юридично обов'язкових норм. Але воно отримує свою нормативну силу через визнання соці-

<sup>156</sup> Уварова Олена (ред.). Вказана праця. 8-9.

<sup>157</sup> Там само 8-9.

альних очікувань державами та іншими ключовими учасниками. Держави можуть звернутися до «м'якого» права з кількох причин: намітити можливі майбутні напрями і заповнити прогалини в міжнародному правовому порядку, коли вони ще не в змозі або не хочуть приймати більш жорсткі заходи; коли вони дійшли висновку, що юридично обов'язкові механізми не є найкращим інструментом для вирішення певної проблеми; або в деяких випадках, щоб уникнути отримання додаткових обов'язкових заходів, отримати політичний імпульс.

Яскравим прикладом нормативної ролі «м'якого» права є *Тристороння Декларація принципів Міжнародної організації праці про багатонаціональні підприємства та соціальну політику*, затверджена не лише державами, а й глобальними організаціями роботодавців і працівників. Вона проголошує, що всі сторони, включаючи багатонаціональні підприємства, «повинні поважати Загальну декларацію прав людини та відповідні міжнародні пакти». Подібну роль відіграють і Керівні принципи ОЕСР для багатонаціональних підприємств. Більше того, з метою їх розповсюдження та забезпечення дотримання, країни, що підписали Керівні принципи ОЕСР для багатонаціональних підприємств, створили Національні контактні пункти, які надають рекомендації органам виконавчої влади та представникам бізнесу щодо основних принципів та стандартів ведення відповідального бізнесу, розробляють заходи щодо імплементації принципів та стандартів ведення відповідального бізнесу тощо<sup>158</sup>.

Такі інструменти також називають гібридами «м'якого» права, тому що вони засновані на ідеї спільної відповідальності урядів та корпорацій<sup>159</sup>. Керівні принципи ООН щодо бізнесу і прав людини також базуються на одночасному визнанні важливості «внеску» держав і бізнес-структур у захист прав людини.

<sup>158</sup> <http://www.me.gov.ua/documents/Download?id=5825fc15-071b-4981-964f-131b5e5a3a84>

<sup>159</sup> Implementation of General Assembly resolution 60/251 of 15 march 2006 entitled "Human rights council" "Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts" Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. URL: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>

Корпоративна відповідальність щодо дотримання прав людини у Керівних принципах базується на таких засадах (основоположних принципах):

– підприємства повинні поважати права людини, тобто вони повинні: *унікати порушень* прав людини і *усувати несприятливий вплив* на права людини, який зумовлений їх діяльністю;

– відповідальність щодо дотримання прав людини вимагає, щоб підприємства прагнули запобігти або пом'якшити несприятливі наслідки для прав людини, які безпосередньо пов'язані з діяльністю підприємства, його продукцією чи послугами або зумовлені діловими відносинами підприємства, навіть якщо при цьому саме підприємство не було задіяне до настання таких наслідків.

Така відповідальність підприємств щодо дотримання прав людини охоплює собою визнані на міжнародному рівні права людини – в розумінні, як мінімум, тих, які закріплені в Міжнародному біллі прав людини, а також принципів, що стосуються основоположних прав, названих у Декларації Міжнародної організації праці основних принципів та прав у світі праці.

Що стосується сфери поширення відповідальності, то всі підприємства *незалежно від їх розміру, сфери діяльності, умов діяльності, форми власності та структури* повинні поважати права людини. І все ж масштаби та складність засобів, завдяки яким підприємства виконують зобов'язання у сфері прав людини, можуть відрізнятися залежно від цих чинників та серйозності негативних впливів на права людини, зумовлених діяльністю підприємства.

У своїй Спеціальній доповіді Генеральний секретар з питань права людини і транснаціональних корпорацій та інших підприємств Джон Руггі зазначив, що:

*«окрім дотримання національних законів, основним обов'язком компаній є дотримання прав людини. Через невиконання цього обов'язку компанії можуть опинитися перед судом громадської думки, включаючи працівників, громадськість, споживачів, громадянське суспільство і інвесторів, а в деяких випадках – і справжнім судом. Якщо сфера дотримання юридичних норм визначається*

*державою, то ширша сфера відповідальності за дотримання прав людини визначається суспільними очікуваннями, як частини того, що іноді називають соціальною ліцензією на діяльність компанії»<sup>160</sup>.*

Ще один важливий момент, на якому зосередив увагу Джон Руггі – відповідальність корпорацій за дотримання прав людини існує незалежно від обов'язків держав. Принцип поваги до прав людини є не просто пасивним обов'язком підприємств, але може вимагати активних кроків, наприклад для проведення антидискримінаційної політики на робочому місці може знадобитися прийняття конкретних програм з добору і професійної підготовки кадрів<sup>161</sup>.

Відкриваючи Форум ООН з бізнесу і прав людини у 2018 році Верховний комісар ООН з прав людини Мішель Бачелет підкреслив, що незважаючи на те, що «держави несуть головну відповідальність за створення ефективної політики та регулювання підприємницької діяльності і захисту прав людини», центральним посилом Керівних принципів є те, що всі комерційні підприємства, великі та малі, мають *незалежну відповідальність* за дотримання прав людини. Тобто, *незалежно від того, як держави виконують свої зобов'язання* щодо захисту всіх прав людини, підприємства зобов'язані їх поважати. Більше того, у тих випадках, коли уряди не виконують своїх зобов'язань щодо захисту прав людини, підприємцям необхідно додатково проявляти належну обачність щодо прав людини. Зобов'язання поважати права людини повинні супроводжуватися практичними кроками, які дозволять підприємствам демонструвати, що вони поважають права людини в усіх своїх ланцюгах поставок<sup>162</sup>.

Належна обачність бізнесу щодо прав людини (*human rights due diligence*) – наскрізний принцип корпоративної відповідальності пова-

<sup>160</sup> Report of the Special Representative of the Secretary-General, Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, UN Doc A/HRC/8/5, 7 April 2008. URL: <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>

<sup>161</sup> Там само.

<sup>162</sup> «The movement to ensure businesses uphold human rights is gaining momentum». 7th Annual UN Forum on Business and Human Rights / Opening remarks by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet. URL: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23930&LangID=E>



жати права людини. Зокрема, йдеться про те, що підприємства повинні запровадити політику та процедури, що відповідають їх розмірам та умовам діяльності, включаючи:

- а) політику відданості зобов'язанням із дотримання прав людини;
- б) процедуру забезпечення належної обачності щодо прав людини для встановлення, запобігання, пом'якшення та надання звітності про спричинений вплив на права людини або сприяння такому впливу;
- в) процедури відшкодування шкоди, завданої будь-якими негативними впливами на права людини, які підприємства вчиняють або сприяють такому впливу.

У Доповіді Робочої групи з питань прав людини та транснаціональних корпорацій і інших підприємств, прийнятої на сесії Генеральної Асамблеї ООН у липні 2018 року<sup>163</sup>, визначено, що:

*«належна обачність в питаннях прав людини є основою повсякденних зусиль підприємства щодо практичної реалізації його обов'язків дотримуватися прав людини. Це той засіб, за допомогою якого підприємства можуть здійснювати попереджувальне управління потенційними і реальними ризиками несприятливих наслідків для прав і гідності людей».*

Йдеться про комплекс взаємопов'язаних процедур, які повинні включати в себе наступні чотири основні компоненти:

- а) виявлення та оцінка фактичного або потенційного несприятливого впливу на права людини (*human rights impact assessment*), повністю або частково зумовленого власною діяльністю підприємств або безпосередньо пов'язаного з їх діяльністю, продукцією чи послугами внаслідок їх ділових відносин.

Данським інститутом прав людини перелічено *критерії, яким повинні відповідати процеси оцінки впливу на права людини*:

- участь постраждалих або потенційно уразливих осіб на всіх етапах процесу, включаючи визначення обсягу, оцінку впливів, розробку й моніторинг заходів з пом'якшення;

<sup>163</sup> Доклад Рабочей группы по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях, A/73/163, 16 июля 2018 года. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/224/89/PDF/N1822489.pdf?OpenElement>

- недискримінація – процеси залучення та консультацій є інтегрованими, гендерночутливими та враховують потреби окремих осіб і груп, які піддаються ризику уразливості або маргіналізації;
- розширення прав і можливостей – розвиток спроможності окремих осіб і груп, які перебувають під загрозою уразливості або маргіналізації;
- прозорість – процес оцінки впливу повинен бути якомога більш прозорим для потерпілих або потенційно уражених правовласників, не завдаючи жодного ризику для безпеки та благополуччя носіїв прав. Результати оцінки впливу публічно повідомляються;
- підзвітність – процес оцінки впливу забезпечується експертизою на відповідність правам людини. Ролі та обов'язки щодо оцінки впливу, пом'якшення наслідків та моніторингу призначаються та забезпечуються належним ресурсом;
- відповідність критеріям – оцінка впливів має відповідати міжнародним, регіональним та національним стандартам прав людини;
- обсяг впливу – оцінка включає фактичні та потенційні наслідки, спричинені компанією;
- оцінка тяжкості впливу – вплив визначається відповідно до тяжкості наслідків для прав людини, тобто врахування масштабу, у тому числі і непоправності;
- заходи щодо пом'якшення впливу – оцінюються усі впливи на права людини. Там, де необхідно розставити пріоритети дій для усунення впливів, суттєвим критерієм є суворість. Наслідки впливу слідує за ієрархією пом'якшення: «уникнути – зменшити – відновити – відшкодувати»;
- доступ до засобів правового захисту – носії прав, що зазнали впливу, мають можливість подати скарги щодо процесу та результатів оцінки впливу<sup>164</sup>;

<sup>164</sup> Human rights impact assessment guidance and toolbox (Nora Götzmann, Tulika Bansal, Elin Wrzoncki, Cathrine Poulsen-Hansen, Jacqueline Tedaldi and Roya Høvsgaard). Danish Institute for Human rights. URL: [https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/dokumenter/business/hria\\_toolbox/introduction/welcome\\_and\\_introduction\\_final\\_may2016.pdf\\_223791\\_1\\_1.pdf](https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/dokumenter/business/hria_toolbox/introduction/welcome_and_introduction_final_may2016.pdf_223791_1_1.pdf)

б) облік результатів оцінки впливу і прийняття відповідних заходів. Підприємства повинні вживати необхідні заходи для запобігання, припинення або пом'якшення наслідків; усувати вплив; використовувати важелі впливу для запобігання або пом'якшення наслідків, викликаних іншими – партнерами спільного підприємства, державними органами, постачальниками у ланцюгах поставок тощо;

в) відстеження дієвості заходів і процедур щодо усунення несприятливих наслідків для прав людини, щоб переконатися в їх фактичній ефективності. Відстеження є необхідним для того, щоб підприємство знало, чи правильно воно реалізує свою політику в галузі прав людини та чи ефективно воно реагує на виявлені наслідки впливу на права людини, а також є важливим для постійного вдосконалення. Підприємства повинні докладати особливі зусилля для відстеження ефективності вжитих ними заходів щодо наслідків негативного впливу на права окремих осіб з певних груп чи спільнот, які мають підвищений ризик уразливості або маргіналізації. Відстеження слід інтегрувати у відповідні внутрішні процеси звітності. При цьому підприємства можуть використовувати інструменти, які вони вже застосовують стосовно інших питань<sup>165</sup>;

г) інформування про те, які заходи вживаються, і демонстрація зацікавленим сторонам – особливо тим, кому було завдано шкоду – наявності належних стратегій і процедур щодо забезпечення дотримання прав людини на практиці.

Процедури забезпечення належної обачності щодо прав людини повинні доповнюватися:

- відповідними *принципами політики відданості*, які засвідчують рішучість підприємств дотримуватися прав людини, і заходами щодо впровадження процедур належної обачності в питаннях прав людини на різних рівнях і в різних підрозділах; а також

- активною участю у *відшкодуванні шкоди* від несприятливого впливу на права людини, повністю або частково викликаного підприємством<sup>166</sup>.

<sup>165</sup> Уварова Олена (ред.). Вказана праця 38.

<sup>166</sup> Доклад Рабочей группы ...

*Політика відданості правам людини* – засвідчене підприємством у відповідній заяві підтвердження своєї відповідальності за дотримання прав людини, що затверджується на найвищому рівні керівництва підприємства; готується з урахуванням висновків внутрішньої та/або зовнішньої експертизи. При цьому така заява у той же час фіксує очікуване підприємством ставлення до прав людини з боку співробітників, ділових партнерів та інших сторін, безпосередньо пов'язаних з його діяльністю, продукцією чи послугами. Ця заява повинна бути загальнодоступною, оприлюдненою і поширеною у межах підприємства для усього персоналу та ззовні – для ділових партнерів та інших сторін, які мають відношення до діяльності підприємства; відображається в політиці та процедурах діяльності, за рахунок яких ця заява впроваджується у практику функціонування всього підприємства<sup>167</sup>.

### 3.4. Роль бізнесу у забезпеченні захисту прав людини в умовах конфлікту

Широко підтримуваною в останні роки стала теза про те, що інтереси багатьох ключових суб'єктів – держав, міжнародної спільноти, бізнес-акторів – збігаються і прямо чи опосередковано спрямовані на забезпечення миру і безпеки. Відбулося певне поступове зближення приватного сектору й інших діючих осіб у напрямі миробудови й запобігання конфліктам, які до цього розглядалися як такі, що належать виключно до арени високої політики. Практика ж доводить, що новою потужною тенденцією, яка все ще часто недооцінюється, є прагнення різних учасників – держави, корпорації, громадянського суспільства – взаємодіяти один з одним і співпрацювати з метою розв'язання глобальних проблем розвитку, які б враховували фактор стійкості бізнесу та його вплив на суспільство.

Бізнес довгий час виключався з порядку денного обговорень, які стосуються реалізації функцій публічної влади, що створило значну

<sup>167</sup> Доклад Рабочей группы ...

прогалину, у тому числі у правових стандартах регулювання відносин у період конфлікту.

Водночас, у межах ліберальної теорії капіталістичного світу ціла низка міждисциплінарних досліджень пояснює, що бізнес-актори здатні зробити значний внесок до забезпечення миру, пом'якшення негативних наслідків конфлікту, у першу чергу в аспекті внутрішнього переміщення, до якого такий конфлікт призводить. Для прикладу, у Північній Ірландії компанії спеціально почали наймати католиків і протестантів у рівній пропорції, щоб створити умови для взаємодії двох груп міжконфесіонального конфлікту. Таким чином, певний тип бізнес-поведінки може сприяти миру.

Але у цьому контексті важливо проводити чітке розмежування між корпоративною відповідальністю поважати права людини в умовах конфлікту (вимога проявляти належну обачність й мінімізувати ризик порушення або прямого чи непрямого залучення своєї бізнес-діяльності до випадків, коли відбувається порушення прав людини), яка є складовою концепту бізнесу і прав людини, і корпоративною соціальною відповідальністю, яка може сприйматися суто як добровільні ініціативи самого бізнесу, що реалізуються ним на власний розсуд.

Розвиток, орієнтований на людину (*Human centred development*), в основі якого лежить безпека людини, є загальноновизнаною й необхідною умовою мирного та прогресивного суспільства, і приватний бізнес може відігравати визначальну роль, підтримуючи такий розвиток.

*«Створення більш справедливих бізнес-практик щодо прав людини включає в себе пошук способів зробити повагу до прав людини невід'ємною складовою бізнесу, тобто перетворити її на стандартну бізнес-практику» (Дж. Раггі, 2013 р.).*

Це стало б системоутворюючим досягненням, але, як визнає сам проф. Дж. Раггі, немає єдиної універсальної моделі, яка б дозволила досягти такої цілі. Але важливою засадою, яка лягла в основу і Керівних принципів, і сучасних концепцій забезпечення миру і безпеки одночасно, є визнання важливої ролі бізнес-акторів у цих процесах й неможливості ігнорування їх ролі, позитивної чи негативної, і їх потенціалу у зменшенні негативних наслідків конфліктів там, де вони вже відбулися (у тому числі

таких наслідків як вимушене внутрішнє переміщення), забезпеченні інтеграції внутрішньо переміщених осіб (ВПО) до нових громад тощо<sup>168</sup>.

Якщо всі ключові діючі особи суспільства будуть активно працювати над створенням і підтримкою передумов миру й недискримінаційних умов розвитку суспільства, світ досягне цих цілей. Надто довго бізнес було виключено з цих процесів і він не докладав свого позитивного внеску. У XXI ст. лідери з усіх секторів діяльності шукають можливості для співпраці й партнерства, де бізнес розглядається як носій однієї з ключових ролей у суспільстві<sup>169</sup>. В окремих академічних дослідженнях справедливо вказується, що з огляду на існування суспільного договору про мир як універсальне людське прагнення, забезпечення миру може виступати гіперзавданням бізнесу, головною його метою, до якої бізнес має прагнути<sup>170</sup>. Однак, коли дійшло до мінімальних стандартів у сфері бізнесу і прав людини, багато навіть найбільш потужних бізнес-гравців не впоралися навіть з цим завданням. Бізнес традиційно дотримується формально юридичного підходу і, зокрема, не бере на себе відповідальності за поведінку своїх постачальників або своїх відокремлених підрозділів, дочірніх компаній. Поширеною серед представників бізнесу тезою є те, що з боку суб'єктів підприємницької діяльності достатньо не порушувати чинне законодавство країни, в якій здійснюється діяльність, навіть якщо воно не відповідає визнаним стандартам у сфері прав людини. З моменту затвердження Керівних принципів ООН багато компаній світу почали проявляти належну увагу забезпеченню поваги прав людини, але головними факторами для цього ставали небажання потрапляти у центр негативної уваги преси, ставати відповідачами у гучних судових процесах, зазнавати протидії місцевих громад, які негативно ставляться до відповідного виду бізнес-діяльності, тощо. Але для поглиблення цих тенденцій і їх більшої ефективності важливо, щоб у бізнесу було чітке розуміння того, якими є стандарти його належної поведінки щодо поваги

<sup>168</sup> Suder G. G. S. (ed.) *Corporate Strategies Under International Terrorism and Adversity* (Edward Elgar Pub 2006) 181.

<sup>169</sup> Там само. 191.

<sup>170</sup> Dunfee T. W., Fort T. L. *Corporate Hypergoals, Sustainable Peace and the Adapted Firm*. (2003) 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 613.

прав людини. І цю прогалину у першу чергу має заповнювати держава, зокрема, через діяльність національної інституції захисту прав людини (в Україні – Уповноважений Верховної Ради України з прав людини), прийняття і реалізацію Національних планів дій у сфері бізнесу і прав людини, в яких державами, на території яких триває конфлікт, зобов'язанням бізнесу у сфері прав людини має приділятися особлива увага. Ініціативи корпоративної соціальної відповідальності не повинні підміняти собою виконання зобов'язань бізнесу у сфері прав людини<sup>171</sup>.

Слід зазначити, що в цілому література, в якій ставиться питання про відповідальну поведінку бізнесу в зонах, уражених конфліктом або з високим ризиком такого ураження, можна розділити на три частини: 1) література з «економіки збройного конфлікту», яка особливу увагу приділяє макроекономічним зв'язкам між бізнесом, торгівлею і конфліктами, а також відповідним політикам вирішення цих проблем; 2) література щодо корпоративної відповідальності й визначення співучасті бізнесу у порушеннях, які підпадають під дію міжнародного гуманітарного права й права у сфері прав людини; ця література фокусується на юридичних зобов'язаннях компаній; 3) література з корпоративної соціальної відповідальності, орієнтована на бізнес і сфокусована на корпоративному впливі на суспільство<sup>172</sup>.

Перш за все, компанії мають сприяти у своїй діяльності запобіганню насильницьким конфліктам й діяти у межах загального прагнення до миру, знижуючи ризики ескалації конфліктів у своїй власній комерційній діяльності. Відповідальне ведення бізнесу означає, що компанія не повинна прямо або непрямо зумовлювати збройні конфлікти й порушення прав людини чи сприяти їх виникненню. Цей стандарт поши-

<sup>171</sup> Ruggie J. Making the UN Guiding Principles Real for Corporate Lawyers, on Microsoft on these Issues blog, 18 Oct 2013. URL : <https://www.business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/commentaries/2013>

<sup>172</sup> Philippe Le Billon, *Fuelling War: Natural Resources and Armed Conflicts*. (Routledge 2013); Jonathan Goodhand, 'From war economy to peace economy? Reconstruction and state building in Afghanistan' (2004) 58 *Journal of International Affairs* 155; Salil Tripathi, 'Business in Armed Conflict Zones: How to Avoid Complicity and Comply with International Standards'. *Politorbis*. 2010. No. 50(4); Ans Kolk and François Lefant, 'Multinationals, CSR and Partnerships in Central African Conflict Countries' *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*. 2013. Vol. 20.

рюється на всі ланцюги поставок компанії, на політику найму, яка діє в компанії, умови праці та забезпечення її безпеки, на політику взаємодії з місцевим населенням тощо.

Цей підхід є співзвучним з більш загальною ідеєю, яку у тому ж 2011 р. представила Гарвардська бізнес-школа – «ідея створення спільної цінності» («*creating shared value*»)<sup>173</sup>. Цей принцип передбачає економічну цінність для бізнесу, але, крім того, створення цінності для суспільства шляхом задоволення його потреб і задач. У моделі спільних цінностей соціальні проблеми лежать в основі, а не лишаються на периферії, як у мисленні КСО<sup>174</sup>.

У науковій літературі виокремлюють окремий підхід – «забезпечення миру на основі бізнесу» («*business-based peacebuilding*»)<sup>175</sup>. Йдеться, зокрема, про різні способи реагування суб'єктів підприємницької діяльності на конфлікти, які відбуваються на території, де компанія працює:

1) компанія може прийняти рішення не бути задіяною у конфлікт, що може потребувати збільшення внеску у безпеку компанії;

2) вона може повністю уникнути конфлікту, покинувши зону конфлікту й перенісши діяльність компанії;

3) нарешті, третій варіант поведінки – вжити заходів, які мінімізують негативні наслідки конфлікту або взагалі спрямовані на його вирішення, якщо це можливо<sup>176</sup>.

Бізнес-сектор став ключовим адресатом посилен внутрішніх і міжнародних організацій в їх пошуках стратегічних партнерів для побудови стабільного миру. Вважається, що навіть в умовах відсутності політичного втручання корпоративні рішення – інвестувати, виробляти й наймати – мають можливість заохочувати, обмежувати або навіть руйнувати порядок денний і масштаби будь-якої спроби розбудови миру. Так само визнається, що бізнес-сектор може заважати прогресу в забез-

<sup>173</sup> Porter, Michael E. and Kramer, Mark R., "The Big Idea: Creating Shared Value." (2011) 89. *Harvard Business Review* 2-17.

<sup>174</sup> Там само.

<sup>175</sup> Sweetman, Derek. *Business, conflict resolution and peacebuilding: Contributions from the private sector to address violent conflict*. (Routledge 2009) 11.

<sup>176</sup> URL: <https://pdfs.semanticscholar.org/e084/5cadb216747d40e8f388a25a33e4c44a6d3e.pdf>

печенні мирного вирішення конфлікту. Тому, прагнучи залучити бізнес до процесів забезпечення миру, зосереджуються на економічних аргументах (ефективність компаній страждає в умовах конфлікту й покращується в умовах миру), а також моральних аргументах<sup>177</sup>. Однак досвід інших країн доводить, що участь бізнес-сектору у конкретних задачах подолання наслідків конфлікту, у тому числі мінімізації негативних наслідків внутрішнього переміщення, набагато простіше запропонувати, ніж втілити. Інвестори не хочуть ризикувати своїм капіталом у нестабільних і непередбачуваних умовах. Тому після досягнення порога корпоративної активності послідовні спроби залучити приватний сектор до відповідних ініціатив мають тенденцію слабнути й припинятися. І все ж значення приватного сектору як джерела ресурсів, «ноу-хау» та інституційного потенціалу не зменшується<sup>178</sup>.

В окремих державах бізнес підтримав зусилля держави щодо подолання негативних наслідків конфлікту шляхом інвестування у місцевий розвиток, програми реінтеграції для екс-комбатантів, а також запровадження програм, які сприяють задоволенню потреб внутрішньо переміщених осіб (ВПО). Частково така активність зумовлена тим, що в такий спосіб компанії покращують середовище, в якому вони ведуть свою діяльність. Крім того, такі ініціативи відповідають очікуванням споживачів і часто власників компаній. Стимулом також виступають внутрішні політики компанії, транснаціональні вимоги, стандарти ООН, глобальна динаміка щодо корпоративної відповідальності бізнесу поважати права людини. Крім того, зростає розуміння того, що, враховуючи обмеженість державних ресурсів і загрозу виникнення проблемних відносин між ВПО й приймаючими їх громадами, діловий сектор може відіграти вирішальну роль у сприянні економічній і соціальній інтеграції населення, ураженого конфліктом<sup>179</sup>.

<sup>177</sup> Rettberg A. The Role of Business in Peace Processes in Latin America (February 17, 2019). Forthcoming, Oxford Encyclopedia of Latin American Politics, edited by Gary Prevost and Harry Vanden. URL: <https://ssrn.com/abstract=3339346>

<sup>178</sup> Там само.

<sup>179</sup> Jessica Banfield, Canan Gündüz & Nick Killick, 2006. Local Business, Local Peace. The peace-building potential of the domestic private sector. URL: <https://www.international-alert.org/publications/local-business-local-peace>

Участь бізнесу у розбудові миру (*peace-building*) – цей концепт у своїй основі має ідею корпоративної соціальної відповідальності, оскільки стандарти захисту й поваги прав людини не покладають на бізнес обов'язку брати участь в ініціативах, спрямованих на інтеграцію ВПО у нових громадах, та в іншому сприянні реалізації їх прав. ВПО через масштабність соціальних, політичних, економічних викликів, які перед ними постають, отримують статус уразливих індивідів ще до свого переміщення, оскільки вони опиняються під прямим негативним впливом конфлікту. Переміщення посилює уразливість – вони не мають постійного житла, змушені залишити майно, яким володіють, часто позбавлені необхідних професійних вмінь, необхідних на новому робочому місці; стикаються з культурними та психологічними бар'єрами у нових громадах, в яких вони опиняються. Практично усі країни, які стикалися з проблемами внутрішнього переміщення, констатували, що ВПО змушені протидіяти стигмі, негативним стереотипним уявленням щодо них у нових громадах, а також обмеженому ринку праці, оскільки, як правило, економіки держав, на території яких має місце збройний конфлікт, переживають економічний спад. Крім того, ВПО часто перебувають у постійному відчутті страху й небезпеки. На додаток до цих складностей відбувається порушення стійких соціальних й емоційних зв'язків, втрата членів родини, в окремих випадках люди опиняються в ситуації, коли вони залежать від гуманітарної чи державної соціальної допомоги. Таким чином, труднощі, з якими стикаються ВПО, значно впливають на будь-які перспективи економічного розвитку, а також на всі перспективи суспільного примирення у середньо- й довгостроковій перспективі<sup>180</sup>. Найбільш гострого характеру внутрішнє переміщення набуває у разі збройних конфліктів й необхідності пошуку захисту від небезпеки, що загрожує життю.

Як було зазначено, участь в ініціативах, спрямованих на інтеграцію ВПО, є елементом корпоративної соціальної відповідальності й не може, як правило, оцінюватися з точки зору стандартів бізнесу і прав людини.

<sup>180</sup> Sharpe T., Cordova S. Peacebuilding in displacement, 2009. URL: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/protracted/sharpe-cordova.pdf>

Водночас, бізнес несе відповідальність за імплементацію необхідних засобів, які дають змогу йому забезпечити повагу до прав людини, а також запобігти негативному впливу на права людини, у тому числі права людини ВПО. Існують фактичні взаємозв'язки, які пов'язують бізнес-сектор і ВПО як у місцях їх первісного проживання, так і в місцях нового перебування.

Дослідження, які проводились в інших країнах, що мають досвід численного внутрішнього переміщення, зумовленого конфліктом, свідчать, що діяльність бізнесу, спрямована на запобігання внутрішньому переміщенню або, навпаки, така, що загострює проблему внутрішнього переміщення, так само, як і інші прояви участі бізнесу у процесах миробудови або в конфліктах, обумовлюється численними факторами, де індивідуальний контекст і напрями діяльності організації, політика власників компанії та її менеджерів відіграють важливу роль. Водночас, такі дослідження не виявили необхідного або автоматичного зв'язку між різними формами бізнесу й питаннями внутрішнього переміщення – це можуть бути як великі підприємства, так і середній та малий бізнес, різні сектори економіки тощо.

Такі результати досліджень контрастують з високими очікуваннями щодо відданості бізнес-акторів повазі прав людини. Поступово визнаною вимогою стала корпоративна відповідальність щодо поваги прав людини. Але все ще лишається складним завданням визначити конкретний набір дій і процедур, в яких би знаходила відображення така відповідальність. Важливим кроком у вирішенні цього завдання стали вже згадувані Керівні принципи ООН з бізнесу і прав людини, які вказують на необхідність прийняття бізнесом відповідних «політик», вироблення процедур, які б відповідали розміру бізнесу, сектору, в якому він працює, й умовам, в яких здійснюється діяльність. Умови конфлікту, наявність фактору внутрішнього переміщення мають братися до уваги при виробленні таких політик і процедур, що мають бути спрямовані на те, щоб пом'якшити негативний вплив конфлікту на права людини й наслідки внутрішнього переміщення<sup>181</sup>.

<sup>181</sup> International-AI, Conflict-Sensitive Business Practice: Guidance for Extractive Industries, 2005; Business and Human Rights, The Role of Business in Weak Governance Zones: Business Proposals for Effective Ways of Addressing Dilemma Situations in Weak Governance Zones, 2006.

Крім того, досвід інших країн доводить існування низького на сьогодні рівня методологічної підтримки, яка б надавала пояснення про зв'язок між бізнес-операціями і внутрішнім переміщенням – усвідомлення таких зв'язків є низьким як в самому корпоративному секторі, так і в громадах, органах державної влади і місцевого самоврядування – як на територіях, уражених конфліктом, так і на приймаючих територіях.

Важливим фактором, на який звертається увага, є факт низької обізнаності бізнесу про внутрішнє переміщення, про можливі форми впливу конфлікту на права людини, про зміст механізмів забезпечення «належної обачності у сфері прав людини» (*human rights due diligence*) та врахування у цих механізмах прав уразливих індивідів, груп і спільнот, зокрема ВПО.

Бізнес може впливати на внутрішнє переміщення як негативно (посилиючи його масштаби), так і позитивно (реалізуючи ініціативи, спрямовані на запобігання внутрішньому переміщенню або на мінімізацію його наслідків для населення, на створення умов для повернення тощо).

Тому держава має проводити розслідування щодо можливого негативного впливу бізнесу на ситуацію внутрішнього переміщення. Ці питання мають також ставати предметом громадського моніторингу. У подальшому вони мають ставати предметом судових розглядів. Йдеться, зокрема, про випадки, коли бізнес здійснює тиск на населення з метою у подальшому заволодіти покинутим майном, у тому числі землею, фінансує незаконні збройні формування, використовує найману працю без належного забезпечення безпеки працівників і належних умов праці тощо.

Про негативний вплив бізнесу на внутрішнє переміщення йдеться також тоді, коли бізнес не зробив кроків щодо запобігання ризику порушення прав населення, яке змушене вдатися до переміщення. Тобто йдеться про компанії, які хоча й безпосередньо не вплинули на внутрішнє переміщення, але проявили байдужість до умов ризику порушення прав людини, не вжили заходів, спрямованих на їх мінімізацію, продовжили працювати у звичайному режимі. Це може призводити до ситуацій, коли компанії свідомо або несвідомо отримують вигоду від внутрішнього переміщення – отримують у володіння й користування

земельні ділянки за ціну, яка є нижчою ринкової, купляють інше майно за неринковими цінами, використовують найману працю без належної оплати, надають послуги, продають товари і продукти за підвищеними цінами тощо.

Як запобігання переміщенню, так і допомога ВПО становлять собою велику проблему для корпоративного сектору, особливо для компаній, які працюють в зонах, звідки відбулося переміщення, і в приймаючих громадах. В обох випадках перед корпоративним сектором стоїть завдання створення стійких умов для своєї діяльності, що передбачає, серед іншого, сприяння покращенню умов життя тих, хто проживає в районах його впливу, і формування соціальної легітимності їх операцій. Водночас, мають вчинятися дії, спрямовані на пом'якшення наслідків вимушеного внутрішнього переміщення. У районах виселення населення бізнес-операції стикаються з різноманітними ризиками. У цих умовах, коли інституційна присутність є слабкою, відбуваються дії незаконних збройних угруповань, бізнес може – свідомо чи несвідомо – сприяти динаміці вимушеного переміщення. Аналогічним чином, компанії, які працюють в цих умовах, піддаються ризику нападів, погроз, змушені брати участь у незаконній діяльності або бути звинуваченими – обґрунтовано або ні – у сприянні насильству й порушеннях прав людини.

Необхідним є формування розуміння як з боку державних інституцій, організацій громадянського суспільства, так і самого бізнесу взаємозв'язку і взаємовпливу між підприємницькою діяльністю і ситуацією внутрішнього переміщення. Вплив бізнесу може бути як негативним (посилювати внутрішнє переміщення, сприяти більшій уразливості ВПО, підвищувати ризики порушення їх прав тощо), так і позитивним (сприяти зменшенню ризиків на території первісного проживання і цим зменшувати саме внутрішнє переміщення, реалізовувати ініціативи, спрямовані на соціальну і економічну інтеграцію переміщеного населення у нових громадах тощо).

Самі підприємства та їх об'єднання розробили міжнародні галузеві стандарти для всіх секторів бізнес-діяльності – добувна промисловість, виробництво, банківська справа, туризм тощо – стандарти, які встановлюють керівні принципи належної практики унеможливлення пору-

шень прав людини в умовах конфліктів та мінімізації їх негативних наслідків. На додаток до них Керівні принципи ООН сьогодні є найбільш всеохопною міжнародною основою, яка гарантує, що всі підприємства застосовують усі механізми забезпечення «належної обачності у сфері прав людини» (*human rights due diligence*).

Ситуація конфлікту, навіть якщо бізнес не діє безпосередньо на ураженій ним території, зумовлює такий політичний, економічний, культурний контекст, який не може не впливати на бізнес-діяльність. Керівні принципи ООН з бізнесу і прав людини підкреслюють підвищений ризик порушень прав людини з боку бізнесу в умовах конфлікту. Внутрішньо переміщені особи можуть зазнавати порушень з боку бізнесу як працівники (особи, що шукають роботу), у тому числі працівники у ланцюгах поставок, споживачі товарів і послуг, спільнота у разі їх концентрованої проживання у певному місці. Крім того, поведінка бізнесу в умовах конфлікту може виступати фактором, який збільшує внутрішнє переміщення (своєю неналежною поведінкою змушує людей їхати / не повертатися)<sup>182</sup>.

<sup>182</sup> Rettberg A., Rivas A., Arboleda J., Cajiao A. Private Sector and Forced Internal Displacement (FID) in Colombia. Bogotá, August, 2011. *Serie Working papers FIP* No. 8. URL: <https://www.files.ethz.ch/isn/151825/wp8inglesweb.pdf>

## Розділ 4.

# ІТ-ПРАВО ТА ЕКОНОМІЧНІ СВОБОДИ<sup>183</sup>

### 4.1. Економіко-правовий аналіз поняття ІТ-права та сфери його застосування

Сфера застосування інформаційних технологій спричинила появу специфічної, раніше невідомої людству сфери суспільних відносин – відносин у цифровому (віртуальному) просторі, а з ними й формування високотехнологічної та високоприбуткової галузі економіки. Це об'єктивно зумовлює необхідність належного правового регулювання такого роду економічних відносин на рівні такої ж специфічної та комплексної сфери права як ІТ-право. Для України вказане питання актуальне як ніколи, адже за останніми дослідженнями вітчизняний ринок послуг у сфері інформаційних технологій набирає дедалі більших обертів та станом на сьогодні створює близько 4% ВВП. При цьому у 2018 році комп'ютерні послуги стали другою в країні найбільшою галуззю з експорту послуг (після переробки товарів), випередивши навіть трубопровідний транспорт. Більше того, за експертними висновками темпи загального зростання ІТ-галузі в Україні становлять близько 20% щороку та випереджають навіть загальносвітовий показник (6-7%). У свою чергу сума сплачених вітчизняними ІТ-компаніями податків у 2014–2017 роках зростала щороку у середньому на 27% і у 2018 році досягла 10 млрд грн<sup>184</sup>.

<sup>183</sup> Автор розділу – Дацюк Віталій Богданович, кандидат юридичних наук, керівник юридичного департаменту ІТ-Корпорації «ТРАНСОФТГРУПА».

<sup>184</sup> Підгайна, Є., 2018. Пішли на прорив: український ІТ-ринок зростає швидше за світовий, *Mind*. URL: <https://mind.ua/publications/20189963-pishli-na-proriv-ukrayinskij-it-riнок-zrostaє-shvidshe-za-svitovij>; ІТ-індустрія в 2018 р. сплатить близько 10 млрд грн податків, Інформаційне агентство «Інтерфакс-Україна». URL: <https://ua.interfax.com.ua/news/economic/541529.html>

Стабільно зростає й кількість ІТ-спеціалістів, яка за останні кілька років збільшилася майже на 60% – зі 100 тис. у 2016 році до 161 тис. станом на початок 2019 року. На додаток до цієї цифри слід врахувати, що згідно з даними Опендатабот в категорії «Комп'ютерне програмування, консультування та пов'язана з ними діяльність» зареєстровано 129,5 тисяч підприємців. Також підприємці реєструються в категоріях: «Видання іншого програмного забезпечення», «Консультування з питань інформатизації», «Видання комп'ютерних ігор», «Оброблення даних та розміщення інформації на веб-вузлах». Загалом з 2017 до 2019 року кількість ФОП в ІТ-сфері зросла на 40 676 ІТ-підприємців, тобто на 45%. При цьому їх частка серед інших фізичних осіб-підприємців зросла з 5 до 7,5%<sup>185</sup>. Втім вражають не лише кількісні, а й якісні показники вітчизняного ринку ІТ-спеціалістів. Так, згідно з даними, що були опубліковані у звіті про стан європейської технічної індустрії State of European Tech Report, у 2018 році в Україні налічувалося 184 700 професійних розробників програмного забезпечення. Це дало змогу Україні увійти у першу десятку країн Європи за кількістю таких фахівців<sup>186</sup>. При цьому ще у 2014 році Україна опинилася на четвертому місці у світовому рейтингу країн за кількістю сертифікованих ІТ-спеціалістів (після США, Індії, Росії), а також увійшла до основних тридцяти місць розташування для передавання замовлень на розроблення програмного забезпечення<sup>187</sup>.

Вказане свідчить про стрімкий розвиток ІТ-сектору економіки України. Хоче хтось того чи ні, інформаційні технології стали невід'ємною частиною нашого життя (як в роботі, так і у побуті), а у розрізі сучасної світової економіки ІТ-галузь є однією з найперспективніших та такою, що стрімко розвивається і видозмінюється, створює нові й нові можливості не лише для ІТ-спеціалістів, але й для представників інших професій та

<sup>185</sup> Опендатабот, 2019. Чому законопроект про ФОП може нашкодити саме ІТ-бізнесу? URL: <https://opendatobot.ua/blog/294-jesuis-fop>

<sup>186</sup> Wehmeier, Tom and the Atomico Team, 2018. State of European Tech Report. URL: <https://2018.stateofeuropeantech.com/chapter/europes-got-talent/article/people-power/>

<sup>187</sup> Винничук, Р.О., Склярчук, Т.В., 2015. Особливості розвитку ІТ-ринку в Україні: стан та тенденції. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*, Логістика, № 833, С. 3-8. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/VNULPL\\_2015\\_833\\_3](http://nbuv.gov.ua/UJRN/VNULPL_2015_833_3)



спеціальностей, що так чи інакше дотичні до сфери ІТ або обслуговують цю галузь (вчені, інженери, менеджери, юристи, економісти тощо). Відтак важливо, щоб законодавство та практика правозастосування встигали за такими тенденціями розвитку сучасних економічних відносин, враховуючи їх особливу специфіку, а не перетворювалися на фактор гальмування ІТ-бізнесу, зокрема, та економічного зростання, в цілому.

Про формування ІТ-права в Україні як самостійної галузі права (з точки зору усталених у вітчизняній науці підходів до поділу системи права на галузі за предметом та методом правового регулювання), на наш погляд, говорити зарано. Хоча сучасні вчені-юристи уже почали напрацьовувати предмет, систему та методологію ІТ-права. Однак при цьому нерідко застосовується вузький підхід. Зокрема, Є.О. Харитонов у 2016 році визначив ІТ-право як сукупність норм та правил, що опосередковують діяльність по забезпеченню безпеки інформаційних технологій та інформаційної активності в мережі Інтернет<sup>188</sup>. Згодом вчений дещо переглянув та уточнив своє визначення ІТ-права як відносно визначеної сукупності норм та правил, що опосередковують діяльність щодо забезпечення реалізації інформаційних технологій та інформаційної активності в мережі Інтернет<sup>189</sup>. Останнє визначення, на наш погляд, є більш наближеним до специфіки ведення бізнесу у сфері ІТ, який аж ніяк не обмежується лише безпекою інформаційних технологій, а стосується різних аспектів правових та економічних відносин, пов'язаних із створенням, обслуговуванням, тестуванням програмних продуктів, передачею прав на них тощо.

Вітчизняний вчений А.В. Новицький, характеризуючи норми права, що регулюють суспільні відносини в ІТ-сфері України, теж застосовує досить вузький підхід та констатує такі види формування правових норм: а) ті, що склались історично (Закон про інформацію); б) ті, що були прийняті на вимогу світової спільноти (Закони про електронний циф-

<sup>188</sup> Харитонов, Є.О. (2016). Сутність ІТ-права (ІТ-право як концепт). Збірник матеріалів науково-практичної конференції «ІТ-право: проблеми і перспективи розвитку в Україні». Львів, НУ «Львівська політехніка», С. 274.

<sup>189</sup> Харитонов, Є.О., Харитонova О.І., 2017. Поняття ІТ-права, сфера його дії та структура. Т.В. Бачинський (ред.), Основи ІТ-права, Київ, Юрінком Інтер, С. 7-22.

ровий підпис та електронні документи та електронний документообіг); в) ті, що прийняті на вимогу розвитку індустрії (Закон про Національну програму інформатизації)<sup>190</sup>. На додачу до наведеної класифікації можна також виділити ще один вид правових норм – ті, що прийняті для захисту інформаційної безпеки як складової національної безпеки України (Закон про правові засади забезпечення кібербезпеки України). Однак і у такому вигляді наведена класифікація відображатиме далеко не всі аспекти відносин, які склалися у практиці ведення ІТ-бізнесу.

Більш комплексного підходу дотримується у своїх поглядах О.С. Яворська, яка говорить про ІТ-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 ІТ-право від інформаційного права, хоча чисто граматично ці поняття збігаються. При цьому вчена зауважує, що усталені в науці галузеві підходи, в основі яких є 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 ІТ-права в сучасній системі права<sup>191</sup>. І справді – сформулювати предмет та метод ІТ-права, визначити його чітке місце у системі права досить складно. З точки зору усталених наукових підходів до структурування системи права, ІТ-право уже давно вийшло за рамки міжгалузевого правового інституту, але ще не «виросло» у самостійну галузь права в класичному її розумінні. Та й чи доцільно виводити таку галузь, штучно «прищеплюючи» до неї частини цивільного, господарського, адміністративного, трудового та інших класичних галузей права? Однак об'єктивне існування ІТ-права як галузі практики сьогодні абсурдно заперечувати.

<sup>190</sup> Новицький, А.В. (2016). Місце ІТ-права в загальній системі інформаційного права. Збірник матеріалів науково-практичної конференції «ІТ-право: проблеми і перспективи розвитку в Україні», Львів, НУ «Львівська політехніка», С. 116.

<sup>191</sup> Яворська, О.С., 2017. ІТ-право, Львів, Вид-во «Левада», С. 10-16.

Варто також звернутися до особливостей визначення дефініції ІТ-права у західній юриспруденції. Так, на правовому інформаційному порталі HG.org, який є дискусійним майданчиком для юристів США, наведене таке пояснення сутності права інформаційних технологій (ІТ-права) як нішевої практики:

*«ІТ-право забезпечує правову базу для збору, зберігання та розповсюдження електронної інформації на глобальному ринку. Адвокати, які практикують у цій галузі права, представляють фізичних осіб та підприємства різних галузей. Вони допомагають структурувати трансакції з інформаційними технологіями таким чином, щоб максимально збільшити економічну вигоду клієнта, одночасно забезпечуючи дотримання регуляторних норм. Великий акцент робиться також на передбаченні потенційних джерел спорів між сторонами угоди та на розробці угод, які вирішують ці проблеми, тим самим зменшуючи ризик судових процесів.*

*Коли виникають суперечки в галузі інформаційних технологій, які не можуть бути вирішені поза судовою системою, юрист, що спеціалізується на таких видах справ, може виявитись більш потужним фахівцем порівняно із юристом загальної спеціалізації. Юридичні фірми із практикою у сфері ІТ-права працевлаштовують юристів, що мають практичний досвід роботи в цій галузі ще до вступу в юридичну професію. З огляду на це, адвокат є більш ефективним у поясненні технічних понять судді чи присяжним і, скоріш за все, матиме контакти в галузі, які роблять пошук консультантів та експертів менш складним»<sup>192</sup> (пер. з англ. – В.Д.).*

Відтак варто зазначити, що у західній юриспруденції ІТ-право здебільшого розглядається не як самостійна галузь права у класичному її розумінні, а як галузь практики, яка стосується різних правових аспектів стосовно договорів у сфері інформаційних технологій, інтелектуальної власності, конфіденційності та захисту інформації тощо<sup>193</sup>.

<sup>192</sup> Information Technology Law, Guide to IT Law. HG.org Legal Resources. URL: <https://www.hg.org/information-technology-law.html#1>

<sup>193</sup> Michalsons, 2018. What is IT law, ICT law or Cyber law? [online] Available at: <https://www.michalsons.com/blog/what-is-it-law-ict-law-or-cyber-law/286>

У сучасній вітчизняній та зарубіжній юридичній літературі можна також знайти такі терміни як «Інтернет-право», «комп'ютерне право», «кіберправо», «правова інформатика» тощо. Однак, на наш погляд, ІТ-право є найбільш влучним поняттям, яке включає у себе усі вищеперелічені та стосується відносин у віртуальному середовищі як з використанням мережі Інтернет, так і без такої, але з використанням інформаційних технологій (наприклад, створення автономних баз даних без підключення до мережі Інтернет).

На нашу думку, ІТ-право сьогодні слід розглядати у першу чергу як галузь практики, яка виникла і розвивається незалежно від волі законодавця та становить собою сукупність норм різних галузей законодавства, які так чи інакше регулюють специфічні відносини, що складаються у сфері інформаційних технологій. Недарма практикуючі юристи говорять про правове обслуговування ІТ-бізнесу як про окрему індустрію (галузь) юридичної практики. Відтак ІТ-право як індустрія в праві охоплює такі аспекти правового забезпечення ІТ-сфери як:

- правовий супровід стартапів в ІТ-сфері;
- вибір юрисдикції та реєстрація ІТ-бізнесу;
- договірні відносини, електронна комерція та ЗЕД-контракти у сфері ІТ;
- податкове структурування ІТ-бізнесу;
- питання щодо антимонопольного права в ІТ-секторі;
- особливості валютного регулювання та банківських відносин у сфері ІТ;
- трудові відносини в ІТ-компаніях;
- реєстрація авторських прав та реєстрація знаків для товарів та послуг;
- захист персональних даних;
- правове забезпечення кібербезпеки;
- правова допомога у вирішенні конфліктів в ІТ-сфері (досудове та судове врегулювання спорів) тощо.

Суттєвим фронтом для ІТ-юристів є впровадження **комплаєнс-стандартів** у роботі з іноземними контрагентами (насамперед, із компаніями зі США та ЄС), виходячи з вимог міжнародно-правового регулювання та

з урахуванням специфіки зарубіжних правових систем. Більш детально йтиметься про це у параграфі, присвяченому особливостям юридичного супроводу ІТ-бізнесу в Україні в умовах глобалізації.

Враховуючи взаємозв'язок економічних та правових процесів, також зазначимо, що правовий супровід ІТ-бізнесу в Україні за останній час став ще й доволі прибутковою справою для нішевих юристів. Тобто ІТ-право не лише покликане обслуговувати ІТ-бізнес, але й саме по собі є перспективною сферою ведення юридичного бізнесу. У зв'язку із цим ІТ-право можна розглядати у двох аспектах:

1) **з точки зору права** – як **сферу практичної юриспруденції** для всіх юристів, які мають відношення до ІТ-сфери, зокрема:

- корпоративних юристів (інхаусів) ІТ-підприємств;
- адвокатів, а також юристів інших підприємств, установ, організацій (державних і недержавних), які в ході роботи стикаються з питаннями правового регулювання ІТ-відносин;

2) **з точки зору економіки** – як **бізнес-індустрію** для:

- зовнішніх юристів (зокрема, й адвокатів), які займаються вузькоспеціалізованою приватною практикою у сфері обслуговування ІТ-бізнесу;
- нішевих юридичних компаній, що здійснюють правовий супровід ІТ-підприємств (наприклад, «Legal IT Group» (м. Київ);
- юридичних компаній, які мають у своїй структурі відповідні підрозділи, що надають консалтингові послуги у сфері ІТ (наприклад, юридична фірма «AEQUO» (м. Київ), адвокатське об'єднання «Бачинський та партнери» (м. Львів) та інші).

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що наведений нами перелік складових ІТ-сфери, які формують своєрідний предмет правового регулювання ІТ-права (якщо все ж вдаватися до цих категорій), не претендує на вичерпність. До того ж ми визнаємо свій чітко виражений бізнес-підхід до розуміння сутності та призначення ІТ-права. Так, поза нашою увагою залишилися такі питання як Інтернет речей, штучний інтелект та інші новації сучасного суспільства, які є результатом стрімкого розвитку інформаційних технологій та які сьогодні піддаються аналізу вчених, у тому числі з точки зору права. Поле для досліджень правовідносин

в ІТ-сфері є доволі широким та розширюється, без перебільшення, з кожним днем. Тож залишимо відповідні аспекти для подальших, більш ґрунтовних науково-практичних досліджень, присвячених конкретним аспектам правового регулювання ІТ-відносин.

#### 4.2. Свобода підприємництва та реалізація права на працю в ІТ-сфері: вітчизняні контраверсії

Ні для кого не секрет, що застаріле трудове законодавство є одним із гальмівних та ризикових чинників розвитку ІТ-бізнесу в Україні. Вітчизняне законодавство не передбачає особливих умов щодо оформлення трудових відносин для окремих сфер господарської діяльності чи для представників малого підприємництва. Гострою проблемою для ІТ-компаній є відсутність можливості застосувати нетрадиційні конструкції в трудових договорах, які не передбачені в Кодексі законів про працю України. При цьому трудове законодавство України досить суворе: статтею 9 КЗпП обмежено свободу сторін у визначенні умов, адже умови договорів, які погіршують становище працівників, є недійсними (а це, наприклад, покладання додаткових обов'язків, установлення додаткових обмежень, відповідальності тощо)<sup>194</sup>. Окрім того, вітчизняне законодавство досі не визначене в питаннях фрілансу, що уже давно став звичною практикою в ІТ-галузі. Питання впровадження гнучкого графіку робочого часу передбачені не законом та навіть не підзаконним актом, а Методичними рекомендаціями щодо встановлення гнучкого режиму робочого часу, затвердженими наказом Мінпраці України від 04.10.2006 № 359.

У питаннях офіційного оформлення трудових відносин вітчизняні ІТ-компанії стикаються з проблемою формування власного штатного розкладу, виходячи із посад, передбачених Класифікатором професій ДК 003:2010. Так, сучасні ІТ-спеціалісти звикли до таких загальноживаних у світі вакансій як «Front-End Developer», «Back-End Developer»,

<sup>194</sup> Ященко, Т., 2019. Особливості оформлення трудових відносин в ІТ-компаніях і стартапах: теорія та практика. *ЮРИСТ&ЗАКОН*, № 41, 14 листопада.

«Software Tester», «QA Engineer» тощо, які відображають вузьку специфіку тієї чи іншої роботи в ІТ-сфері. Натомість українські айтишники змушені влаштуватися на посади «Програміст прикладний», «Програміст системний», «Інженер-програміст», «Програміст (база даних)», специфіка та різниця між якими не зовсім зрозуміла, а формулювання такої посади як «Фахівець із розробки та тестування програмного забезпечення» (тобто програміст та тестувальник в одній особі) взагалі виглядає абсурдно. Варто зазначити, що сам Класифікатор професій є документом, що має доволі сумнівну природу, адже затверджений наказом Держспоживстандарту України від 28.07.2010 № 327, однак не зареєстрований в Міністерстві юстиції України. У той же час необхідність використання Класифікатора передбачена Інструкцією про порядок ведення трудових книжок працівників. А тому ігнорування Класифікатора професій може спричинити несприятливі наслідки для роботодавця у вигляді накладення штрафу при проведенні перевірки Держпраці.

Над нюансами пострадянської практики укладення трудових правовідносин, а також ведення кадрової документації можна не замислюватися, якщо заключити з ІТ-спеціалістом цивільно-правовий договір, особливо якщо він має статус фізичної-особи підприємця. Переваги роботи із фізичними особами-підприємцями (ФОП) можна проілюструвати на практичних прикладах.

**Приклад 1.** Найманому працівникові нараховано заробітну плату за місяць 10000 грн. Із цієї заробітної плати роботодавець повинен відрахувати до бюджету податок на доходи фізичних осіб 18% (1800 грн) та військовий збір 1,5% (150 грн), а також додатково на нараховану заробітну плату сплатити 22% – єдиний соціальний внесок (2200 грн). У підсумку фонд оплати праці такого працівника становитиме 12 200 грн, з чого працівник отримує на руки 8050 грн, а загальна сума податків та зборів складе 4150 грн.

**Приклад 2.** Фізична особа-підприємець, який є платником єдиного податку 3-ї групи, згідно з цивільно-правовим договором отримав від юридичної особи (ІТ-компанії) плату за надані послуги в лютому 2019 р. у розмірі 10000 грн. ФОП має при цьому сплатити такі обов'язкові платежі: єдиний податок – 5% від доходу (тобто

500 грн) та єдиний соціальний внесок – 22% від мінімальної заробітної плати (у 2019 році розмір ЄСВ становить 918 грн, у 2020 – 1039 грн). При цьому компанія-замовник послуг більше нічого додатково не нараховує та не стягує.

Очевидно, що друга модель співпраці є більш вигідною для ІТ-компаній. При цьому по суті «життєво» необхідною така модель є для стартапів – новостворених компаній (можливо, ще не зареєстрованих офіційно, але які всерйоз планують стати офіційними), що будують свій бізнес на основі інновацій та інноваційних технологій, але ще не вийшли на ринок або тільки почали на нього виходити, маючи обмежені ресурси<sup>195</sup>. Для стартапів критичною є відсутність стабільного фінансування та капіталу, достатнього для забезпечення стабільних виплат працівникам, а отже, й неможливість наймати їх взагалі на початкових етапах свого функціонування. Відтак для ІТ-компаній (особливо – новостворених) надзвичайно важливою є можливість використання у своїй діяльності договорів із ФОП.

Укладення цивільно-правових договорів є також актуальним у контексті навчання та стажування молодосвідчених чи починаючих ІТ-спеціалістів. При цьому не слід плутати стажування з випробувальним терміном. Так, чинне законодавство про працю передбачає поняття випробувального терміну для новоприйнятих працівників. Однак випробувальний термін можна призначати не всім, адже закон передбачає перелік обмежень щодо окремих категорій працівників. Окрім того, у разі, якщо працівник ще навчається відповідним навикам, то за три місяці (граничний строк випробування за законодавством) важко одночасно і навчити, і перевірити його здатність виконувати відповідну роботу. У такому разі укладення цивільно-правового договору, строк якого може й перевищувати три місяці, міг би бути виходом із ситуації. До того ж в плані оподаткування.

Однак чинне законодавство передбачає стажування тільки для студентів (ст. 29 ЗУ «Про зайнятість населення»). Порядок стажування

<sup>195</sup> Бачинський, Т.В., Стартуп в Україні: погляд з позиції ІТ-права. В: Т.В. Бачинський (ред.), Основи ІТ-права в Україні, (Юрінком Інтер 2017) 123-132.

встановлений постановою КМУ від 16 січня 2013 р. № 20 «Про затвердження Порядку укладення договору про стажування студентів вищих та учнів професійно-технічних навчальних закладів на підприємствах, в установах та організаціях і Типової форми договору про стажування студентів вищих та учнів професійно-технічних навчальних закладів на підприємствах, в установах та організаціях». Натомість для тих, хто уже давно закінчив університет і має намір самостійно (в рамках самоосвіти) перекваліфікуватися, законодавство (зокрема, КЗпП та Закон «Про зайнятість населення») такої можливості не передбачає. У сучасних умовах, коли формальна освіта уже давно не є ключовим орієнтиром для подальшого вибору професії, такий стан законодавства не лише не сприяє розвитку економіки, але й ускладнює його, створюючи додаткові перешкоди для людей, які вирішили знайти себе в іншій професійній сфері та стати більш корисним і більш високооплачуваним спеціалістом.

З точки зору принципу верховенства права застосування моделі співпраці з ІТ-спеціалістами за цивільно-правовими договорами не може автоматично вважатися порушенням та умисним приховуванням трудових відносин. Конституція України рівною мірою гарантує кожному громадянину як право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом (стаття 42), так і право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується (стаття 43). І ці два права аж ніяк не є взаємовиключними. Однак поняття «оптимізація податкових платежів» та «ефективне податкове планування» контролюючі органи досить часто вважають синонімічними до поняття «умисне ухилення від сплати податків». Тому співпраця із ФОП – це досить актуальне та «болюче» на цей час питання для представників ІТ-галузі.

У разі якщо Держпраці за нерегульованими досі критеріями вирішить порівняти такі відносини до замаскованих трудових, то крім замарних штрафів за КЗпП (30 мінімальних заробітних плат) українським компаніям також загрожує проведення перевірки податковими органами, донарахування податкових зобов'язань та, ймовірно, навіть відкриття кримінального провадження за ст. 212 Кримінального кодексу. Залежно від «креативності» слідчого існує й загроза відкриття кримінального про-

вадження за ст. 209 КК проти керівництва компанії, що, у свою чергу, створює загрозу застосування заходів кримінально-правового характеру до самої ІТ-компанії. Звісно, довести до суду таку «роздуту» справу майже не вбачається реальним. До того ж наразі відсутня практика застосування заходів кримінально-правового характеру до юридичних осіб, адже цей правовий інститут з моменту самої ж появи у КК України викликав більше питань, ніж відповідей. Однак у арсеналі недобросовісного слідчого завжди зберігається можливість дестабілізувати роботу підприємства у такий спосіб, особливо якщо йдеться про рейдерські схеми та схеми недобросовісної конкуренції з участю в них правоохоронних органів.

Наразі ж судова практика частіше стає на бік роботодавців, а не контролюючих органів, які переважно керуються чисто фіскальною, а не правовою позицією. Запорукою успішного захисту від необґрунтованих претензій державних органів насамперед є доведення того, що мали місце саме господарські відносини з незалежним суб'єктом господарювання (наприклад, підрядником чи надавачем послуг) у рамках провадження звичайної господарської діяльності. Трудові відносини при цьому юридично відсутні, оскільки немає факту укладення трудового договору.

Фактичних критеріїв або конкретних підстав для розмежування господарських чи цивільно-трудових і трудових відносин чинне законодавство не містить. Однак судова практика робить наступні висновки щодо ознак, які відрізняють цивільні відносини від трудових: 1) трудовим законодавством врегульовано процес організації трудової діяльності, натомість за цивільно-правовим договором процес організації трудової діяльності залишається за його межами, а метою договору є отримання певного матеріального результату; 2) виконавець, який працює за цивільно-правовим договором, на відміну від працівника, який виконує роботу відповідно до трудового договору, не підпорядковується правилам внутрішнього трудового розпорядку, хоча й може бути з ними ознайомлений, і сам організовує свою роботу та виконує її на власний ризик; 3) виконавця за цивільно-правовим договором не зараховують до штату установи (організації), не вносять запису до трудової книжки та не видають розпорядчого документа про прийом

його на роботу на певну посаду (див. постанову П'ятого апеляційного адміністративного суду від 30.10.2019 р. у справі № 400/206/19). Керуючись такими критеріями під час укладення цивільно-правового договору (насамперед важливо звертати увагу на термінологію договору, яка не має перегукватися із положеннями трудового законодавства), є всі підстави у судовому порядку захиститися від необґрунтованих звинувачень контролюючих органів.

На початку 2019 року Мінсоцполітики України презентувало для обговорення законопроект з нібито благородною метою та не менш промовистою назвою – **щодо посилення захисту прав працівників та протидії застосуванню незадекларованої праці**<sup>196</sup>. Згодом відповідний проект закону був зареєстрований у Верховній Раді, чим викликав хвилю критики, особливо в ІТ-середовищі. Вкрай саркастичні, однак змістовні зауваження виклала Оксана Кочкодан, дольовий юрист «Axon Partners»:

*«Термінологія з Цивільного кодексу України кочує в Кодекс законів про працю України. Законодавчий акт 1971 року стає ще більш стильним і молодіжним. Ти думаєш, що надаєш послуги за цивільно-правовим договором? Куди там, твій замовник – твій роботодавець. А отже, те, що між вами відбувається, – «трудові відносини». Принаймні, якщо містить одну з трьох ознак, не потрапити під яку можна тільки випивши святої води на Водохреще: 1) тобі періодично платять за послуги; 2) ти нікому не передаєш свої завдання, бо над тобою є наглядач, який все бачить і командує; 3) 75% доходу і більше протягом 6 місяців – тільки за цю роботу; 4) в тебе є робоче місце і правила, як там поводитися; 5) крім тебе, в роботодавця ще десяток таких, як ти, які роблять те саме, але за трудовим договором; 6) комп'ютер і блокнот з ручкою тобі дав роботодавець; 7) ти працюєш і відпочиваєш у чітко визначений роботодавцем час»<sup>197</sup>.*

<sup>196</sup> Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав працівників та протидії застосуванню незадекларованої праці», 2019. Міністерство праці та соціальної політики України. [online] Режим доступу: <https://www.msp.gov.ua/projects/401/>

<sup>197</sup> Ярова, М., 2019. Нова загроза для ФОПів в ІТ: що пропонує Мінсоцполітики в новому законопроекті. *AIN*. [online] Режим доступу: <https://ain.ua/2019/02/14/nova-zagroza-dlya-fopiv-v-it/>

У серпні 2019 року новообраний парламент відкликав цей законопроект, однак питання критеріїв прирівнювання цивільно-правових відносин до трудових залишилося не знятим. З вуст прем'єр-міністра та урядовців пролунали пропозиції ввести окрему 5-ту групу спрощеної системи оподаткування для ІТ-індустрії та запровадити для неї спеціальні умови оподаткування. Пропонується, що, крім звичних 5% єдиного податку, ФОП на 5-й групі повинні будуть платити 1,5% військового збору, єдиний соціальний внесок з двох мінімальних заробітних плат, а також так званий збір на розвиток людського капіталу – 1% від доходу, починаючи з 2020 року, з поступовим підвищенням його до 5% до 2024 року (має сплачуватися до спеціального недержавного фонду, який незрозумілим чином повинен адмініструватися представниками ІТ-галузі). Тим самим ІТ-підприємців планують вивести з групи ризику визнання цивільно-правових відносин де-факто трудовими. При цьому перехід на нову групу оподаткування для ФОП ІТ-індустрії буде добровільним, бажаючі зможуть і далі працювати на 3-й групі єдиного податку<sup>198</sup>.

З точки зору стабільності ведення бізнесу пропозиція, можливо, й слушна (однак все залежить від того, як її будуть реалізовувати на практиці), а от з точки зору принципу верховенства права – так само вкрай дискусійна з огляду на абсурдність протиставлення права на працю та права на підприємницьку діяльність. Адже на практиці це може створити наступну ситуацію: 1) якщо ви програміст, що зареєстрований ФОПом на спрощеній системі оподаткування (3-тя група), то ваші відносини із замовником можуть прирівняти до трудових; 2) якщо ж ви перейдете на іншу, спеціальну групу оподаткування для ІТ-спеціалістів і будете платити інші внески (при цьому не лише у держбюджет, а й у згаданий вище недержавний Фонд розвитку людського капіталу – так званий ІТ Creative), то тоді у податкових органів та інспекції Держпраці питань нібито не буде виникати (чому – невідомо, мабуть тому, що просто так «креативно» і «по-сучасному» вирішили в уряді, а на Конституцію та законодавство звертати увагу не обов'язково...). Критерії ж визнання цивільно-право-

<sup>198</sup> Мінфін, 2019. Що влада пропонує ІТ-індустрії. [online] Режим доступу: <https://minfin.com.ua/ua/2019/09/06/38970511/>

вих відносин так само залишаються невизначеними та незрозумілими з точки зору Конституції України та поваги до прав людини. Цілком можливо, що такі пропозиції також будуть відкинуті з позиції їх невідповідності принципам правової держави. Однак привертає увагу сам факт нехтування елементарними засадами функціонування демократичного суспільства під час формування економічної політики держави.

На наш погляд, важливо насамперед не створювати міфів про те, що вітчизняний ІТ-сектор нібито використовує недобросовісні схеми, які завдають збитків державному бюджету (адже в цьому й весь корінь згаданих «новацій» та пропозицій). Вказаний міф було спростовано в **Аналітичному звіті «Розвиток української ІТ-індустрії»**, підготовленому та опублікованому в жовтні 2018 року за ініціативи Асоціації «ІТ Ukraine» спільно з Офісом ефективного регулювання (BRDO). У документі, зокрема, вказано наступну важливу інформацію, з якою цілком погоджується Державна регуляторна служба України<sup>199</sup>, критикуючи пропозиції Мінсоцполітики:

*«Специфіка ринку ІТ в тому, що лівова частка витрат (більше 80%) становить оплата праці. У промисловості цей показник в межах від 8% до 15%. Тому податки на заробітну плату в ІТ фактично є податками із обороту. Перевагою ІТ сфери, де близько 80% відсотків витрат – це заробітна плата, є те, що ці кошти отримують фізичні особи, які витрачають їх в Україні, напряду стимулюючи внутрішній ринок.*

*Крім того, дохід співробітників, що перебували у трудових відносинах з компаніями, перевищував середню зарплату в 7 разів, а дохід ФОП – у 7,8 рази. Таке співвідношення зберігається протягом тривалого часу.*

*Відповідно і розмір надходжень до державного бюджету на одного працюючого в сфері ІТ був значно вищий, ніж в середньому по країні. Податок на доходи фізичних осіб, сплачений працівниками*

<sup>199</sup> Державна регуляторна служба України, 2019. ДРС категорично проти ініціатив Мінсоцполітики щодо ФОП, зважаючи на ризики для економіки України. [online] Режим доступу: <http://www.drs.gov.ua/press-room/drs-kategorichno-proty-initsiatyv-minsotspolityky-shhodo-fop-zvazhayuchy-na-ryzky-dlya-ekonomiky-ukrayiny/>

**ІТ-галузі, у 3,7 разів перевищував середній по країні.** Оскільки у галузі широко застосовують модель співпраці зі спеціалістами на умовах ФОП, **враховувався також розмір єдиного податку, сплачений одним активним підприємцем.** Тим не менш, **його розмір виявився також у 3,4 рази більшим, ніж розмір ПДФО на 1 працюючого.** При цьому обсяг надходжень до бюджету від цього податку в ІТ-секторі зростав у середньому на 58,8% протягом 2013–2017 років і становив 3,2 млрд грн у 2017. Слід також зазначити, що єдиний податок, який сплачують ФОП, на 100% залишається в місцевих бюджетах за місцем реєстрації, тоді як ПДФО розподіляють серед місцевих бюджетів різного рівня на 75%, а податок на прибуток на 90% надходить до центрального. Тож можна сказати, що працівники ІТ-сфери сприяють наповненню місцевих бюджетів і розвитку регіонів»<sup>200</sup>.

#### 4.3. Юридичний супровід ІТ-бізнесу в умовах глобалізації економіки

У практиці вітчизняних ІТ-відносин гостро відчуваються як наявність прогалин у законодавстві, так і недоліки сучасного правового регулювання. Це призводить до того, що ІТ-право існує не лише в тих відносинах, які не врегульовані законом, а й часто всупереч йому. У зв'язку із цим виникає необхідність застосування аналогії права та звертання до актів міжнародно-правового характеру, а також впровадження комплаєнс-практик на основі положень зарубіжних нормативно-правових актів (зокрема, законодавства США та ЄС).

Відтак специфіка ІТ-права полягає у тому, що це ще й право без кордонів і сучасному ІТ-юристу недостатньо володіти лише знаннями національного законодавства. Вкрай необхідно орієнтуватися в особливостях міжнародно-правового регулювання відносин у цифровому

<sup>200</sup> Асоціація «ІТ Ukraine» та Офіс ефективного регулювання (BRDO), 2018. Розвиток української ІТ-індустрії. Аналітичний звіт, Київ. URL: [https://ko.com.ua/files/u125/Ukrainian\\_IT\\_Industry\\_Report\\_UKR.pdf](https://ko.com.ua/files/u125/Ukrainian_IT_Industry_Report_UKR.pdf)

середовищі, а також розуміти особливості зарубіжної практики юридичного супроводу ІТ-бізнесу.

Так, нерідко перед ІТ-бізнесом постає питання вибору оптимальної юрисдикції. І питання не лише в податковому структуруванні (і не в офшорних схемах, хоча й це не виключено, якщо йдеться про недобросовісне підприємництво), а й у захищеності інтелектуальної власності та захисті бізнесу в цілому (наприклад, від рейдерства). Окрім того, ІТ-контракти у сфері ЗЕД теж вимагають обізнаності зі специфікою законодавства та судової практики сторони-замовника (із цим може бути пов'язаний вибір застосовного права за договором). На жаль, іноземні замовники ІТ-послуг вкрай рідко погоджуються включати в контракт норми про застосовне право України та вирішення усіх спорів в українських судах. І на це є об'єктивні причини... Тому уже звичною справою є норми договорів про застосовне право, наприклад, одного зі штатів США, Республіки Ірландія тощо. Відтак ІТ-право найшвидше відчуває на собі усі «віяння» західних правових систем і не тільки.

#### **Приклад щодо застосовного права.**

*Український програміст є співзасновником ІТ-компанії, що зареєстрована в Естонії (у цій країні більш лояльне податкове законодавство, зокрема, запроваджений податок на виведений капітал). З'явилися замовники з Бельгії, укладено контракт на створення програмного забезпечення. При цьому у контракті застосовним правом вказано право штату Делавер (США). Причини можуть бути різні: а) у бельгійців там є своє постійне представництво і основна діяльність здійснюється в Делавері; б) в цьому штаті знаходяться сервери з онлайн-платформою, на якій будуть створювати програмне забезпечення; в) інший варіант. Кошти за контрактом будуть надходити на рахунок естонської компанії. В такій ситуації може виникнути одразу кілька питань:*

- яким чином отримати свою винагороду кінцевому бенефіціару (українському програмісту), щоб не витратити більшу суму на податки (можливі варіанти: дивіденди, заробітна плата, винагорода за іншим договором субпідряду тощо);
- де будуть розглядатися можливі спори за контрактом;

- як в Україні/Естонії виконати рішення іноземного суду та інші питання.

Додатково можна навести приклад із практики, коли у контракті із компанією-замовником зі США застосовне право визначалося залежно від регіону світу, в який постачалися програмні послуги. Якщо це США, то застосовним вважалося право штату Каліфорнія, для країн економічного регіону ЕМЕА (Європа, Близький Схід, Африка) – право Республіки Ірландія, для країн Азії – право Сінгапуру і т.д. На практиці механізм визначення застосовного права у таких ситуаціях виглядає наступним чином:

- контракт на послуги є рамковим, усі деталі містяться в додатках до нього, один із яких SoW (Statement of Work або аналог додаткової угоди з технічним завданням, цінами, строками тощо);
- у кожному конкретному SoW вказується, куди саме (в яку країну) постачаються послуги програмування;
- залежно від того, чого саме стосується спір (якого конкретно SoW), визначається регіон, в який постачалася послуга, та здійснюється вибір застосовного права і судового органу відповідно до казуальних норм контракту.

Окрім того, виникає чимало ситуацій, коли правові відносини у ІТ-сфері взагалі не врегульовані правом України. Зокрема, питання щодо законності з точки зору українського права мають:

- договори про нерозголошення (**NDA** або **Non-Disclosure Agreement**);
- положення договорів про непереманювання (**buyout clause**);
- договори про неконкуренцію (**NCA** або **Non-Compete Agreement**);
- договори про обробку даних (**DPA** або **Data Processing Agreement**).

Питання щодо правової природи цих договорів, їх ефективності та доцільності укладення є дискусійними та активно обговорюються у фаховій літературі та під час тематичних конференцій, семінарів та вебінарів. Однак, незважаючи на це, вказаними аббревіатурами пересічного айтшника уже важко здивувати. Більше того, в українських ІТ-компаніях уже давно й активно укладають такі договори (або передбачають нор-



ми відповідного змісту у основних контрактах), а більшість програмістів їх дотримуються. Водночас положення цих документів більшою чи меншою мірою вступають в суперечність із економічними правами та свободами (зокрема, правом на працю та правом на свободу підприємницької діяльності). При цьому не слід помилково вважати, що це проблема виключно вітчизняної правової системи та її «відсталості» у відповідних аспектах від більш «прогресивних» зарубіжних правових систем. Насправді, навіть у багатьох штатах США суди негативно ставляться до положень договорів про неконкуренцію (NCA) та про непереманювання (buyout clause), визнаючи їх такими, що непропорційно обмежують економічні права і свободи громадян. Однак про все по-порядку.

**Угоди за типом NDA** є звичною практикою в питаннях взаємодії між іноземними замовниками (насамперед зі США) та українськими виконавцями ІТ-послуг. Найчастіше у цих договорах дається вказівка на застосовне право – право того чи іншого штату США. Цей пункт часто викликає саркастичну посмішку в українських юристів. Однак питання можливого недотримання зобов'язань за договорами NDA лежить зовсім не у площині судових спорів за американським правом та проблемах механізму виконання рішень судів США в Україні<sup>201</sup>. Є інший, більш дієвий запобіжник від недобросовісної підприємницької практики з боку українських айтішників – ризик визнання відповідного суб'єкта господарювання недобросовісним партнером, якому доступ до ринків ІТ-послуг США та ЄС у зв'язку із цим може бути закритий. До того ж норми українського законодавства містять достатньо положень про захист комерційної таємниці (статті 117, 420, статті 505–508 глави 46, статті 862, 1116 Цивільного кодексу; статті 25, 32, 36, 155, 162 Господарського кодексу, стаття 232 Кримінального кодексу). Посилаючись на них, ІТ-юристи обґрунтовують можливість функціонування у вітчизняній правовій системі таких видів договорів як NDA.

Також слід врахувати те, що ІТ-компанії в Україні створюються переважно у формі ТОВ. А тому важливими є й норми Закону «Про то-

<sup>201</sup> Бачинський, Т.В., Конфіденційність та способи захисту комерційної таємниці. NDA (договір про нерозголошення). В: Т.В. Бачинський (Ред.), *Основи ІТ-права* (Юрінком Інтер 2017) 141-150.

вариства з обмеженою відповідальністю та товариства з додатковою відповідальністю» щодо захисту комерційної таємниці. Так, статтею 42 Закону передбачена пряма заборона для посадових осіб товариства розголошувати інформацію, що стала їм відома у зв'язку з виконанням ними посадових обов'язків та становить комерційну таємницю товариства чи є конфіденційною, крім випадків, коли розкриття такої інформації вимагається законом. Крім того, що за законом порушення таких обов'язків є підставою для розірвання товариством договору (контракту) з посадовою особою без виплати компенсації, це також є підставою для притягнення до кримінальної відповідальності за статтею 232 КК. Передбачається, що таким чином Закон про ТОВ та ТДВ з часом може «розморозити» цю статтю 232 КК, за якою в судовому реєстрі наразі не вдається знайти жодного вироку.

**Пункти про непереманювання** (*buyout*, а також *buyout clause* або *release clause*) – це такі положення договору, що надають право замовнику самостійно напряду працювати зі співробітниками або підрядниками виконавця виключно за умови, що замовник виплатить встановлену винагороду на користь виконавця<sup>202</sup>.

Пункт про *buyout* може бути сформульований у контракті таким чином:

... if the Company wishes to establish the contractual relations with the developer involved by the Contractor, the Contractor must agree to the arrangement in writing, and the Company must pay...	... Якщо Компанія (замовник) бажає встановити договірні відносини із розробником, залученим Виконавцем, Виконавець повинен письмово погодитись на таку угоду, а Компанія (замовник) повинна сплатити...
--	---

Окрім того, практикуючи ІТ-юристи стверджують, що *release clause* в Україні можливо юридично коректно описати в рамках пункту про збереження конфіденційної інформації. У такому разі робота замовника напряду із підрядником буде вважатися неналежним використанням конфіденційної інформації компанії, за що може стягуватися штраф.  
<sup>202</sup> Голод, О., 2019. Buyout clause: як утримати ІТ спеціаліста. *Legal IT Group*. URL: <https://legalitygroup.com/ua/proponovaniy-varyant-ne-splanacem-100-ustuju>

разі виникнення відповідного спору, але він успішно використовується в превентивних цілях, щоб мінімізувати можливі ризики шахрайської поведінки замовника<sup>203</sup>.

Слід зазначити, що положення про непереманювання можуть передбачатися не лише у контрактах між компанією-замовником та компанією-виконавцем IT-послуг, але й між компанією-виконавцем та її працівниками чи підрядниками. Останнє, зокрема, стосується уникнення ситуацій, коли звільняється один кваліфікований співробітник, створює власну компанію і переманює до себе цілу команду своїх колег. Суттєвий відтік кадрів протягом обмеженого проміжку часу може призвести до тимчасової виробничої неспроможності IT-компанії та, як наслідок, до зриву виконання контрактів із замовниками. Також виникають додаткові витрати, пов'язані із пошуком та навчанням нових працівників на заміну тим, що звільнилися. Тому в контексті запобігання недобросовісній конкуренції відповідні умови про *buyout* у контрактах зі співробітниками IT-компанії виглядають цілком виправданими та обґрунтованими. У конструкцію цивільно-правових договорів з ФОПами-підрядниками, на нашу думку, такі умови можна включати без вагань. Водночас відповідні умови трудових договорів, ймовірно, можуть бути визнані «неприпустимими» з точки зору контролюючих органів (зокрема, інспекторів Державної служби з питань праці), які досі звикли керуватися виключно заформалізованими положеннями постсоціалістичного трудового законодавства України. Однак, на наш погляд, незважаючи на (поки що) відсутність сформованої судової практики у питаннях застосування *buyout* в Україні, не варто боятися передбачати такі зобов'язання і для працівників.

Перш за все слід керуватися тим, що принцип недопущення недобросовісної конкуренції в Україні передбачений на конституційному рівні (абзац другий статті 42 Конституції України). Цим же положенням закріплено обов'язок держави забезпечувати захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Відповідні конституційні положення були конкретизовані у статті 13 ЦК, главі 3 ГК та у положеннях спеціальних законів,

<sup>203</sup> Голод О., Вказана праця.

зокрема Законах про захист економічної конкуренції та про Антимонопольний комітет. З огляду на це, *release clause* для працівників більш доцільно передбачати в окремих угодах цивільно-правового характеру та захищати такі положення документа умовами про конфіденційність. У разі порушення працівником зобов'язання відповідний спір може бути переданий на розгляд суду в рамках цивільного чи господарського судочинства (залежно від предмета спору та конкретних обставин справи). При цьому не виключаємо й участь Антимонопольного комітету у врегулюванні ситуацій, коли недобросовісна діяльність колишнього співробітника IT-компанії має ознаки антиконкурентних узгоджених дій у змові з іншими компаніями-конкурентами колишнього роботодавця.

**Договір про неконкуренцію (NCA)** є своєрідним дзеркальним відображенням *buyout clause*. Зокрема, це договір, який укладається між роботодавцем і працівником, який обмежує останнього від роботи в будь-якому подібному бізнесі впродовж роботи у роботодавця та протягом певного періоду часу після припинення трудових відносин. У зарубіжній практиці зобов'язання по NCA найчастіше включаються в загальний трудовий договір. Однак в Україні таке положення трудового договору буде прямо суперечити статті 9 КЗпП, відповідно до якої умови договорів про працю, які погіршують становище працівників порівняно з законодавством України про працю, є недійсними. Більш того, судова практика в Україні свідчить про визнання незаконними будь-яких положень договорів, які обмежують право особи займатися тією чи іншою діяльністю (незалежно від обмеження певними видами або терміном).

З іншого боку, відповідно до статті 21 КЗпП працівник має право реалізувати свої здібності до продуктивної і творчої праці шляхом укладення трудового договору на одному або одночасно на декількох підприємствах, в установах, організаціях, якщо інше не передбачене законодавством, колективним договором або угодою сторін. Тож, зважаючи на згадку про угоду сторін, виглядає виправданим укладати самостійні договори про неконкуренцію (або передбачати відповідні положення у договорах NDA) хоча б на період трудових відносин між працівником та роботодавцем. У обох випадках NCA-зобов'язання варто обґрунтовувати з точки зору необхідності збереження конфіденційності між сторона-

ми (робота на компанію-конкурента напряму суперечить цьому принципу). Це, зокрема, виступить стримуючим фактором для ІТ-спеціалістів, які можуть спробувати одночасно працювати на декілька компаній.

Приклад «розумних» умов NCA в ІТ-контракті:

Outside work (whether paid or unpaid) may only be permitted if it is limited in scope, does not interfere with your work at ..., and does not utilize company's resources. Performing work for an ... competitor is not allowed under any circumstances.	Робота на стороні (незалежно оплатна вона чи ні) може бути дозволена, лише якщо вона обмежена за обсягом, що не заважає вашій роботі з ... та не використовує ресурси компанії. Виконання робіт для конкурента ... не допускається ні за яких обставин.
--	---

З цього положення випливає наступне:

- інша оплачувана робота не забороняється, однак вона може здійснюватися у час, відмінний від основної роботи та без використання ресурсів основного роботодавця;
- виконання робіт для конкурента є неприпустимим та означає виконання робіт як за трудовим, так і за цивільно-правовим договором (зокрема, й у статусі ФОП).

У будь-якому разі, укладаючи договори NCA, важливо звертатися до зарубіжної практики, особливо якщо йдеться про контракт з іноземним замовником із вказівкою на застосовне право іншої країни.

Так, у більшості штатів США, де положення NCA узаконені, існують такі вимоги до цього документа: 1) добровільність сторін при укладанні; 2) розумне територіальне обмеження; 3) тимчасові рамки дії (6 місяців – 3 роки); 4) сфера діяльності або галузь; 5) санкції за порушення (працівника можуть звільнити, позбавити пільг, додаткових виплат або вихідної допомоги, колишній роботодавець може подати в суд, якщо співробітник відмовляється підписувати NCA при звільненні). У Великобританії з середини ХІХ століття застосовуються умови про тимчасове обмеження будь-якої професійної діяльності працівника (*garden leave*): протягом певного періоду часу (до 12 місяців) працівник продовжує отримувати заробітну плату в колишньому розмірі, але позбавляється доступу до комерційної

інформації роботодавця і права займати аналогічну позицію чи інакше конкурувати після звільнення. Роботодавець щомісячно виплачує працівникові не менше 1/3 середнього заробітку за останній рік. Термін дії варіюється від 6 місяців до 3-х років. Щодо компенсації – можуть відрізнятися розміри і механізми формування. Сторони можуть домовитися про одноразову компенсацію, збереження повної заробітної плати на час *garden leave* або її половини. У таких країнах як Франція, Німеччина, Італія, Нідерланди та Іспанія NCA має передбачати істотну компенсацію для співробітника. Причому чим більший термін дії застереження і чим воно жорсткіше, тим більшою повинна бути компенсація<sup>204</sup>.

Укладення **договорів про обробку даних за типом DPA** в Україні є порівняно новою практикою, яка раніше не була поширеною. Зростання популярності таких документів пов'язане із набуттям чинності в ЄС у травні 2018 року Загального регламенту захисту даних (GDPR). Угоди за типом DPA можуть укладатися як самостійний документ або як додаток до основного контракту, який стосується надання ІТ-послуг, пов'язаних з обробкою даних, та передбачають положення про:

- види та перелік інформації, що підлягає обробці компанією-виконавцем від імені компанії-замовника;
- порядок обробки інформації;
- технічні та організаційні заходи захисту інформації (відповідно до ст. 32 GDPR);
- порядок повідомлення про витік інформації чи інші порушення, пов'язані із обробкою даних.

Певною мірою такі угоди «вписуються» у положення вітчизняного законодавства про інформацію (Закон «Про інформацію», Закон «Про захист персональних даних» тощо). Хоча, ймовірно, з продовженням євроінтеграційних процесів та зближенням української правової системи з правом ЄС, в положення вітчизняного законодавства будуть імплементовані відповідні норми GDPR.

Слід зауважити, що, окрім необхідності володіти знаннями міжна-

<sup>204</sup> Чута, І., 2018. Как соглашение о неконкуренции (NCA) работает в Украине и в мире, *DigiLaw Ukraine*. URL: <https://medium.com/digilaw-ukraine/как-соглашение-о-неконкуренции-nsa-работает-в-украине-и-в-мире-c9c38706a906>

родного права, а також специфіки зарубіжних правових систем, для ІТ-юриста важливо також оволодіти управлінськими навиками. Так, у сучасному світі юристу недостатньо бути просто хорошим фахівцем у своїй справі. Успішний юрист повинен бути ще й хорошим менеджером (незалежно від того, працює він у бізнесі чи у державному секторі). Відповідні навики впливають на ефективне вирішення юридичних завдань у їх системному взаємозв'язку із завданнями інших підрозділів підприємства, установи чи організації. Так, фахівці з менеджменту висувають нові вимоги до підготовки юристів у вищій школі:

*«майбутні юристи повинні мати не тільки глибокі управлінські знання, а й сформувати вміння та навички юридичного управління організаціями на різних рівнях та посадах ... потрібно відчувати можливості й наслідки впливу права на економіку та управління»<sup>205</sup>.*

Тісний взаємозв'язок бізнес-процесів та юридичної практики простежується саме у ІТ-сфері, де юристу важливо:

- а) розуміти загальну специфіку (включаючи технічну складову) надання відповідних послуг ІТ-компанії;
- б) брати участь у підготовці бізнес-пропозицій;
- в) вміти вибудувувати правильну лінію укладення та подальшого супроводу договорів, виходячи із «настроїв» замовника та можливостей компанії-виконавця відповідних послуг;
- г) володіти навиками налагодження внутрішніх бізнес-комунікацій у середовищі конкретних виконавців послуг (ІТ-спеціалістів).

Без таких знань та умінь юридичний супровід співпраці із замовником буде ізольованим від реальних бізнес-процесів, а тому він є не лише малоефективним, але й навіть може ускладнювати, гальмувати чи навіть погіршувати розвиток ІТ-компанії. За таких обставин менеджерські навики є однією із ключових складових професіоналізму ІТ-юриста.

#### 4.4. Економічна складова екстериторіальної юридичної відповідальності у ІТ-сфері

<sup>205</sup> Шевченко, Л.С., 2019. Стратегічний бізнес-консалтинг : навч. посіб. Харків, Право, с. 281-282.

Враховуючи сучасні тенденції глобалізації економічних процесів, можна виділити три «кити» правового супроводу ІТ-бізнесу в Україні:

1) **Compliance** як культура добросовісності ведення бізнесу. Передбачає у собі аналіз відповідності поведінки компанії принципам добросовісної поведінки на ринку, вимогам нормативних актів (не лише вітчизняних, а й, насамперед, міжнародних чи зарубіжних);

2) **Due diligence** – встановлення достовірності фінансової, податкової та статистичної звітності, правильності оформлення всіх документів компанії, їх відповідності законодавству та внутрішнім вимогам;

3) **Forensic** – діяльність із виявлення ключових господарських ризиків, аналізу та врегулювання фінансово-правових спорів та інших конфліктних ситуацій, які виникають між діловими партнерами<sup>206</sup>.

Запровадження перелічених стандартів ведення бізнесу є актуальним для ІТ-компаній у контексті таких (уже частково згаданих вище) документів, як:

- 1) Федеральний закон США про податкову звітність за зарубіжними рахунками (Foreign Account Tax Compliance Act, **FATCA**; 2010),
- 2) Федеральний Закон США про корупцію за кордоном (Foreign Corrupt Practices Act, **FCPA**; 1977),
- 3) Загальний регламент ЄС про захист даних (General Data Protection Regulation, **GDPR**; Regulation (EU) 2016/679).

Перелічені документи мають екстериторіальну дію, у зв'язку із чим українські компанії зацікавлені імплементувати закладені у них стандарти у власній господарській практиці з тим, щоб:

- в очах закордонних партнерів (клієнтів, замовників) відповідати образу надійного та добросовісного партнера, з яким можна мати справу;
- не наразитися на штрафні чи репутаційні санкції, пов'язані із порушенням вимог цих документів.

Так, положення **FATCA** зобов'язують іноземні фінансові організації звітувати перед Службою внутрішніх доходів США про рух коштів американських платників податків. У протилежному разі фінансові ор-

<sup>206</sup> Шевченко, Л.С. Згадана праця, с. 289-291.

ганізації ризикують отримати санкції у вигляді 30-відсоткових штрафів на рух коштів з їх кореспондентських рахунків у банках США або й навіть закриття таких рахунків. Сьогодні положення FATCA активно впроваджуються українськими банками, кінцевими бенефіціарами яких є закордонні суб'єкти. Все частіше при відкритті банківського рахунку українські компанії стикаються з необхідністю заповнити спеціальну форму FATCA. Причому це стосується не лише компаній, в яких є іноземні засновники. Зазвичай для того, щоб ідентифікувати клієнта, банк просить вказати в анкеті FATCA тип компанії, для якої відкривається рахунок. Такими типами можуть бути або фінансова, або нефінансова компанія. Якщо це нефінансова компанія, то вона може бути активною або пасивною нефінансовою компанією. Залежно від типу компанії визначається і обсяг інформації, яку буде збирати банк. Наприклад, пасивна нефінансова компанія повинна надати також відомості про бенефіціарів свого бізнесу, щоб підтвердити, що там немає резидентів США. У свою чергу, вимоги до активної нефінансової компанії значно менші.

**FCPA** накладає заборону на надання, пропозицію або обіцянку надати будь-яке благо іноземному посадовцю, політику, державному службовцю або співробітнику державної установи з метою отримання неправомірних переваг. Фактично такою особою може бути будь-яка іноземна особа, яка пов'язана з державою, здійснює публічні функції і отримує зарплату з державного бюджету країни. Екстериторіальна дія FCPA означає, що, наприклад, українська компанія може опинитися під прицілом його норм, якщо вона:

- здійснює свою діяльність в США,
- її акції котируються на американській біржі,
- є представництвом або дочірнім підприємством американської компанії,
- діє від імені американської компанії,
- обслуговує клієнтів з США,
- здійснює розрахунки в доларах США,

- використовує email-сервери США<sup>207</sup>.

Суворі санкції FCPA не є чимось надто далеким та невідомим для українських компаній, особливо для тих, які функціонують у сфері великого ІТ-бізнесу. Так, дію антикорупційного законодавства США уже відчула на собі компанія VEON (до 2017 – «VimpelCom») – глобальний провайдер телекомунікаційних послуг, що базується в Амстердамі та до складу якого входить український оператор мобільного зв'язку ПрАТ «Київстар». Цінні папери компанії VEON котируються на фондових біржах США. У 2016 році стало відомо, що компанія регулярно у період з 2006 до 2012 року давала хабарі узбецьким чиновникам з метою одержання можливості надання телекомунікаційних послуг на ринку зв'язку Узбекистану. Внаслідок цього та на підставі положень FCPA у 2016 році компанія була оштрафована на суму 795 млн доларів<sup>208</sup>. Ще через три роки, у 2019, на подібних корупційних схемах і знову в Узбекистані була викрита російська телекомунікаційна компанія МТС. Штраф був ще більшим – 850 млн доларів<sup>209</sup>. Обидві компанії при цьому увійшли до списку топ-10 компаній, які заплатили найбільші штрафи за порушення FCPA.

Аналізуючи застосовність **GDPR** до українських компаній, слід врахувати кілька важливих аспектів. Так, за загальним правилом відповідно до частини першої статті 3 GDPR регламент застосовується до обробки даних у контексті діяльності осідку контролера або обробника в ЄС, незалежно від того, відбувається власне обробка в межах ЄС чи ні. Це, зокрема, означає, що у разі наявності офіційно зареєстрованого офісу компанії безпосередньо на території ЄС, норми GDPR є застосовними по відношенню до неї (навіть якщо головний офіс знаходиться поза межами ЄС). Водночас відсутність офіційно зареєстрованого представни-

<sup>207</sup> Кожакар, О., 2019. Как США борются с коррупцией в Украине, *Економічна правда*. URL: <https://www.epravda.com.ua/columns/2019/03/5/645830/>

<sup>208</sup> US Department of Justice, 2016. VimpelCom Limited and Unitel LLC Enter into Global Foreign Bribery Resolution of More Than \$795 Million; United States Seeks \$850 Million Forfeiture in Corrupt Proceeds of Bribery Scheme. URL: <https://www.justice.gov/opa/pr/vimpelcom-limited-and-unitel-llc-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-795-million>

<sup>209</sup> Cassin, Richard L., 2019. With MTS in the new Top Ten, just one U.S. company remains. The FCPA blog. URL: <https://fcpublog.com/2019/03/11/with-mts-in-the-new-top-ten-just-one-us-company-remains/>

цтва, філії чи дочірнього підприємства компанії на території ЄС не означає, що GDPR до такої компанії не застосовується. Іноді наявність навіть одного представника чи агента на території ЄС може розглядатися як те, що в компанії є осідок на території ЄС.

Більше того, як наголошують експерти, для України насамперед важливою є частина друга статті 3 GDPR, яка передбачає екстериторіальну дію регламенту. В ній йдеться про те, що регламент застосовується до обробки персональних даних контролером або обробником, який має осідок поза межами ЄС (наприклад, компанія з України), якщо обробка пов'язана з постачанням товарів чи наданням послуг на території ЄС або з моніторингом поведінки суб'єктів даних, якщо така поведінка має місце на території ЄС. Перший важливий момент – послуги й товари можуть надаватися й безкоштовно. Другий – не обов'язково постачати ці послуги й товари, для застосування норм GDPR достатньо й «комерційного наміру». Окрім того варто взяти до уваги такі аспекти:

- мова, якою доступний сайт. Якщо сайт доступний мовою однієї з країн – членів ЄС, це є ознакою того, що компанія постачає товари та послуги на території ЄС;
- домен зареєстрований у зоні ЄС;
- пропозиція поставки товарів чи надання послуг на території ЄС;
- прийом оплати в євро;
- чи має місце моніторинг поведінки суб'єктів даних на території ЄС<sup>210</sup>.

При цьому місце обробки персональних даних юридичного значення не має, так само як і місце перебування суб'єктів даних чи їхнє громадянство. Наприклад, якщо турист із Німеччини звернеться по послуги до української компанії, яка працює лише на території України, то ця компанія не буде зобов'язана підпорядковуватися GDPR. Або інший приклад – компанія, яка зареєстрована на території ЄС і здійснює обробку даних українських користувачів у Китаї, має підпорядковуватися GDPR. Це зумовлено тим, що вона зареєстрована в ЄС.

Арсен Кулик, сертифікований спеціаліст із застосування GDPR, на-

<sup>210</sup> Гордієнко, Т., 2019. GDPR в Україні: хто підпадає під дію норм нового регламенту? *Детектор Медіа*. URL: <https://detector.media/infospace/article/144571/2019-02-04-gdpr-v-ukraini-khto-pidpadae-pid-diyu-norm-novogo-reglamentu/>

водить перелік прикладів того, що **не можна робити ІТ-компаніям під загрозою штрафів за цим регламентом:**

1) ніколи не видаляти персональні дані користувачів (наприклад, зберігати їх прямо в *blockchain* або ж не передбачати можливості видалити свій профіль);

2) вимагати від користувачів згоду на обробку персональних даних, без якої вони не зможуть користуватися вашим сервісом;

3) вимагати надання персональних даних, які не є необхідними для конкретного виду пропонуваного послуг<sup>211</sup>.

Можливість накладення штрафу з ініціативи контролюючих органів ЄС через їхню переобтяженість є малоімовірною для українських компаній. Тому, скоріше за все, штраф можуть накласти у разі надходження конкретної скарги від фізичної особи.

GDPR був введений у дію 25 травня 2018 року. Тому практика його застосування ще напрацьовується. Однак уже є перші «жертви» цього регламенту з числа суб'єктів великого ІТ-бізнесу. Зокрема, як повідомляє видання *The Verge*, Національна комісія з питань регулювання інформаційних технологій та прав людини Франції (CNIL) оштрафувала інтернет-гіганта Google на 50 млн євро за порушення GDPR-зобов'язань. Причина полягає в тому, що користувачам «може бути складно знайти інформацію стосовно мети збору даних, термінів зберігання даних та яка інформація використовується для налаштування рекламних оголошень»<sup>212</sup>.

Іншим прикладом застосування GDPR відносно ІТ-компанії є справа, що була ініційована контролюючим органом Великої Британії (ICO) стосовно канадської компанії *AggregatIQ*, яка займається цифровим маркетингом та розробкою програмного забезпечення. Штраф у розмірі 17 000 000 фунтів стерлінгів може бути застосований до цієї компанії

<sup>211</sup> Кулик, А., 2019. GDPR та український бізнес. 10 непростих запитань. *Інформаційно-правова система ЛІГА:ЗАКОН*. URL: [https://biz.ligazakon.net/ua/news/184577\\_gdpr-ta-ukrainskiy-bznes-10-neprostikh-zapitan](https://biz.ligazakon.net/ua/news/184577_gdpr-ta-ukrainskiy-bznes-10-neprostikh-zapitan)

<sup>212</sup> Porter, J., 2019. Google fined €50 million for GDPR violation in France. *The Verge*. URL: <https://www.theverge.com/2019/1/21/18191591/google-gdpr-fine-50-million-euros-data-consent-cnil>

через те, що її діяльність пов'язують з діяльністю компанії Cambridge Analytica. Зокрема, у 2016 році AggregatIQ використала персональні дані з Facebook, якими раніше заволоділа Cambridge Analytica, для розробки програмного забезпечення, з допомогою якого здійснювалася цільова реклама виборців у США під час президентської кампанії. Відповідне повідомлення з вимогою усунення порушень та надання інформації було направлено AggregatIQ і у разі його невиконання згаданий вище штраф буде застосований<sup>213</sup>.

Аналізуючи практику застосування штрафних санкцій європейськими органами за порушення GDPR, IT-юристи зауважують, що контролюючими органами накладаються штрафи різних розмірів, залежно від вчиненого правопорушення. При цьому штрафи у більших розмірах накладаються в тих випадках, коли порушення стосуються або великих об'ємів персональних даних, або чутливих персональних даних. Головне, на що потрібно звернути увагу, це той факт, що до відповідальності можуть бути притягнуті як компанії з території Європейського Союзу, так і компанії, які зареєстровані поза межами ЄС, про що яскраво свідчить справа, яка стосується притягнення до відповідальності канадської компанії AggregatIQ<sup>214</sup>.

Вказане свідчить, що вітчизняним IT-компаніям слід звикати до стандартів відкритості та прозорості ведення бізнесу, відмовившись від будь-яких сумнівних схем (включаючи співпрацю із компаніями з сумнівною чи негативною репутацією). В інакшому випадку існує значний ризик бути позбавленими доступу до західних ринків IT-послуг. Зокрема, сьогодні існує низка глобальних баз даних, які збирають інформацію про бізнес-суб'єктів, які виходять на міжнародні ринки. Однією з таких баз є DUNS-реєстр (Data Universal Numbering System – «Всесвітня система нумерування даних»), який був створений ще у 1963 році американською компанією Dun & Bradstreet (D&B). Заявленою метою

<sup>213</sup> Clark, Anna Mercado, 2019. Better Compliance Through One Year of GDPR Enforcement, Lexology. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7df2fcbd-cc6e-468b-bcfa-9119eaa9ad28>

<sup>214</sup> Богарада, С., 2019. 3 штрафи за GDPR та висновки для українських компаній, *Legal IT Group*, URL: <https://legalitgroup.com/3-shtrafi-za-gdpr-ta-visnovki-dlya-ukrayinskih-kompanij/>

створення реєстру DUNS було підтвердження ділової репутації суб'єктів підприємницької діяльності. Сьогодні код DUNS (9-значний ідентифікаційний номер, який надається кожній компанії, що потрапляє в базу D&B) використовується в роботі понад 50 світових промислових і торгових організацій, включно з ООН, Федеральним урядом США та Європейською комісією. При внесенні компанії в реєстр співробітники агентства перевіряють, що компанія дійсно існує, строк її існування, наявність компанії за заявленою адресою офісу, кількість співробітників тощо. Реєстрація компанії в реєстрі D&B є першим кроком на шляху до того, щоб отримати підтвердження благонадійності компанії від авторитетної міжнародної організації.

Враховуючи викладене, слід додати, що ризик визнання компанії неблагонадійною пов'язаний не лише із можливим порушенням відповідних стандартів добросовісного ведення бізнесу під час співпраці із закордонними партнерами. Важливе значення має й бізнес-історія компанії в Україні. Негативного забарвлення репутації вітчизняної компанії може додати умисне приховування факту притягнення менеджерів, акціонерів, співвласників бізнесу до кримінальної чи адміністративної відповідальності за колишні правопорушення у сфері економіки чи корупційні правопорушення. Тому напрям налагодження комплекс-стандартів відповідно до положень FATCA, FCPA, GDPR та інших нормативних актів міжнародно-правового характеру сьогодні є одним із ключових для юристів українських IT-компаній.

## Розділ 5. ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОНОМІЧНИХ СВОБОД І ПРАВ

### 5.1. Муніципальні економічні права і свободи<sup>215</sup>

#### 5.1.1. Взаємозв'язок економіки та прав людини: муніципально-правовий вимір

5.1.1.1. *Права людини як телеологічна домінанта економічного розвитку: методологічні аспекти.* Права людини сьогодні стали однією з ключових наукових проблем, які вивчаються з самих широких та різноманітних позицій – з філософсько-гуманістичної точки зору, в аспекті сутності та явища публічної влади, принципів перебудови політичної та правової системи, здійснення соціально-культурної політики, розвитку ринкової економіки та подолання наслідків економічних криз, боротьби з екологічними загрозами, злочинністю тощо.

Важливість та актуальність даної теми не треба доводити, оскільки права людини є органічним компонентом не лише демократичного політичного простору, інструментом гуманізації суспільних відносин, формування творчої особистості та становлення постіндустріального людства, а й іманентною ознакою економічної системи суспільства та конституційної економіки в цілому<sup>216</sup>. У цьому аспекті на права людини

<sup>215</sup> Автор підрозділу – Батанов Олександр Васильович, доктор юридичних наук, професор, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

<sup>216</sup> Buchanan J. M. The Domain of Constitutional Economics. *Constitutional Political Economy*. 1990. Vol. 1. № 1. P. 1–16; Василевич Г. А. Економіка також повинна бути конституційною. *Журнал зарубіжного законодавства і сравнительного правознавства*. 2006. Вып. 3.

покладають вирішення ряду внутрішніх, міжнародних та глобальних завдань та викликів, у тому числі й насамперед – у сфері економіки. Права знаходять свою присутність практично в кожній сфері життєдіяльності людини, відображаючи її життя в особливому якісному стані, пов'язаному із затвердженням у громадській свідомості та практиці ідеї свободи особистості.

Адже з розвитком постіндустріальної цивілізації і ринкових відносин, еволюції конституціоналізму та глобалізації доктрини прав людини економічні фактори усе більше впливають як на життя людини і її соціальне оточення і природне довкілля, так і на організацію та функціонування сучасних суспільства і держави.

Сучасні суспільство і держава з метою свого оптимального та цивілізованого функціонування об'єктивно вимагають наявності системи взаємопов'язаних ринків, що втягує у свій обіг не тільки звичайні товари і послуги, але і саму працю, продукти культурної та інтелектуальної діяльності тощо. Вплив «ефекту економіки» відчувається практично на всіх суспільних структурах та інститутах. Політичне життя суспільства і держави чимдалі більше концентрується навколо створення умов для динамічного економічного розвитку.

Сучасний стан суспільного універсуму і його специфічні прояви приводять до формування нової методологічної культури, пов'язаної з парадигмальними зрушеннями в ній, до пошуків іманентних проєктів втілення в життя загальнолюдських цінностей, розв'язання життєво важливих проблем сучасної цивілізації. Так, у сучасній філософії робиться закономірний висновок щодо необхідності розробки теоретич-

С. 3–9; Добродумов П. О. Конституційна економіка як об'єкт дослідження. *Правовий вісник Української академії банківської справи*. Науково-практичний журнал. 2010. № 1(3). С. 18–23; Коваленко Р. А., Чаусовская Е. А. Экономическая теория в формате конституционной экономики. *Научные труды ДОННТУ. Серия: экономическая*. 2005. Вып. 89-2. С. 175–179; Лощихін О. М. Конституційна економіка та економічні функції сучасної держави в умовах глобалізації: концептуальний аспект. *Fundamental and Applied Researches in Practice of Leading Scientific Schools*. 26(2), 239-246. URL: <https://farplss.org/index.php/journal/article/view/337>; Савчин М. В. Конституційний лад України та економічний конституціоналізм. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 4. С. 96–100; Скупінський О. В. Конституційна економіка: поняття та перспективи для України. *Форум права*. 2011. № 1. С. 909–914. URL: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11covpdu.pdf> in.



них інновацій соціально-філософської рефлексії, мета яких – побудова цілісного образу людини, опис механізмів, які забезпечують цю цілісність, проникнення в структуру людської особистості, максимально точне відтворення об'єктивних зв'язків і зведення їх у єдину теоретичну картину світу, що можливо на основі методології соціального гуманізму. Тобто проблема людини починає ставати тим вузловим пунктом, до якого мають стягуватися всі елементи наукового дослідження<sup>217</sup>. Не є виключенням з цього система економічних явищ, інститутів і процесів, які відбуваються як на глобальному і національному рівнях, так і у локально-регіональному вимірах життєдіяльності людини та її асоціацій за місцем проживання – територіальних громад.

Дискусії навколо таких універсальних категорій сучасного конституціоналізму як рівність, свобода, справедливість в сучасних умовах все частіше відбуваються в контексті їх відповідності економічним ринковим відносинам. Так, рівність тлумачиться як рівне право кожного вступати в договірні відносини і володіти власністю, в свободі бачиться, перш за все, свобода господарської діяльності, справедливість обговорюється у зв'язку з проблемою ефективного перерозподілу доходів тощо. На думку сучасних філософів, передумовою всіх свобод особистості виступає економічна свобода, зі знищенням якої неминуче зникають й інші свободи. В результаті можливі лише певні поєднання політичного та економічного устрою суспільства, за яких може бути забезпечена свобода людини<sup>218</sup>.

На наш погляд, такий концептуальний підхід дозволяє дослідити не лише цінність людської особистості як категоріальний синтез соціально-філософської методології, а й проаналізувати людину, її життя, права і свободи, честь і гідність у контексті сучасного конституціоналізму, конституційної економіки, муніципалізму та муніципальної влади як

<sup>217</sup> Грецова О. Г. Людина як мета і предмет соціально-філософської рефлексії : автореф. дис. ... канд. філос. наук. Запоріжжя, 2003. С. 7.

<sup>218</sup> Сорочайкин А. Н. Человек в системе социально-экономических отношений: взаимодействие социально-антропологического и экономического подходов в изучении социальной реальности : автореф. дис. ... д-ра филос. наук : специальность 09.00.11 – социальная философия. Чебоксары, 2007. С. 9.

ціннісної детермінанти демократичного розвитку не лише суспільства і держави, усіх їх систем та інститутів, а і територіальних громад, у тому числі й у економічному вимірі їх існування та функціонування.

У цьому контексті формування істинного уявлення про людину, її права і свободи з наступним його аналізом у незмінній формі здійснюється за допомогою рефлексивної методики, що створює безпосередній зміст соціально-філософської теорії та юридичної антропології. Нове бачення сучасної людини у контексті становлення, з одного боку, явищ та процесів конституційної економіки і ринкових відносин, та, з іншого боку, інститутів локальної демократії та інституціоналізації муніципальної влади, детермінує вимоги її переорієнтації до суто людських проблем – по суті проблем місцевого значення, дослідити які можна за рахунок специфічної комбінації методів і особливого понятійного апарату соціальної філософії, соціології, політології, політекономії, психології та сучасної юридичної теорії. Онтологічний, гносеологічний, логіко-історичний, діалектичний, синергетичний, феноменологічний, герменевтичний, системний, структурний, функціональний методи складають основу методології і дозволяють побудувати цілісну систему знання про людину, що сприяє її адекватному розумінню у всіх складних взаєминах зі світом, суспільством, державою, місцевими співтовариствами та іншими індивідами<sup>219</sup>.

*5.1.1.2. Людський вимір місцевого самоврядування та економіки: взаємозв'язок та взаємодія.* Найбільш рельєфно проявляється та знаходить свою апробацію ідея цінності людської особистості, її прав та свобод (у тому числі й економічних) на локальному рівні – у межах територіальних громад та процесах інституціоналізації муніципальної влади. Адже визнання та становлення в Україні місцевого самоврядування, глибокі економічні і політичні перетворення в суспільстві і формування на цій основі нової демократичної державності безпосередньо пов'язані з виробленням і практичною реалізацією принципово нових для нас підходів до індивідуальних та колективних прав людини, до вирішення

<sup>219</sup> Див. детально про це: Грецова О.Г. Общенаучные принципы и методы адекватного понимания человека в философской антропологии. *Новая парадигма. Альманах научных работ*. Запоріжжя : Просвіта, 2000. Вип. 15. С. 23–29.

як загальнодержавних, так і регіональних, а також місцевих проблем у різних сферах суспільного життя, у тому числі й економічній.

Не викликає сумнівів, що сталий розвиток територіальних громад та ефективне функціонування муніципальної влади, в цілому формування муніципалізму залежить від рівня розвитку економіки у державі, рівня життя людей, соціальної структури суспільства тощо. Тому економічними гарантіями муніципальної влади та прав людини у сфері місцевого самоврядування виступають економічна система суспільства, в основі якої знаходяться принципи ринкової економіки; єдність економічного простору; вільне переміщення товарів, послуг та фінансових коштів; підтримка конкуренції, свобода економічної діяльності, підприємництва та праці; визнання, плюралізм, рівноправність та рівний захист різних форм власності, у тому числі комунальної власності.

У цьому контексті, відзначаючи роль права в розвитку економічної основи не лише суспільства в цілому, а і територіальних громад (колективних суб'єктів муніципальних економічних відносин) та їх членів – мешканців сіл, селищ, міст (індивідуальних суб'єктів відповідних відносин), слід підкреслити провідну і системоутворюючу роль конституційного права в механізмі правового регулювання економічних відносин, яке в своїх нормах закріплює не лише вихідні засади економіки, форми власності, економічні основи суспільних відносин і в цілому економічної системи, а й фундаментальні економічні гарантії місцевої демократії. Фактично питання економічного ладу держави, суспільства та територіальних громад є одними з головних в предметі конституційного регулювання, оскільки економіка, будучи базисом суспільства, визначає тенденції розвитку його політичних та інших інститутів<sup>220</sup>.

Діяльність людей вимагає від держави певних гарантій, насамперед в економічній сфері, закріплення яких вимагає високого конституційного рівня. Держава закріплює гарантії діяльності різних суб'єктів економічних зв'язків, встановлює порядок і процедури, механізми їх забезпечення<sup>221</sup>, у тому числі й у муніципально-правовому вимірі.

<sup>220</sup> Лошихін О. М. Вказана праця.

<sup>221</sup> Тодыка Ю. Н. Основы конституционного строя Украины : учеб. пос. Х. : Факт, 1999. С. 132.

Адже у суспільстві, особливо в тому, в якому діють принципи та інститути ринкової економіки, юридичне оформлення економічних прав і зобов'язань господарюючих суб'єктів набуває надзвичайного значення, тому роль держави як гаранта і арбітра відносин між учасниками економічних зв'язків значно зростає<sup>222</sup>. Водночас, саме держава є ключовим гарантом місцевого самоврядування, сталого розвитку територіальних громад та їх організаційної та функціональної самостійності, у тому числі й у сфері економіки та господарювання.

Водночас не можна не зазначити і зворотну реакцію. По суті, вплив економічних і конституційних процесів є двостороннім. Економіка активно впливає на як державність в цілому, конституцію і конституційний лад, так і на стан, розвиток та функціонування територіальних громад. Конституція впливає на економічний характер конституційної системи, залежить від рівня економічного розвитку і одночасно впливає на економічну динаміку (в тому числі й економічне життя територіальних громад та їх членів – авт.). За великим рахунком, еволюція конституціоналізму – це частина еволюції як держави, так і суспільства та його систем (політичної, економічної, соціальної, духовної та ін.), розвитку його продуктивних сил і інтелектуального досвіду. Якісне посилення державного втручання в економіку, соціалізація економічних процесів і відображення цього в конституційному законодавстві обумовлені розвитком матеріальних можливостей виробництва, індустріальним духом часу<sup>223</sup>.

Поряд з цим іманентною ознакою сучасного конституціоналізму є муніципалізм<sup>224</sup>. Адже муніципалізація конституційного життя та конституційного права, передусім маючи вихід на локальний рівень, стосується усіх процесів трансформації та модифікації публічної влади в умовах

<sup>222</sup> Фетисова В. А. Правовое регулирование экономики постсоциалистических государств : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : специальность 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве. М., 2008. С. 10.

<sup>223</sup> Мау В. Конституционное регулирование социально-экономических отношений. *Вопросы экономики*. 1994. № 4. С. 27–30.

<sup>224</sup> Батанов О. В. Муніципалізм як концептуальна та інституційна основа сучасного конституціоналізму в Україні. *Запорізькі правові читання: тези доповідей Щорічної міжнародної науково-практичної конференції*, м. Запоріжжя, 14–15 травня 2010 року: у 2-х томах. За заг. ред. С. М. Тимченка і Т. О. Коломоець. Запоріжжя : ЗНУ, 2010. Т. 1. С. 58–60.

демократизації держави та суспільства. У цьому аспекті муніципалізм, акумулюючи усі ідейні установки, системні якості, ознаки та атрибути конституціоналізму, є його концептуальним та інституціональним базисом на локальному рівні функціонування соціуму. Саме такий вимір муніципальної демократії, як продукт локальної громадянської активності самого населення, автоматично програмує не лише демократичний політичний режим у державі та суспільстві, а й закладає підвалини його економічного розвитку та стабільності. Тільки у тій країні, в якій визнається, існує, практикується та усебічно гарантується місцеве самоврядування та основоположні цінності муніципалізму, як правило, може сформуватися алгоритм, згідно з яким законодавча влада обирається демократично, виконавча влада їй підконтрольна та відповідальна (політичний аспект), а економіка є розвинутою, ринковою, сталою тощо.

*5.1.1.3. Права людини, місцеве самоврядування та економіка в умовах громадянського суспільства.* Звернемо увагу на ще один момент, який актуалізує питання взаємодії економіки, прав людини, держави, суспільства та територіальних громад, проблеми реалізації економічних прав і свобод людини у сфері місцевого самоврядування, економічного виміру місцевого самоврядування в цілому. Важливим чинником та умовою такої кореляції є громадянське суспільство. Адже проголошення і послідовна реалізація конституційних принципів регулювання економічних відносин є свідченням того, що засади конституційного ладу, основні напрями державної політики в галузі економічного розвитку, права і свободи людини і громадянина взаємопов'язані між собою і, в свою чергу, залежні від інститутів економічної організації громадянського суспільства, в яких знаходить своє втілення досягнутий рівень економічної свободи суспільства і кожної особистості окремо.

Відомо, що громадянське суспільство – це спосіб соціального життя, який заснований на праві та демократії; суспільний устрій, за якого кожній людині гарантується вільний вибір форм її економічного та політичного буття, затверджуються права людини, забезпечується ідеологічний плюралізм. Громадянське суспільство – це такий соціальний простір, у якому люди взаємодіють відносно вільно, без безпосереднього втручання держави. Громадянське суспільство – це

велика самоорганізована суперсистема, яка складається з багатьох недержавних інститутів та асоціацій фізичних осіб. При цьому не тільки у цілому громадянське суспільство, але і його спільноти на місцях представлені значним «ансамблем» самоврядних скооперованих громад та об'єднань громадян. Багатогранний характер їхніх взаємовідносин з державою має прояв у всіх сферах суспільного життя, у процесі яких розвиваються зв'язки громадськості та різних громадських об'єднань з інститутами державної влади та місцевого самоврядування. Інше питання – яким є рівень розвитку громадянського суспільства і територіальних громад та їх вплив на державні та суспільні справи?

Відносини у рамках громадянського суспільства не опосередковані державою: держава не є і не може бути суб'єктом громадянського суспільства. Тут взаємодія значно складніша. Як громадянське суспільство проникає у сферу діяльності держави, беручи участь у формуванні та контролі за її діяльністю, так і держава впливає на відносини у сфері громадянського суспільства, передусім здійснюючи їхнє правове регулювання. Сфера економіки є тому яскравим підтвердженням. Суть цих відносин полягає у тому, що держава нібито вибудовує правову модель громадянського суспільства, яка потім наповнюється конкретним змістом. Так, прагнучи формувати економічну систему на засадах ринкових відносин, держава створює економічний фундамент громадянського суспільства, а у випадку здійснення своїх функцій на засадах планової та командно-адміністративної економіки фактично унеможливорює його існування, руйнуючи цілісну матерію його економічного буття.

Водночас, діалектика взаємовідносин держави та громадянського суспільства свідчить, що їх вплив на розвиток та діяльність одне одного взаємний. І правове регулювання відносин у сфері громадянського суспільства та територіальних громад відбувається як за ініціативою держави та її органів, так і у результаті впливу на них інститутів та асоціацій громадянського суспільства. Цей процес на різних етапах розвитку суспільства не є однаковим. Із урахуванням рівня демократії, соціальної активності, політичної та правової культури у суспільстві, а також його економічного розвитку, на одних етапах у формуванні громадянського суспільства та місцевого самоврядування рушійна роль належить дер-

жаві, на інших етапах – самому громадянському суспільству та його інститутам, у тому числі й економічним.

Варто зазначити й те, що громадянське суспільство – це таке суспільство, де головною діючою особою є людина – особа – суб'єкт, який володіє економічною та політичною свободою. В умовах громадянського суспільства має зникнути уявлення про людину як «гвинтик» державного механізму. Громадянське суспільство має сприяти тому, щоб особа могла найбільш повно розкрити свою індивідуальність, досягнути успіхів у будь-якій справі, отримати суспільне визнання. Це залежить від багатьох чинників, у тому числі від бажання та здатності індивідуума набувати та розвивати у собі позитивні якості, у тому числі й реалізуючи свій економічний потенціал.

В економічному вимірі громадянське суспільство є суспільством цивілізованих ринкових відносин. Тому формування цивілізованого ринку є найважливішою умовою реалізації основоположних принципів конституційного ладу, конституційних прав і свобод людини і громадянина, формування громадянського суспільства в цілому. А це можливо тільки на основі послідовного проведення в життя принципів плюралізму форм власності і рівних можливостей їх правового захисту, забезпечення свободи праці як основи функціонування будь-якого суспільства і гарантування захисту від безробіття, гарантування свободи підприємництва та іншої, не забороненої законом економічної діяльності тощо. При цьому слід усвідомлювати, що громадянське суспільство може сформуватися, оптимально функціонувати та розвиватися виключно за умови наявності місцевого самоврядування та розвинутих муніципальних свобод. Територіальні громади є одними з ключових суб'єктів громадянського суспільства, а місцеве самоврядування – фактором його формування, існування та розвитку, у тому числі в економічному вимірі<sup>225</sup>.

<sup>225</sup> Див.: Батанов О. В. Муніципально-правові проблеми підвищення ефективності функціонування громадянського суспільства в Україні. *Правова держава*. Випуск 29. Київ : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2018. С. 112–122; Батанов О. В., Кравченко В. В. Місцеве самоврядування як інститут громадянського суспільства: муніципально-правові проблеми взаємодії та функціонування. *Аспекти публічного управління*. 2018. Т. 6. № 6–7. С. 45–53 та ін.

Єдність цих та інших факторів забезпечує нову якість економічних відносин і місце людини, її прав і свобод у даній сфері. Квінтесенцією цієї нової якості є ринок, який є, за М. Фрідманом, «безпосереднім компонентом свободи». При цьому слід погодитися з цим економістом в тій частині, що економічний устрій сприяє розвитку вільного суспільства двояко. З одного боку, свобода економічних відносин сама по собі є складовою свободи в широкому сенсі, тому економічна свобода є самоціллю. З іншого боку, економічна свобода – це також необхідний спосіб досягнення свободи політичної, тому що вона відокремлює економічну владу від політичної і, таким чином, дозволяє одній служити протиположною іншій<sup>226</sup>. Одночасно це дозволяє з'єднати воєдино свободу і підприємництво, економіку і самоврядування населення в рамках демократично структурованого громадянського суспільства. При цьому самі права особистості (включаючи громадянські, політичні та економічні) стають важливим способом економічного розвитку суспільства<sup>227</sup>.

У силу цього місцеве самоврядування фіксує в собі не лише політичні, духовно-моральні цінності та соціальні досягнення людства в будь-якій галузі суспільного розвитку, а стає найбільш чутливою матерією його економічного зростання або занепаду. Ілюстративним прикладом тому є принципи Утрехтської декларації про добре місцеве та регіональне врядування у неспокійний час: проблеми змін від 17 листопада 2009 року, які виходять з того, що

*«у силу знань громад, людей та бізнесу на місцевому й регіональному рівні, місцеве та регіональне врядування можуть бути надзвичайно потужними суб'єктами в задоволенні потреб громадян, бізнесу та в подоланні економічної кризи»<sup>228</sup>.*

<sup>226</sup> Фрідмен М., Хайек Ф. О свободі. Пер. с англ. [под ред. А. Бабица]. Минск : Полифакт-референдум, 1990. С. 8, 9–10.

<sup>227</sup> Элстер Й. Влияние прав человека на экономическое развитие. *Российский бюллетень по правам человека*. Вып. 4. 1994. С. 11–25.

<sup>228</sup> Утрехтська декларація про добре місцеве та регіональне врядування у неспокійний час: проблеми змін (прийнята на Конференції міністрів держав – членів Ради Європи, відповідальних за місцеве та регіональне врядування, 17 листопада 2009 року). *Досвід децентралізації у країнах Європи* : зб. док. Пер. з іноз. мов. Заг. ред. В. Б. Гройсмана. К. : Інститут законодавства Верховної Ради України, 2015. С. 78.

Також на цьому рівні організації публічної влади відбувається діалектичне поєднання волі законодавця з конкретними інтересами місцевого населення, яке стає не лише первинним суб'єктом локальних конституційно-правових відносин, а й основним суб'єктом управлінських, адміністративно-правових відносин, що є однією з характерних рис місцевого самоврядування<sup>229</sup>. Особливо відчувається така кореляція у соціально-економічній сфері, яка миттєво реагує на будь-які економічні трансформації у суспільстві та державі.

*5.1.1.4. Єдність економічного простору та повсюдність місцевого самоврядування – умова сталого розвитку територіальних громад.* Не менш яскраво та рельєфно ілюструють феномен взаємозв'язку між економікою, державою, місцевим самоврядуванням та правами людини принципи конституційного регулювання економічних відносин та принципи місцевого самоврядування. Адже, як свідчить досвід конституційного регулювання економічних відносин сучасних держав, свобода економічної діяльності забезпечується в рамках єдиного економічного простору. Даний принцип, незважаючи на відсутність його прямої фіксації в Конституції України, так і, власне кажучи, з огляду на те, що саме поняття «єдиний економічний простір» не відноситься до числа правових, на нашу думку, генетично, концептуально та інституційно взаємопов'язаних і обумовлених телеологічною установкою на зміцнення громадянської злагоди на землі України (Преамбула Конституції України), забезпечення єдності і цілісності державної території, збалансованості і соціально-економічного розвитку регіонів (ст. 132 Конституції України) тощо. У контексті реалізації даних конституційних приписів, а також формування економічних основ конституційного ладу, саме врахування механізму і процесів інституціоналізації єдиного економічного простору, на що вказується в багатьох наукових публікаціях, дозволяє по-новому підійти не лише до вирішення питання про виявлення форм просторової організації економічної системи суспільства<sup>230</sup>, а і, з одно-

<sup>229</sup> Баранчиков В. А. Муниципальное право. М., 2000. С. 29.

<sup>230</sup> Галяс В. І. Генезис теорії економічного простору. *Науковий вісник Волинського державного університету імені Лесі Українки*. 2007. № 12. С. 177–182; Логвиненко О. О. Економічний простір в системі категорій інституційної архітектури. *Сайт Національної біблі-*

го боку, до процесів реалізації прав людини, у тому числі в економічній сфері, та, з іншого боку, до формування місцевого самоврядування та функціонування ефективних моделей (у тому числі й господарсько-економічної) самоорганізації територіальних громад.

У вітчизняній літературі економічний простір, як правило, розглядається як сукупність інституціоналізованих формальними і неформальними нормами і правилами економічних відносин між учасниками – економічними суб'єктами (бізнесом), домогосподарствами, державою – з приводу створення, розподілу і перерозподілу власності між територіально відокремленими політико-адміністративними утвореннями в процесі використання територіально закріплених економічних ресурсів. Отже, зміст інституціоналізації економічного простору полягає в еволюційному формуванні сукупності інституціональних одиниць, об'єднаних спільною територією створення ціни, закріпленої відповідним політико-адміністративним поділом; загальними соціокультурними стереотипами, в тому числі системою формальних і неформальних норм, правил, традицій, звичаїв економічної поведінки; спрямованістю на забезпечення стабільного соціально-економічного розвитку загальної території на основі оптимальної взаємодії<sup>231</sup>.

У зв'язку з цим сутність даного принципу виражається, перш за все, в прагненні народу бачити територію суверенної держави як своєрідний загальний ринок з єдиними правилами гри. Так, наприклад, даний принцип означає, що на території держави визнаються недійсними акти органів влади і управління, а також рішення посадових осіб, що обмежують рух товарів, робіт і послуг на внутрішньому ринку країни. При цьому слід мати на увазі, що основу функціонування єдиного економічного простору становить об'єднання інтересів виробників і власників, спрямоване на реалізацію їх господарсько-економічних ін-

*отеки України імені В. І. Вернадського*. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/Portal/natural/vkhnu/Ekon/802/08looeso.pdf>; Тюнен фон И. *Изолированное государство*. М.: Эконом. жизнь, 1926. 329 с.; Фомін С. «Європейський вибір» та «Інтеграція в Європі». *Єдиний економічний простір: Спроба поєднати непоєднуване? Політика і час*. 2003. № 2. С. 71–81; Чекмарев В. В. *К теории экономического пространства. Известия Санкт-Петербургского университета экономики и финансов*. 2001. № 23. С. 25–38 та ін.

<sup>231</sup> Логвиненко О. О. Вказана праця.

тересів. Зазначена інтеграція можлива тільки в умовах вільного руху товарів, грошових коштів, робочої сили та інформації, що, власне кажучи, і гарантується, крім зазначених вище, положеннями Конституції України про існування єдиної грошової одиниці України – гривні (ст. 99 Конституції України); встановлення правового режиму власності; правових засад і гарантій підприємництва; правил конкуренції та норм антимонopolного регулювання; основ зовнішньоекономічної діяльності; загальних принципів бюджетної системи, системи оподаткування, податків і зборів; основ створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків виключно законом (ст. 92 Конституції України).

Актуальність та важливість цього принципу конституційного регулювання економічних відносин набуває ще більшого значення та звучання в аспекті взаємодії з принципами місцевого самоврядування, насамперед його повсюдності, за яким місцеве самоврядування на всіх рівнях має здійснюватися по всій Україні, що означає відсутність територій, на які не поширюється юрисдикція органів місцевого самоврядування. Вказаний принцип є частиною загального принципу повсюдності публічної влади, який передбачає також повсюдність державної влади. На наше переконання, саме в результаті поглиблення взаємозв'язків між суспільством, державою, публічною владою, у тому числі місцевим самоврядуванням, з одного боку, та ринком, підприємцем, виробником, з іншого боку, що можливо тільки в умовах вільного руху товарів, капіталів, робочої сили та інформації, формується єдиний (ринковий) економічний простір, а також створюються оптимальні умови для реалізації усіх економічних прав та свобод, у тому числі й на муніципальному рівні функціонування соціуму.

Тому перед сучасною Українською державою постає важливе завдання – утворення, насамперед за допомогою законодавства, умов для прояву громадських, самодіяльних начал у територіальному вимірі. Саме умов, а не рамок, оскільки такі прояви можливі лише за наявності спільного інтересу та свободи участі. У цьому сенсі місцеве самоврядування – ідеальна сфера, де стає можливим подолання взаємного відчуження, соціальної самотності людей. Будь-яка людина потребує

ідентифікації, ототожнення себе із певною суспільною групою. Територіальна спільність, у певному сенсі – сусідство, відкриває для цього широкі горизонти та в той же час не вимагає від особистості тоталітарного підпорядкування групі, внаслідок чого місцеве самоврядування виступає найбільш наближеним до людини рівнем організації публічної влади, «одним з тих начал, які покладені в основу громадської єдності»<sup>232</sup> та найкращою лабораторією для вирішення більшості громадських проблем.

Водночас питання про рівень та якість життя людини – це не тільки соціально-економічне, а й політичне питання. Воно здійснює глибокий ідеологічний вплив на суспільну свідомість, демонструючи переваги тієї чи іншої соціально-економічної системи. Історичний досвід свідчить про те, що найбільш швидко та успішно розвиваються ті системи, в яких утворені найкращі можливості для розвитку і застосування творчих сил людини та де існують умови для саморозвитку суспільства та людини. В умовах демократії держава не повинна відігравати роль добродійця, а людина – прохача, оскільки вона повинна мати можливість забезпечувати свій добробут особистою працею та підприємливістю<sup>233</sup>.

У зв'язку з цим дослідження як прав людини в цілому, так і економічних прав і свобод, зокрема в контексті місцевого самоврядування, так саме, як і концептуалізація місцевого самоврядування через призму конституційної економіки, ринкових відносин, економічної безпеки тощо, є одним з найактуальніших завдань юридичної науки. Це має не тільки науково-теоретичне значення, а й насамперед практичну значущість: і з точки зору розвитку законодавства, і в плані вирішення конкретних питань формування реального місцевого самоврядування та становлення ринкових відносин, утворення ефективних механізмів забезпечення економічних прав людини за місцем проживання.

<sup>232</sup> Лешков В. Общественное право. Лекции. М., 1868–1869. С. 13.

<sup>233</sup> Права человека : Учеб. пособие [А. Д. Гусев, Я. С. Яскевич, Ю. Ю. Гафарова и др.]; Под общ. ред. А. Д. Гусева и Я. С. Яскевича. Мн. : ТетраСистемс, 2002. С. 201.

### 5.1.2. Концептуальне обґрунтування муніципальних економічних прав людини

5.1.2.1. *Феномен правового статусу людини у місцевому самоврядуванні: загальнометодологічний та економічний вимір.* Протягом останніх двох десятиліть у вітчизняній муніципально-правовій науці поступово сформувалася чітка тенденція щодо виділення як самостійної статусної (модусної) характеристики людини (мешканця) як члена територіальної громади, яка наділена специфічними муніципальними правами та свободами<sup>234</sup>. Такими правами та свободами є права, які забезпечують реальні можливості кожному мешканцю брати участь у вирішенні питань місцевого значення, зокрема в управлінні комунальною власністю, використовувати всі матеріальні та духовні надбання, що розподіляються за територіальним принципом, відчувати на собі всі позитивні наслідки діяльності суб'єктів місцевого самоврядування,

<sup>234</sup> Баймуратов М. О., Сосновських Ю. Ю. Муніципальні права особистості: становлення та сутність. *Вісник Одеського інституту внутрішніх справ.* 1997. № 4. С. 3–10; Баймуратов М. О. Феноменологія муніципальних прав людини. *Місцеве самоврядування та регіональний розвиток в Україні.* Науково-практичний журнал. Київ : «Інтерконтиненталь-Україна», 2013. №1. Січень–березень. С. 52–56; Батанов О. В. Муніципальні права особистості: загальноправова характеристика. *Удосконалення механізмів державного управління та місцевого самоврядування: Матеріали наук.-практ. конф. за міжнародною участю (10.04.2009) / За заг. ред. В. К. Присяжнюка, В. Д. Бакуменка, Т. В. Іванової. К. : Видавничо-поліграфічний центр Академії муніципального управління, у 2-х частинах, Ч.1, 2009. С. 108–114; Батанов О. В. Тенденції розвитку муніципальних прав людини в умовах глобалізації. *Часопис Київського університету права.* 2016. № 4. С. 47–52; Галахметов І. А. Права і свободи людини в системі інститутів муніципального права. *Порівняльно-аналітичне право.* 2013. № 4. С. 48–53; Гараджаєв Д., Куранин В. Защита прав граждан как членов территориального коллектива. *Юридический вестник.* 1995. № 2. С. 91–93; Голяк Л. В. Міжнародно-правова регламентація муніципальних прав людини: сучасні підходи та тенденції розвитку в Україні. *Вісник Маріупольського державного університету. Сер.: Право.* 2013. № 5. С. 122–134; Литвиненко І. Л. Особливості муніципально-правового статусу людини і громадянина в Україні. *Держава і право.* 36. наук. праць. Юрид. і політ. науки. К., 2000. Вип. 8. С. 175–182; Панасюк С. А. Захист муніципальних прав громадян у Європейському суді з прав людини: реалії та перспективи. *Вісник Центральної виборчої комісії.* 2016. № 1 (33). С. 67–72; Русанова С. Ю. Муніципальні права членів територіальної громади: поняття та класифікація. *Форум права.* 2009. № 2. С. 369–374; Танаджи Г. Г. Проблеми розуміння феномена муніципальних прав людини. *Науковий вісник Академії муніципального управління. Серія: Право :* 36. наук. пр. 2009. № 2. С. 90–97; Хоменець Р. Особливості правового статусу фізичних осіб як суб'єктів місцевого самоврядування. *Право України.* 2001. № 11. С. 36–38 та ін.*

спрямовані на реальне забезпечення прав та свобод, життєвих потреб і інтересів людини.

На наш погляд, розглядаючи місцеве самоврядування через призму прав і свобод людини і громадянина, його можна визначати як визнані та гарантовані державою природні можливості людини та її асоціацій (територіальних громад) самостійно та під свою відповідальність вирішувати питання місцевого значення в різних сферах суспільного життя, зокрема політичній, економічній, соціальній, культурній, екологічній та ін. Саме у такому ракурсі категорія «муніципальні права» виступає галузевою категорією доктрини муніципального права. При цьому очевидно, що дана категорія має – як і саме по собі муніципальне право – складний, комплексний характер, у якому «присутній» не лише конституційний, а й адміністративно-правовий, цивільно-правовий та інші рівні обґрунтування.

У цьому аспекті можливо розглядати і муніципально-правові характеристики економічних прав людини і громадянина, яким, без сумніву, належить важлива роль у конституційно-правовому механізмі реалізації конституційних основ економічного ладу будь-якої держави, а реальність і гарантованість яких є показником ефективності економічного ладу. Так, наприклад, на системоутворюючу функцію економічних прав і свобод людини і громадянина в реалізації економічних основ конституційного ладу вказує те, що вони по суті об'єднуються в комплексний (конституційно-цивільстичний) суміжний правовий інститут в розвитку економічних основ конституційного ладу. При цьому ключовим конституційним принципом у сфері економічних основ конституційного ладу є принцип свободи економічної діяльності, що реалізовується через права, свободи і обов'язки особистості (людини і громадянина) в соціальній правовій державі<sup>235</sup>.

Так саме економічним правам належить важлива роль у муніципально-правовому механізмі реалізації завдань та принципів місцевого самоврядування будь-якої держави, а реальність і гарантованість яких є показником ефективності економічного життя територіальних

<sup>235</sup> Курилов А. Е. Экономические основы конституционного строя Российской Федерации: Вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: специальность 12.00.02 – конституционное право; муниципальное право. Ростов-на-Дону, 2004. 19 с.

громад. Тобто ці права мають не лише конституційно-правове та цивілістичне значення та зміст, а і муніципально-правовий вимір свого буття, а у силу цього можуть здійснювати системоутворюючу функцію в реалізації економічних основ місцевого самоврядування. Отже, вони по суті об'єднуються в комплексний (муніципально-цивілістичний) суміжний правовий інститут в розвитку економічних основ муніципального ладу в цілому.

*5.1.2.2. Галузеві характеристики муніципальних прав людини: правові та економічні аспекти.* З конституційним обґрунтуванням муніципальних прав людини пов'язана насамперед така їхня характеристика, як невід'ємний, невідчужуваний характер. Однак невідчужуваність муніципальних прав людини не можна ототожнювати з відповідною характеристикою основних прав і свобод людини. Основні права і свободи мають невідчужуваний характер у силу того, що це – природні права, що належать кожному від народження. Невідчужуваний же характер муніципальних прав людини детермінований тим, що кожна людина отримує їх як мешканець – член територіальної громади і ніхто не може обмежити її у цих правах і свободах, не порушивши основ конституційного ладу та демократичної самоорганізації населення. У цьому плані держава не створює ці права, а лише зобов'язана визнати їх як основу легітимності місцевої влади і забезпечити умови для їх реалізації (у тому числі і в економічній сфері), що є свідченням адекватності держави її функціонально-телеологічному призначенню, за якого людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, а права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість її діяльності.

При цьому важливою характеристикою муніципальних прав людини є той факт, що у своїй нормативній основі вони мають конституційний зміст і конституційний рівень свого юридичного закріплення. Це має принципове значення з точки зору аналізу співвідношення конституційних прав і свобод людини і громадянина з інститутами муніципальних прав людини. Йдеться про те, що взаємозв'язки і залежності між відповідними інститутами демократії не обмежуються відносинами детермінованості, зумовленості муніципальних прав людини конститу-

ційними правами і свободами в рамках механізму конкретизації останніх до рівня галузевих форм вираження свободи людини.

Так, наприклад, адміністративно-правовий рівень обґрунтування муніципальних прав людини обумовлений тим, що на сучасному етапі розвитку суспільства необхідно по-новому оцінювати адміністративне право та спиратися на нове ставлення до місця і ролі держави у громадянському суспільстві. Конституція України у ст. 3 проголошує головним обов'язком держави утвердження та забезпечення прав і свобод людини і громадянина, а також встановлює принцип, згідно з яким саме ці права і свободи та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а вона відповідає перед людиною за свою діяльність. Ця конституційна формула означає підпорядкування усіх державних і правових інститутів суспільства потребам реалізації та захисту прав людини, їх пріоритетність перед іншими цінностями демократичної, соціальної, правової держави.

Відтак головними характеристиками у розумінні адміністративного права мають стати не «управлінська», а тим більше «каральна» його функції, а такі нові функції, як правозабезпечувальна (яка пов'язана із забезпеченням реалізації прав і свобод людини) і правозахисна (яка пов'язана із захистом порушених прав). Саме дві останні функції обумовлюють адміністративно-правовий вимір муніципальних прав і свобод та найповніше відтворюють справжнє суспільне призначення адміністративного права як сукупності правових норм, які регулюють суспільні відносини, що формуються в ході забезпечення реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних і юридичних осіб не лише органами виконавчої влади, а й органами місцевого самоврядування, а також в процесі не тільки державного, а й самоврядного управління у сферах соціально-економічного й адміністративно-політичного розвитку та охорони громадського порядку<sup>236</sup>.

Однак муніципальні права людини мають відносно самостійне значення як категорія сучасного конституціоналізму, нормативно-пра-

<sup>236</sup> Адміністративне право України: Академічний курс : Підруч.: У двох томах: Т. 1. Загальна частина / За ред. В. Б. Авер'янова. К., 2004. С. 7–10, 73. Детально також: Пирожкова Ю. В. Функції адміністративного права: генеза, теоретичний, нормативний та праксеологічний аспекти : монографія. Запоріжжя : Видавничий дім «Гельветика», 2016. 548 с.



вовий інститут місцевого самоврядування, важливий інститут муніципальної демократії та неодмінний атрибут муніципальної влади, який одержує в цій якості конституційне визнання. Адже згідно з Конституцією в Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування (ст. 7) як право територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста – самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України (частина перша ст. 140). Причому своє право на участь у місцевому самоврядуванні громадяни України реалізують саме за належністю до відповідних територіальних громад (частина перша ст. 3 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»).

*5.1.2.3. Індивідуальні та колективні начала у муніципальному статусі людини: правовий та економічний вимір.* Варто зазначити, що правове становище людини в системі місцевого самоврядування характеризується органічною єдністю індивідуальних муніципальних прав, котрі належать кожному мешканцю окремо і можуть бути реалізовані окремим членом територіальної громади незалежно від інших її членів та колективних муніципальних прав, реалізація яких можлива лише за допомогою колективних дій усіх чи більшості членів територіальної громади. За допомогою цього забезпечується, з одного боку, людиноцентристська орієнтація місцевого самоврядування і, з іншого – інтеграція автономних, індивідуалістичних начал муніципальної свободи з принципами колективізму, общинності на місцевому рівні організації політичного та соціально-економічного життя.

Як своєрідний сплав колективізму й автономності особи муніципальні права людини складають у цьому плані важливий елемент нормативного змісту всієї системи місцевого самоврядування, завдяки чому конституційні інститути муніципальної демократії отримують чітку орієнтацію не на адміністративно-державні структури, а на інститути громадянського суспільства та громадської самоорганізації і самодіяльності, на пріоритет безпосередніх форм колективної участі мешканців у вирішенні питань місцевого значення. А самі інститути місцевого самоврядування в їхньому нормативно-правовому закріпленні просто неможливо розглядати у відриві від муніципальних прав людини, які втілюють у собі суб'єктивні

фактори функціонування даних інститутів як засобу реалізації кожним окремим жителем – членом територіальної громади своїх індивідуальних можливостей брати участь у вирішенні питань місцевого значення<sup>237</sup>.

Серцевину, генетичну основу всієї системи муніципальних прав і свобод особи, її самоуправлінського статусу складає конституційне право на участь у місцевому самоврядуванні, яке можна розглядати як визнані або встановлені та гарантовані Конституцією України можливості людини і громадянина та її асоціацій (територіальних громад) на виявлення своєї індивідуальної та колективної волі щодо вирішення питань місцевого значення у різних сферах місцевого життя: політичній, економічній, соціальній, культурній та інших.

За суттю конституційне право на участь у місцевому самоврядуванні – це передбачені Конституцією та законами України можливості певної індивідуальної або колективної поведінки людини і громадянина та її асоціацій (територіальних громад) у сфері місцевого життя. Таке сутнісне визначення дозволяє з'ясувати правову природу, об'єкт (сферу) виникнення та напрями реалізації конституційного права на участь у місцевому самоврядуванні. Розглядаючи право на участь у місцевому самоврядуванні за суттю, ми акцентуємо увагу переважно на статичних моментах цього права, що надає можливість окреслити не лише сферу суспільного життя, в якій означене право виникає та реалізується, а й відмежувати його від інших конституційних прав та свобод людини і громадянина.

За своїм змістом конституційне право на участь у місцевому самоврядуванні – це певні блага в сфері місцевого життя (громадянські, політичні, економічні, соціальні та інші) та права на ці блага, а саме: право на їхнє одержання, захист, збереження, володіння, користування і розпорядження. Розгляд конституційного права на участь у місцевому самоврядуванні за змістом, на думку автора, дозволяє відповісти на питання «з приводу чого?» виникає це право, не лише «матеріалізувати», а й наочно відчутти у динаміці основні блага, які набувають свого юридичного оформлення в результаті визнання та закріплення цього права.

<sup>237</sup> Бондарь Н.С. Гражданин и публичная власть: Конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении. М., 2004. С. 308–309.

За своєю формою конституційне право на участь у місцевому самоврядуванні – це міра або образ, спосіб, форма індивідуальної або колективної поведінки, виявлення волі, інтересів, можливостей людини і громадянина та її асоціацій (територіальних громад) у сфері місцевого життя. Опосередкована змістом та сутністю конституційного права на участь у місцевому самоврядуванні форма є найбільш рухливим та динамічним компонентом даного явища. Форма дозволяє не лише зовнішньо окреслити, систематизувати дане право, а й «процесуалізує» його. Відповідаючи на питання «як?», форма є можливістю та процедурно-процесуальним апаратом використання та захисту людиною та громадянином, а також територіальною громадою у цілому муніципальних благ у порядку, визнаному або встановленому Конституцією та законами України<sup>238</sup>.

Отже ми бачимо, що однією з особливостей конституційного права на участь у місцевому самоврядуванні є його комплексний та багатовимірний характер, обумовлений кількома рівнями конституційного обґрунтування муніципальних прав людини як нормативно-правової основи реалізації муніципальної влади. Так, перший рівень конституційного обґрунтування забезпечується вже в процесі закріплення основ конституційного ладу України: конституційне визнання та гарантування місцевого самоврядування як основи конституційного ладу має принципове значення для всієї системи законодавства про місцеве самоврядування (ст. 7 Конституції України). Другий рівень конституційного обґрунтування муніципальних прав людини знаходить своє втілення в механізмі регулювання власне системи місцевого самоврядування як форми здійснення публічної політичної влади на основі самостійного вирішення питань місцевого значення (ст. 140–146 Конституції України). Третій рівень конституційного обґрунтування муніципальних прав людини – це самі по собі конституційні права і свободи, враховуючи, що практично у кожному громадянському, політичному, економічному, соціальному або іншому праві, що отримали визнання та закріплення в Конституції України, є і муніципально-правовий вимір їх реалізації.

<sup>238</sup> Батанов О. В., Волошин Ю. О., Маліков С. В. Статут територіальної громади: проблеми теорії і практики. Статут територіальної громади Маріуполя. К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Маріупольський гуманітарний інститут, 2004. С. 17.

Завдяки використанню такого високого та всебічного нормативно-правового потенціалу Основного Закону в плані його впливу на точне законодавство в галузі місцевого самоврядування, власне, й активізувався розвиток тих інститутів муніципального права, які забезпечують конкретизовану регламентацію правового статусу особистості у місцевому самоврядуванні та розвиток муніципальних прав людини. Пріоритетне значення має у цьому плані Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні», ст. 3 якого називається – «Право громадян на участь у місцевому самоврядуванні», хоча у ній і йдеться про право, а не про права.

*5.1.2.4. Системність муніципальних прав людини у економічній сфері.* Вже нині, на даному рівні своєї зрілості, муніципальні права людини мають рельєфно виражені характеристики відносно уособленого системного утворення. Свідченням тому є, з одного боку, їхня множинність і внутрішньоструктурна диференціація як певної сукупності правових (індивідуальних та колективних) можливостей у сфері муніципальної демократії, що поширюють свою дію на всі основні сфери людської життєдіяльності (політичну, економічну, соціальну, культурну та інші) в територіальному аспекті (місцевому та регіональному) її прояву, що дозволяє виділити відповідні види (політичні, економічні, соціальні, культурні та інші) та відносно самостійні групи (індивідуальні та колективні) муніципальних прав людини. З іншого боку, для муніципальних прав людини характерні ознаки внутрішньої єдності, збалансованості та взаємообумовленості як цілісного нормативно-правового утворення, що, власне, й становить єдиний за своїм функціональним призначенням та юридичними характеристиками самоуправлінський (муніципальний) статус людини.

Першу групу прав у цій системі складають колективні права членів територіальних громад. За своєю природою вони виступають як первинний рівень муніципальної свободи і демократії та засіб реалізації муніципальної влади (у тому числі в економічній сфері). Не випадково в Конституції та профільному законодавстві повніше й послідовніше закріплюються саме колективні муніципальні права людини. До числа таких прав, поряд з іншими, зокрема, відносяться такі економічні за своєю суттю права, як право територіальних громад на володіння, користування і розпорядження комунальною власністю (ст. 142–143 Конституції; частини третя – п'ята ст. 16,

ст. 60 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»), право на фінансову самостійність, формування, затвердження і виконання місцевого бюджету, встановлення місцевих податків і зборів та розпорядження місцевими фінансами (ст. 142–143 Конституції, ст. 16, 61, 63–66, 68–70 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»).

Важливо при цьому враховувати, що незважаючи на той факт, що суб'єктами колективних прав (у тому числі й у сфері економіки) є територіальні громади в цілому, ці права не можуть бути реалізовані у відриві від соціально-політичної, економічної, громадської активності окремих мешканців – членів цих спільнот та у відриві від реалізації індивідуальних муніципальних прав людини, які у своїй основі так само мають конституційне закріплення, у тому числі в опосередкованому виді: через колективні права територіальних громад, а також у рамках конституційного інституту основних прав і свобод людини і громадянина, нормативний зміст яких у багатьох випадках включає, як зазначалося раніше, у тому числі й самоуправлінські, муніципально-правові начала. Йдеться, зокрема, про особисту участь мешканців у громадському обговоренні проєктів планів економічного і соціального розвитку територіальної громади, місцевого бюджету, цільових програм розвитку села, селища або міста; участь у проведенні громадських експертиз проєктів рішень місцевої влади з питань, що мають важливе економічне значення для територіальної громади і визначають основні напрями її господарсько-економічного та матеріально-технічного розвитку тощо. Так, наприклад, Стратегія щодо інновацій та доброго врядування на місцевому рівні від 15–16 жовтня 2007 року, виходячи з фундаментальних завдань, згідно з якими «громадяни стають у центрі всіх демократичних інституцій і процесів», а «органи місцевої влади постійно вдосконалюють свою систему врядування», встановлює принцип, за яким багаторічні бюджетні плани розробляються при проведенні відповідних консультацій з громадою<sup>239</sup>.

<sup>239</sup> Стратегія щодо інновацій та доброго врядування на місцевому рівні (затверджена Валенсійською декларацією, прийнятою на Конференції міністрів держав – членів Ради Європи, відповідальних за місцеве та регіональне врядування, 15–16 жовтня 2007 року). Досвід децентралізації у країнах Європи : зб. док. Пер. з іноз. мов. Заг. ред. В. Б. Гройсмана. К. : Інститут законодавства Верховної Ради України, 2015. С. 41, 48.

Такі стратегічні орієнтири та принципи щодо інновацій та доброго врядування на рівні територіальних громад є абсолютно закономірними. Адже добробут і рівень життя кожного окремого мешканця села, селища, міста залежить від розвитку економічної сфери. Не може бути економічно міцним суспільство, в якому економічно не розвинуті його складові – територіальні громади. Це абсолютно логічно та закономірно виводить інститути місцевого самоврядування на систему економічних прав і свобод людини і громадянина.

Значення даної групи прав і свобод у механізмі реалізації місцевого самоврядування, так само як і інших (громадянських, політичних, соціальних, культурних, екологічних тощо), необхідно розуміти набагато ширше, аніж це визначається конкретним змістом відповідних прав і свобод, а саме як сукупність економічних благ та прав на ці блага: право на їхнє одержання, захист, збереження, володіння, користування і розпорядження<sup>240</sup>.

### 5.1.3. Загальна характеристика окремих видів муніципальних економічних прав

5.1.3.1. *Питання класифікації муніципальних економічних прав.* В умовах становлення інститутів соціальної держави, формування громадянського суспільства та переходу до відносин ринкової економіки, в основі яких значною мірою процеси, вплив на які з боку держави відносно обмежений, а саме самоорганізація, саморегулювання, саморозвиток, у відповідності до об'єктивних економічних законів місцеве самоврядування як неодмінний атрибут та рушійна сила цих процесів набуває характеру соціально-економічного самоврядування. У його основі знаходиться повнота прав людини на здійснення підприємницької та іншої, не забороненої законом економічної діяльності (ст. 42 Конституції), право приватної власності (ст. 41 Конституції), право на участь у

<sup>240</sup> Фролов Ю. М. Економічні права і свободи людини і громадянина в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. О., 2005. С. 8.

користуванні об'єктами публічної (загальнонародної, державної та комунальної) власності (ст. 13, 41 Конституції), так само як і на користування соціальними і культурними благами, необхідними для нормального існування людської особистості.

Не викликає сумнівів, що в основі політичного виміру громадянського суспільства насамперед знаходиться розвинуте місцеве самоврядування, а його (громадянського суспільства) економічна складова – це приватна власність, вільне підприємництво, стабільне конкурентне середовище. Тому економічна свобода в сучасних умовах поступового переходу до ринку та реального місцевого самоврядування набуває принципово нового змісту у порівнянні з радянською моделлю адміністративно-вольових та планово-директивних економічних відносин, що природно вимагає концептуального обґрунтування і нового конституційного оформлення інституту економічних прав і свобод у ринковому варіанті їхнього прояву. Вироблення ринкової моделі економічних прав і свобод та аналіз їхнього впливу на розвиток місцевого самоврядування зумовлює необхідність не просто уточнення змісту і набору відповідної групи прав і свобод<sup>241</sup>. Насамперед йдеться про формулювання принципово нових підходів до самої природи правового регулювання економічних відносин за участі людини і громадянина на локальному рівні як жителя села, селища або міста. Яскравою ілюстрацією тому є проблема права власності на землю<sup>242</sup>, у тому числі й у муніципально-правовому вимірі його реалізації та захисту.

<sup>241</sup> Федотов І. А. Проблемы классификации экономических прав и свобод. *Государственное строительство и право*. Вып. 15 [под общ. ред. Г. В. Мальцева; отв. ред. О. Н. Дорониной]. М. : Изд-во Московского гуманитарного университета, 2005. С. 86–91; Фролов Ю. М. Економічні права і свободи людини і громадянина в Україні: проблеми класифікації. *Право України*. 2003. № 12. С. 111–114, та ін.

<sup>242</sup> Вівчаренко О. А. Право власності на землю в Україні (актуальні проблеми) : монографія. Івано-Франківськ : ЗАТ «Надвірнянська друкарня», 1998. 179 с.; Костяшкін І. О. Проблеми правового забезпечення соціальної функції права власності на землю в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. К., 2017. 36 с.; Кулинич П. Право власності на землю: нові підходи до визначення змісту. *Право України*. 2009. № 9. С. 22–29; Носік В. В. Проблеми здійснення права власності на землю Українського народу : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. К., 2007. 34 с.; Уркевич В. Право власності на землю в Україні: соціально-правовий аспект. *Право України*. 2016. № 10. С. 221–223, та ін.

У цьому плані ринкова концепція економічних прав і свобод повинна, по-перше, відповідати економічним ознакам самого ринку як генетичної основи і просторової сфери матеріалізації відповідних прав і свобод особистості. До такого роду економічних ознак ринку, що мають системоутворююче значення для економічних прав і свобод, можна віднести соціальну спрямованість економіки, економічну багатоманітність, непорушність права приватної власності, свободу підприємницької діяльності, конкуренцію тощо. По-друге, нова природа економічних прав і свобод визначається також необхідністю їхньої відповідності правовим ознакам ринку. До них відносяться формально-юридична рівність учасників ринкових відносин та суб'єктів права власності, рівний правовий захист усіх форм власності, майнова самостійність, превалювання диспозитивних начал у нормативному змісті ринкових відносин, у тому числі за участі громадян. Значною мірою ці ознаки (як економічні, так і правові) безпосередньо втілюються в нормативному змісті економічних прав і свобод, додаючи їм не лише ринковий, а в багатьох випадках – і самоуправлінський характер. Саме ці характеристики, взяті в єдності економічного змісту і правових форм вираження, дозволяють об'єднати воедино ринок і місцеве самоврядування на міцній основі інститутів економічної демократії, серед яких важливу роль відіграють і економічні права і свободи.

У зв'язку з цим важливого значення набуває розуміння того, що економічні права і свободи людини і громадянина виступають вирішальним інструментом реалізації економічної самоорганізації населення та одночасно – основною метою самостійного вирішення територіальними громадами господарсько-економічних питань місцевого значення, зокрема у сфері соціально-економічного розвитку, бюджету, фінансів і цін, управління комунальною власністю, житлово-комунального господарства, побутового, торговельного обслуговування, будівництва тощо (ст. 27–31 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні»). Це детерміновано, зокрема, тим, що тільки дана група прав і свобод безпосередньо пов'язана з відносинами власності, економічними і соціальними компонентами громадянського суспільства. А реалізація цих прав і свобод означає участь громадян у здійсненні економічної

влади, у тому числі на місцевому рівні, у користуванні економічними благами територіальних громад і суспільства в цілому.

Щоправда, варто враховувати, що й інші права людини формуються та реалізуються під впливом і на основі відносин власності. Адже у сучасному українському суспільстві – суспільстві без ефективних інститутів соціальної держави – неможливе повноцінне здійснення не тільки економічних, соціальних та культурних прав, але й прав політичних і громадянських. За незабезпеченості соціальної сторони життєдіяльності людей, гідного рівня їх життя деформується вся структура прав і свобод людини: знижується політична активність, зростає апатія і зневіра в державу та інститути публічної влади, далеко не завжди є доступними індивіду гарантії прав і свобод (наприклад, право на захист). Соціальна незахищеність породжується нерідко відсутністю права приватної власності. Проблеми матеріального забезпечення нерідко відіграють вирішальну роль під час виборів в представницькі органи, в передвиборній боротьбі тощо<sup>243</sup>. І це абсолютно закономірно, враховуючи, що права та основні свободи людини неподільні, повне здійснення громадянських та політичних прав неможливе без здійснення економічних, соціальних і культурних прав.

Тому, отримуючи юридичне закріплення, права людини здобувають нормативну енергію як від політичної, так і економічної влади; у цьому змісті усі вони володіють певним економічним значенням. Однак матеріальний зміст, наприклад, політичних прав (на об'єднання, виборчі права тощо) обумовлюється відносинами власності не безпосередньо, а опосередковано. Отже, економічне призначення даних прав втілюється, як правило, не в економічних, а в політичних відносинах, але тісний взаємозв'язок, переплетення правових норм економічної та політичної свободи безперечні, що особливо яскраво проявляється на муніципальному рівні<sup>244</sup>.

<sup>243</sup> Панкевич О. З. Здійсненість прав людини «другого покоління» – визначальна риса соціальної держави. *Права людини і Україна: Праці Львівської лабораторії прав людини АПРН України* (Серія І. Дослідження і реферати. Вип. 2). Львів, 1999. С. 57.

<sup>244</sup> Бондарь Н. С. Гражданин и публичная власть: Конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении. М., 2004. С. 260.

*5.1.3.2. Приватна власність – генетична основа економічної самоорганізації мешканців – членів територіальних громад.* Найбільш фундаментальне право людини – право власності є не лише основоположним економічним правом, а й фундаментальним правовідношенням сучасного суспільства, у тому числі муніципального характеру. Лише володіючи тією чи іншою власністю, маючи можливість користуватись та розпоряджатися нею, людина – мешканець села, селища, міста може найповніше відчути себе вільним членом своєї територіальної громади. Власність – це основа формування вільної особистості та територіальної громади, а звідси – утвердження місцевого самоврядування. Не випадково в юридичній літературі поняття «свобода» нерідко безпосередньо пов'язується з поняттям «власність». Власність утворює цивілізований ґрунт для свободи та права, без права індивідуальної власності усі інші права позбавляються необхідних гарантій<sup>245</sup>. У свою чергу, саме з поняття людської свободи у протилежність несвободі зовнішнього світу виводиться основний інститут сучасного цивільного права – власність<sup>246</sup>.

Саме у відносинах власності, які торкаються глибоких основ повсякденного людського життя, мають прояв найважливіші особливості муніципальної демократії, індивідуальних і колективних прав громадян у місцевому самоврядуванні. Зокрема, особливе значення має винесення на перший план конституційного та цивільно-правового регулювання відносин власності особистісних моментів, які характеризують стан громадянина як власника, суб'єкта господарської діяльності (у різних формах її прояву), споживача матеріальних та духовних благ тощо. Це знаходить своє відображення і в інститутах конституційного ладу (ст. 13–14 Конституції) та особливо детально – в інститутах економічних, соціальних і культурних прав людини і громадянина (ст. 41–50 Конституції).

*5.1.3.3. Право на управління об'єктами комунальної власності – інструмент сталого економічного розвитку територіальних громад.* На конституційному рівні визначено стратегічний шлях не тільки подо-

<sup>245</sup> Колесова Н. С. Основные права и свободы гражданина во Франции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1994. С. 14.

<sup>246</sup> Нечаева В. М. Гражданское право и гражданское правоустройство. Введение въ изучение социальных наук : Сборник статей [под ред. Н. И. Кареева]. СПб., 1903. С. 157.

лання всезагального одержавлення умов та результатів виробництва, досягнення справжньої економічної свободи особистості, але й орієнтири для пошуку оптимального поєднання особистих та суспільних, публічних та приватних начал у відносинах власності. І цим процесам відповідає не тільки індивідуалізація відносин власності у чистому виді – на основі приватизації та розвитку приватної власності, але й інші форми переходу від конструкції абстрактно-всезагального суб'єкта державної власності до конструкції конкретизованої (не обов'язково – індивідуалізованої) всезагальності економічних умов свободи людини<sup>247</sup>. Особлива роль у цьому плані належить комунальній власності.

Говорячи про право людини і громадянина на користування об'єктами комунальної власності, слід зазначити, що комунальна власність є публічною формою власності, тобто соціально-економічним відношенням, яке виникає при задоволенні публічних інтересів територіальних громад як первинних суб'єктів місцевого самоврядування в Україні. Комунальна власність виступає іманентною ознакою таких соціальних утворень. Її наявність та управління нею не може бути байдужою мешканцям. Право комунальної власності дозволяє власнику – територіальним громадам, уповноваженим ними органам володіти, користуватися та розпоряджатися комунальним майном в інтересах мешканців сіл, селищ та міст. Також територіальна громада має право на формування власного бюджету, створення позабюджетних, валютних, страхових, резервних та інших цільових фондів грошових ресурсів. Тільки у рамках соціальної спільноти, якій надано економічну автономію, мешканці – члени територіальної громади мають реальну можливість самостійно будувати собі життя, не сподіваючись виключно на дозовану допомогу держави. У рамках територіальної громади люди вчаться господарювати і здійснюють реальне господарювання, безпосередньо керують фінансовими справами. Отже, через громаду здійснюється пряме, безпосереднє управління значною частиною справ усього суспільства. Саме у такій громаді здійснюється реалізація більшості соціально-економічних прав людини і громадянина.

<sup>247</sup> Бондарь Н. С. Вказана праця.

Право комунальної власності є одним з найскладніших серед конституційних та речових прав. Воно дозволяє власнику – місцевому населенню, його уповноваженим органам володіти, користуватися та розпоряджатися муніципальним майном у інтересах конкретної територіальної громади. У комунальній власності закладений увесь економічний потенціал як для перетворень господарського життя територіальних громад, так і для поглиблення політичних процесів демократизації, розвитку муніципальної демократії, забезпечення реальних умов для здійснення прав і свобод особистості як члена територіальної громади.

У даний час в Україні інститут комунальної власності, його визнання на конституційному рівні та введення у цивільний обіг, питання управління об'єктами комунальної власності у законодавстві вирішені достатньо суперечливо та непослідовно. Тривалий час у профільному Законі «Про власність» комунальна власність (власність адміністративно-територіальних одиниць) взагалі розглядалася як вид державної власності (ст. 31, 35 Закону)<sup>248</sup>. У той же час Конституція, Цивільний кодекс України та Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» розглядають її як самостійний вид публічної власності. Причому під правом комунальної власності законодавець розуміє право територіальної громади володіти, доцільно, економічно, ефективно користуватися і розпоряджатися на свій розсуд і в своїх інтересах майном, що належить їй як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування.

Звідси постає питання щодо суб'єктно-об'єктної характеристики цього права, її конституційно-правової регламентації, сутнісної, змістовної та параметральної визначеності. Так, Конституція України (ст. 142, 143) та Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» (ст. 1) закріпили як первинні суб'єкти права комунальної власності територіальні громади, тобто місцеві спільноти жителів, чію юридичну

<sup>248</sup> Про власність : Закон України від 7 лютого 1991 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 20. Ст. 249. (Закон втратив чинність на підставі Закону України від 27 квітня 2007 року «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України»).

особу, власне кажучи, персоніфікують територіальні громади. Від імені та в інтересах територіальних громад відповідно до закону правомочності щодо володіння, користування та розпорядження об'єктами права комунальної власності, в тому числі виконання усіх майнових операцій, передачі об'єктів права комунальної власності у постійне або тимчасове користування юридичним та фізичним особам, здавання їх в оренду, продажу і купівлі, використання як застави, вирішення питань їхнього відчуження, визначення в угодах та договорах умов використання та фінансування об'єктів, що приватизуються та передаються у користування і оренду тощо, здійснюють відповідні органи місцевого самоврядування.

Законодавством визначально презюмується, що органи місцевого самоврядування здійснюють від імені місцевого населення правомочності володіння, користування, розпорядження комунальним майном на свій розсуд та в інтересах місцевого населення, у тому вигляді, в якому вони представляють дані інтереси. Із врахуванням цього, якщо місцеве населення у сфері відносин комунальної власності виступає первинним власником, то органи місцевого самоврядування можуть бути визначені як публічні власники, тобто органи, які не тільки здійснюють повноваження первинного власника, але й формулюють його інтереси, ототожнюють своє вольове бачення з баченням населення. Водночас, чіткого механізму реалізації цього права безпосередньо територіальною громадою та форм участі громадянина в управлінні об'єктами права комунальної власності, на жаль, не утворено. По суті йдеться про відсутність у територіальній громаді реальної правосуб'єктності в цілому та економічної правосуб'єктності, зокрема.

*5.1.3.4. Зарубіжний досвід конституційного забезпечення економічної правосуб'єктності територіальних громад та муніципальних економічних прав людини.* У цьому контексті доволі пізнавальним є зарубіжний досвід. Так, у ст. 140 Конституції Королівства Іспанії 1978 р. закріплено, що Конституція гарантує автономію муніципій. Вони володіють всією повнотою прав юридичної особи. У свою чергу, згідно зі ст. 141 цієї Конституції, провінція є місцевим утворенням, яке користується правом юридичної особи. Вона є об'єднанням певної кількості муніци-

пій на підставі територіального принципу для здійснення державної діяльності.

Цікавими є положення Глави IX «Про громади» Конституції Великогерцогства Люксембург 1868 р., у ст. 107 якої закріплено, що громади утворюють на територіальній основі автономні колективи, які мають право юридичної особи та керують своїми органами їх надбанням і в своїх власних інтересах.

Згідно зі ст. 136 Конституції Болгарії 1991 р., громада є основною адміністративно-територіальною одиницею, в якій здійснюється місцеве самоврядування. Громадяни беруть участь в управлінні громадою як через обрані ними органи місцевого самоврядування, так і безпосередньо через референдум і загальні збори населення. Межі громад визначаються після опитування населення. Громада є юридичною особою.

Великий інтерес викликає конституційна регламентація місцевого самоврядування у Республіці Польща, досвід якої визнаний та обраний свого роду орієнтиром у процесі сучасних конституційно-проектних робіт у частині щодо децентралізації в Україні. Так, згідно зі ст. 164 Конституції Республіки Польща 1997 р., основною одиницею територіального самоврядування визнається гміна. Гміна виконує всі завдання територіального самоврядування, що не застережені для інших одиниць територіального самоврядування. Також, згідно зі ст. 165 цієї Конституції, одиниці територіального самоврядування є юридичними особами. Вони мають право на власність, а також інші майнові права.

Багато у чому показовим є досвід інших європейських країн. Так, згідно зі ст. 115 Конституції Австрійської Республіки 1920 р., під громадами, відповідно до змісту наступних статей, належить розуміти місцеві громади. Вказується, що Австрійський союз громад і Австрійський союз міст покликані представляти інтереси громад. У ст. 116 закріплюється, що кожна земля поділяється на громади. Громада є територіальною одиницею з правом самоврядування і одночасно адміністративною одиницею. Кожна ділянка території має належати якійсь громаді. Громада визнається самостійною господарською одиницею. Вона має право в межах, встановлених загальними законами Федерації і землі, володіти всякого роду майном, купувати його і роз-

поряджатися ним, займатися господарським підприємництвом, а також в рамках фінансової системи самостійно визначати свій бюджет і стягувати податки.

У Конституції Андори 1993 р. є ст. 79, згідно з якою громади, будучи органами представництва та управління парафіями, є публічними колективами, що володіють правом юридичної особи і владою встановлювати місцеві норми у формі ордонансів, регламентів і декретів відповідно до законів. У сфері своїх повноважень, здійснюваних ними відповідно до Конституції, законом і традицією, вони діють згідно з принципом вільного управління, визнаного і гарантованого Конституцією. Громади в Андорі представляють інтереси парафій, схвалюють і виконують парафіяльний бюджет; вони визначають і здійснюють на своїй території публічну політику в межах своєї компетенції, розпоряджаються й управляють всім майном парафій, незалежно від того, чи є воно публічним, або приватним, або загальним надбанням.

Наведені ілюстрації конституційної регламентації статусу територіальних громад у зарубіжних країнах свідчать про особливу роль, яку відводить конституцієдавець цьому питанню. Попри різні підходи, термінологію, обсяг та зміст відповідних конституційних правоположень, загальною тенденцією у сучасній Європі є зміцнення статусу первинних суб'єктів місцевого самоврядування, насамперед їх економічної правосуб'єктності. У зв'язку з цим дискусії щодо статусу територіальних громад в Україні та його конституційної регламентації мають розвиватися у контексті загальноєвропейських процесів конституціоналізації економіки, муніципалізації конституційного життя та децентралізації публічної влади.

*5.1.3.5. Підприємництво – праксеологічна основа життєдіяльності територіальних громад та реалізації муніципальних економічних прав людини.* Говорячи про таке економічне право як право громадян на підприємницьку діяльність, то воно та його реалізація у рамках місцевого самоврядування забезпечують виконання ряду функцій: 1) підприємництво – один з найважливіших каналів докорінної трансформації нашого суспільства, його соціально-економічного ладу на началах самоорганізації та ринкової економіки, розвитку господарської

ініціативи самих членів територіальних громад та суспільства в цілому; 2) воно є могутнім важелем формування муніципальної демократії та громадянського суспільства; 3) підприємництво сприяє підвищенню трудової зайнятості населення, створенню нових робочих місць, що набуває особливого значення в умовах переходу до ринку та звільнення значної кількості осіб зі сфери виробництва, заснованого на державній власності; 4) сприяє більш повному задоволенню потреб громадян у товарах масового попиту та послугах; 5) приводить до підвищення матеріального добробуту осіб, які займаються даною діяльністю, розвитку матеріального потенціалу територіальних громад та суспільства тощо.

Власне кажучи, між місцевим самоврядуванням та підприємництвом є багато спільного. Адже і місцеве самоврядування, і підприємництво – це суспільно значуща діяльність під свою відповідальність. Так, несприятливі наслідки неумілості, пасивності, утриманства при вирішенні територіальними громадами питань місцевого значення виступають у вигляді низького рівня соціальних благ (на рівні гарантованого державою мінімального рівня соціальних послуг на душу населення в межах усієї території України), нездорового й некомфортного середовища, високого рівня криміналізації суспільства тощо. Практично таку саме відповідальність несе й підприємець. Адже бізнес здійснюється під свою відповідальність – відповідальність власника, індивідуального або колективного. Якщо «справи не йдуть», власник може стати банкрутом. І для нього це – найсуворіша санкція, міра відповідальності<sup>249</sup>.

Усе це переконливо ілюструє як значну роль економічних прав і свобод як інституту реалізації місцевого самоврядування, так і вплив місцевого самоврядування на забезпечення і, більш того, на саму природу відповідної групи прав і свобод. Нинішній рівень зрілості ринкових відносин обумовлює якісно новий характер конституційної системи економічних прав і свобод, що дозволяє їм виконувати важливі функції в загальній системі інституційних засобів гарантування муніципальних

<sup>249</sup> Краснов М. А. Введение в муниципальное право. М., 1993. С. 14.



прав людини та територіальних громад. Цьому сприяє, зокрема, досить зріла, широко розгалужена система економічних прав і свобод людини і громадянина, які здатні проникати в інституційну систему місцевого самоврядування завдяки не тільки своїм формально-юридичним, нормативно-правовим характеристикам як прав і свобод прямої, безпосередньої дії, але й завдяки їх багатому матеріальному змісту, яким охоплюються всі основні форми прояву економічної свободи і економічних інтересів мешканців сіл, селищ та міст.

### 5.2. Економічна свобода та сімейні відносини<sup>250</sup>

Економічні свободи є основою не тільки розвитку економічної системи держави, але і особистісного розвитку. За оцінюванням економічної свободи Україна серед країн світу у 2019 році зайняла 147 місце (індекс економічної свободи 52,3 – дані The Heritage Foundation)<sup>251</sup>, це найгірший показник серед європейських держав. Безумовно, такий низький індекс економічної свободи негативно відображається на інвестиційній привабливості нашої держави і в підсумку є перепорою економічному розвитку.

Постає питання: яке значення мають економічні свободи у сімейних відносинах? На перший погляд економічні свободи не пов'язані із сім'єю і сімейним життям особи, але при ґрунтовному аналізі з'ясується зовсім протилежне. Людина реалізує право на працю, свободу підприємництва і в підсумку вносить свою частку в розвиток економіки, і при цьому вона, як правило, перебуває в шлюбі, має дітей та рідних. Саме тому перше питання, яке ми розглянемо, – **чи є економічна свобода та сімейне життя особи взаємопов'язаними?**

У літературі застосовують як поняття «економічна свобода», так і поняття «економічні права». На те, що економічна свобода сама по

<sup>250</sup> Авторка підрозділу – Менджул Марія Василівна, кандидатка юридичних наук, доцентка, Ужгородський національний університет.

<sup>251</sup> The Heritage Foundation: Індекс економічної свободи. URL: <https://ueff.org/uk/indexy/75-indeks-ekonomichnoi-svobody-ukrainy>

собі є дуже важливим компонентом свободи взагалі, неодноразово звертали увагу науковці.<sup>252</sup> На думку економістів, економічна свобода за своєю сутністю є елементом ринкової економіки, що ґрунтується на таких принципах як особистий вибір, добровільний обмін, свобода виходу на ринки та конкуренції, безпека особи та приватна власність.<sup>253</sup> М.В. Савчин вважає, що зміст економічної свободи слід тлумачити відповідно до доктрини верховенства права як межі втручання держави у вільне здійснення економічної діяльності.<sup>254</sup> М.І. Козюбра вважає, що розширенню економічних свобод має бути відведене одне з провідних місць у забезпеченні соціально-економічних прав людей.<sup>255</sup> У дисертаційному дослідженні Ю.М. Фролов обґрунтовує, що економічні права та свободи людини і громадянина є можливостями щодо володіння, користування та розпорядження економічними благами, а також право набувати та захищати їх у порядку, межах, формах та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.<sup>256</sup> З позиції сутнісного розуміння економічної свободи, на нашу думку, не правильно розрізняти економічні права та свободи людини і громадянина, тому ми використовуватимемо категорії «людина» та «приватна особа».

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 підприємницькою діяльністю, право приватної власності та ін. Сімейне життя людини має опосередкований, а іноді і безпосередній вплив на її економічні свободи та права.

Тлумачення поняття сімейного життя є у рішенні Конституційного Суду України № 2-рп/2012 від 20 січня 2012 року. Зокрема, під сімей-

<sup>252</sup> Мілтон Фрідман. Капіталізм і свобода (пер. Н. Рогачевська) (Київ 2017) 19.

<sup>253</sup> Сімахова А. О., Скрипник Н. Є., Піддубний О. О. Економічна політика в контексті вимірювання економічної свободи. (2017) 13 *Економіка і суспільство* 26.

<sup>254</sup> (В. А. Устименко, ред.) Конституційні засади економічної системи України (ТОВ «Юго-Восток» 2011) 16.

<sup>255</sup> Козюбра М. І. Верховенство права і соціалізація держав. (2010) 103 *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки* 5.

<sup>256</sup> Фролов Ю. М. Економічні права і свободи людини і громадянина в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук, спец.: 12.00.02 (Одеса 2005) 6.

ним життям запропоновано розуміти особисті майнові та немайнові відносини між подружжям, іншими членами сім'ї, які здійснюються на засадах, визначених у Сімейному кодексі України, у тому числі, що: кожна особа має право на повагу до свого сімейного життя; ніхто не може зазнавати втручання в його сімейне життя, крім випадків, установлених Конституцією України; регулювання сімейних відносин здійснюється з урахуванням права на таємницю особистого життя їх учасників, їхнього права на особисту свободу та недопустимості свавільного втручання у сімейне життя та інші. Конституційний Суд України у рішенні також виходив з того, що неможливо визначити абсолютно всі види поведінки фізичної особи у сферах особистого та сімейного життя, оскільки особисті та сімейні права є частиною природних прав людини, які не є вичерпними і реалізуються в різноманітних і динамічних відносинах майнового та немайнового характеру, стосунках, явищах, подіях тощо.<sup>257</sup> Таким чином, у рішенні Конституційного Суду України відмічено, що поведінка особи в сфері сімейного життя може реалізуватися не тільки у немайнових, але і майнових відносинах.

Насамперед варто звернути увагу на право спільної сумісної власності подружжя. Визнаною у багатьох державах світу є концепція спільної власності подружжя на майно, набуте у шлюбі. Сімейний кодекс України в главі 7 визначає право приватної власності кожного з подружжя (статті 57–59), а в главі 8 – право спільної сумісної власності подружжя (статті 60–74). СК України закріплює презумпцію, що 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 України.

Важливою гарантією є те, що майно, набуте подружжям, є спільною сумісною власністю незалежно від того, чи один з них не мав з важкої причини (ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, навчання, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу). Тобто у випадку, якщо працює або отримує дохід від підприємницької діяльності

<sup>257</sup> Рішення КСУ від 20.01.2012 № 2-рп/2012.

один із подружжя, а інший займається доглядом за дітьми, то він все одно має право на половину спільного майна.

Більше того, Сімейний кодекс України передбачає, що ведення домашнього господарства, догляд за дітьми можуть бути визнані судом такими обставинами, що сприяли одержанню премії чи нагороди за особисті заслуги, і визнати в них частку іншого з подружжя.

Досить виражено економічна свобода подружжя проявляється в інституті шлюбного договору. Згідно зі статтею 93 СК України 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 України 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 з ч. 5 ст. 97 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 передаватися 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 недійсними. Наприклад, у постанові від 30 січня 2018 року по справі № 756/7489/15-ц Верховний Суд дійшов 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 становище.<sup>258</sup>

Унаслідок шлюбу може виникнути і зобов'язання щодо утримання одного з подружжя іншим. Згідно з Сімейним кодексом України аліментні відносини між подружжям можуть виникнути на підставі договору або норм закону. На нашу думку, зобов'язання по утриманню подружжя договірної природи теж є своєрідним проявом економічної свободи, адже особа добровільно бере на себе економічні зобов'язання і розпоряджається частиною своїх коштів.

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.

Розірвання шлюбу не припиняє права особи на утримання, яке виникло у неї за час шлюбу. Крім того, 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

<sup>258</sup> Постанова Верховного Суду від 30 січня 2018 року у справі № 756/7489/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72073900>

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.

В Україні вже склалася судова практика щодо аліментних відносин. Безперечно, більшість судових справ – щодо призначення та стягнення аліментів на утримання дітей. Водночас є і справи про стягнення аліментів на одного із подружжя. Так, Верховний Суд 17 травня 2018 року виніс постанову по справі № 766/4061/17, в якій залишив постанову апеляційного суду без змін. Зокрема, рішенням Комсомольського районного суду м. Херсона від 3 травня 2001 року з чоловіка стягувалися аліменти на утримання його непрацездатної колишньої дружини. Проте через істотну зміну матеріального становища, пов'язану із суттєвим погіршенням стану його здоров'я, призначенням йому II групи інвалідності по загальному захворюванню, звільненням його з роботи та відсутністю додаткових доходів, крім пенсії, розмір якої становив 2180,47 грн, чоловік клопотав звільнити його від обов'язку по сплаті аліментів. Рішенням Херсонського міського суду Херсонської області від 26 жовтня 2017 року позов задоволено частково та зменшено розмір аліментів до 1/6 частини від усіх видів заробітку, щомісячно, починаючи з дня набрання рішенням суду законної сили і довічно. Постановою апеляційного суду Херсонської області від 25 січня 2018 року рішення Херсонського міського суду Херсонської області від 26 жовтня 2017 року скасовано. Постановлено нове рішення, яким позовні вимоги задоволено та припинено з 25 січня 2018 року стягнення аліментів з чоловіка на користь жінки. При цьому апеляційний суд зауважив, що суд першої інстанції не врахував, що розмір отримуваної жінкою пенсії по інвалідності є більшим від розміру прожиткового мінімуму, а тому дружину не можна вважати такою, яка потребує матеріальної допомоги.<sup>259</sup> На нашу думку, судом касаційної інстанції правильно залишено в силі постанову апеляційного суду, яким припинено стягнення аліментів на користь колишньої дружини із врахуванням обставин справи.

<sup>259</sup> Постанова Верховного Суду від 17 травня 2018 року у справі № 766/4061/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74158190>

Відповідно до ч. 4 ст. 76 СК України, якщо у зв'язку з вихованням дитини, веденням домашнього господарства, піклуванням про членів сім'ї, хворобою або іншими 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.

Цікавим в цьому плані є досвід США щодо впровадження принципу «забезпечення фінансової самодостатності», що передбачає підтримку того з колишнього подружжя, хто не працював під час шлюбу, для забезпечення його «реабілітації» та повернення до можливості працювати. Наприклад, § 308 Уніфікованого закону про шлюб і розлучення встановлює, що під час визначення аліментів на користь одного з подружжя враховується таке: фінансовий стан того з подружжя, який просить стягнути аліменти на свою користь, включно з майном, отриманим під час майнового врегулювання, кошти, призначені для утримання дитини; спроможність заробляти самостійно; час, який потрібен для отримання освіти, щоб працевлаштуватись; рівень життя під час шлюбу; тривалість шлюбу; вік, фізичний і душевний стан особи, яка потребує аліментів; фінансове становище платника аліментів. Сучасна судова практика показує, що аліменти на іншого з подружжя призначаються не часто і на незначний термін. У більшості штатів замість аліментів основною формою врегулювання фінансових відносин колишнього подружжя є майнове врегулювання.<sup>260</sup>

Незвичним для українського сімейного законодавства є визнання в США шлюбним майном нематеріальних активів, наприклад ділової репутації комерційної фірми. Вартість таких активів може бути оцінена в грошовому еквіваленті, і частка відповідно виплачується іншому з подружжя. Крім того, є випадки врахування «професійних знань і нави-

<sup>260</sup> Менджул М. В. Основні засади регулювання сімейних відносин у США. (2008) 4(1) *Південноукраїнський правничий часопис* 125.

чок» у справах про надання утримання. Наприклад, один із подружжя закінчив навчальний заклад і здобув професію, а інший із подружжя в цей час працював, щоб утримувати сім'ю. У такому разі суд може призначити аліменти з урахуванням майбутніх доходів для забезпечення економічної справедливості, що один із подружжя пожертвував можливістю отримати освіту і, відповідно, створив такі умови для іншого з подружжя. Саме до такого висновку дійшов Апеляційний суд Нью-Йорка у справі «M. O'Brien v. L. O'Brien». Зокрема, суд встановив, що ліцензія на медичну практику є майном подружжя. Оскільки чоловік навчався, а дружина в цей час працювала і вносила 76% доходів подружжя (за винятком 10 000 дол. США у вигляді позик на навчання, отриманих відповідачем), суд зобов'язав чоловіка сплатити дружині грошову компенсацію у зв'язку з розлученням і розподілом майна в розмірі 188 800 доларів США, що становить 40% від вартості ліцензії (11 річних платежів різної суми протягом 1982–1992 рр.).<sup>261</sup>

У серпні 2019 року Комісія з європейського сімейного права оприлюднила п'яту групу принципів щодо права власності, утримання та правонаступництва пар у фактичних союзах.<sup>262</sup> Зокрема, в принципі 5:16 встановлено право на компенсацію за внесок у майно, бізнес чи професію другого партнера. На нашу думку, така норма повинна бути передбачена не тільки для фактичного союзу, але і для зареєстрованого шлюбу. Саме тому пропонуємо СК України доповнити новою статтею 74-2 такого змісту: «Право на компенсацію. 1. Право на компенсацію має той з подружжя (або партнер у фактичному союзі), котрий зробив фінансовий чи інший внесок у майно, підприємницьку діяльність чи професію другого з подружжя (партнера). Розрахунок компенсації повинен враховувати будь-яке збільшення або зменшення вартості майна чи розміру внеску в підприємницьку діяльність чи професію. 2. Той з подружжя (або партнер), який зробив фінансовий чи інший внесок у спільне домогосподарство, має право на компенсацію, якщо внесок

<sup>261</sup> O'Brien v. O'Brien. N.Y. (1985).

<sup>262</sup> Katharina Boele-Woelki, Frédérique Ferrand, Cristina González-Beilfuss, Maarit Jäntherä-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Velina Todorova. (2019) Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions.

був значним у порівнянні із внеском іншого з подружжя (партнера) або внесок призвів до значних негативних наслідків щодо його доходу, майна чи професії. 3. Компенсація повинна виплачуватися в грошовій формі, якщо подружжя (партнери) не домовляється про інше. 4. Подружжя (партнери) можуть домовитись щодо подальшого використання одним із них предметів домашнього вжитку або їх поділ. Якщо партнери не досягли згоди і перебували у довготривалих стосунках принаймні п'ять років або мають спільну дитину, яка є неповнолітньою чи перебуває на утриманні, суд може дозволити одному з партнерів продовжувати користуватися домашніми та побутовими предметами в інтересах сім'ї».

На думку психологів, шлюб сприяє економічному добробуту, оскільки людина прагне до розвитку та статків.<sup>263</sup> В той же самий час, сімейні пари більше інвестують в житло, речі для побуту, придбання дитячих речей, і тим самим теж стимулюють торгівлю та розвиток економіки.

Наступне питання, яке постає, – **чи обмежується економічна свобода сімейними правами та обов'язками?**

Науковці зауважують, що важливим у розумінні економічної свободи є розуміння того, що свобода не може бути абсолютною і безмежною, вона завжди передбачає економічну відповідальність. Економічна свобода має внутрішні та зовнішні обмеження. Перші виникають внаслідок внутрішньої логіки діалектичної суперечливості сутності самого поняття, побудованого на існуванні дихотомії свободи та відповідальності. Другі – обумовлені зовнішніми факторами, оскільки економічна свобода завжди має систему обмежень нормативно-правового, державного, економічного, фіскального, політичного та конкурентного характеру.<sup>264</sup> Можна погодитися з такою позицією, оскільки економічна свобода справді може мати як внутрішнє обмеження (особа сама встановлює внутрішні межі своєї свободи, в тому числі економічної),

<sup>263</sup> Шлюб і гроші: психолог розповіла, як сімейні стосунки впливають на заробітки і статки. Високий замок. URL: <https://wz.lviv.ua/news/386496-shliub-i-hroshi-psykholoh-rozpovila-iaak-simeini-stosunky-vplyvaiut-na-zarobitky-i-statky>

<sup>264</sup> Ляшенко О. М. Дисгармонія економічної свободи України. (2017) 2 *Стратегічна панорама* 33.

так і зовнішні, проте не зовсім погоджуємося із виділенням окремо державних обмежень, адже такі обмеження як нормативно-правові чи фіскальні також є державними.

Науковці також вважають, що, з одного боку, певні обмеження економічної свободи (зокрема, проти використання офшорних схем) можуть бути важливими для забезпечення рівності та реальності соціально-економічних прав більшості громадян (на справедливий життєвий мінімум, мінімальну заробітну плату, гідну освіту, медичне забезпечення, соціально-культурний розвиток). З іншого боку, економічна свобода у її вітчизняному втіленні тільки посилює дисбаланс між найманою працею та капіталом, відкриває можливості використання суспільних ресурсів на користь окремих бізнес-груп.<sup>265</sup>

Безперечно, один із подружжя не може нав'язувати іншому свою думку чи так само батьки – своїй дитині (з урахуванням трудового законодавства України – після 16 років) щодо здійснення ними права на працю, вибору професії чи зайняття підприємницькою діяльністю, а тим більше – забороняти.

На жаль, в окремих мусульманських державах зберігаються традиційні норми, що уповноважують чоловіків надавати дружинам дозвіл працювати. Наприклад, Закон про особистий статус мусульман, прийнятий в Судані у 1991 році, викликав багато критики, оскільки легалізував дитячі шлюби, передбачав повну опіку чоловіка над дружиною (принцип *qawama*), включаючи надання дозволу на працю.<sup>266</sup> У 2006 році було утворено Національний комітет з розгляду статусу жінок у законодавстві (Перший національний комітет) для перегляду всіх суданських законів у світлі Конституції 2005 року. У 2009 році Національний комітет визначив 88 статей у законах, які необхідно реформувати для забезпечення гендерної рівності, в тому числі з метою скасування опіки чоловіків над жін-

<sup>265</sup> Овсієнко О. В. Обмеження економічної свободи як передумова розбудови соціальної держави в Україні: аргументи «за» і «проти». (2013) 2 (13) *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»* 289.

<sup>266</sup> Samia El Nagar, Liv Tønnessen. (2017). Family law reform in Sudan: Competing claims for gender justice between sharia and women's human rights CMI report. URL: <https://www.cmi.no/publications/file/6401-family-law-reform-in-4>

ками і, які, на жаль, так і не були прийняті.<sup>267</sup> Позитивним протилежним прикладом є Туніс, де ще в 1956 році був прийнятий Закон (зустрічається в перекладі і «кодекс») про особистий статус, який надав жінкам рівне право на розлучення з чоловіками, встановив принцип добровільності шлюбу, скасував полігамію (стаття 18) і надав жінкам рівні з чоловіками права працювати, пересуватися, відкривати банківські рахунки. Правозахисні жіночі організації в ісламських державах і надалі підтримують реформу мусульманських сімейних законів на основі принципів рівності та справедливості. Проблема нерівності між чоловіком та жінкою в мусульманських державах зумовлена не тільки релігійними нормами, але й укоріненими традиціями організації побуту та розподілу ролей (чоловік працює і утримує сім'ю – дружина займається домашнім господарством та вихованням дітей), культурними та моральними цінностями (слухняність та покірність доньки, дружини вважається найбільшою чеснотою). Саме тому нормальним для мусульманської сім'ї вважається отримання дружиною згоди від чоловіка на здобуття професії, працю, зустрічі зі знайомими і навіть родичами.<sup>268</sup>

Водночас з аналізу СК можна вивести такі обмеження економічної свободи особи:

- 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);

<sup>267</sup> Samia El Nagar, Liv Tønnessen. Family law reform in Sudan: Competing claims for gender justice between sharia and women's human rights CMI report, number 5, December 2017 URL: <https://www.cmi.no/publications/file/6401-family-law-reform-in-15>

<sup>268</sup> Менджул М. В. Принцип рівності та сімейне право ісламських держав. (2019) 4(1) *Visegrad Journal on Human Rights* 73.

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 представників дитини, на ім'я якого виплачуються аліменти, розпоряджається аліментами виключно за цільовим призначенням в інтересах дитини (ст. 179) та інші.

Таким чином, економічна свобода особи може обмежуватися інтересами сім'ї, іншого з подружжя, дитини чи інших членів сім'ї.

Третє питання, яке виникає і потребує аналізу, – **чи може економічна свобода обмежувати сімейне життя?**

Вже є ряд досліджень, які обґрунтовують, що розвиток економіки та суспільні трансформації призвели до зміни моделі сім'ї, і наразі «великий розмір сім'ї вже не є запорукою її матеріального добробуту, а висока народжуваність – запорукою виживання людства».<sup>269</sup>

Звернемося до рішення Конституційного Суду України від 11 жовтня 2018 року № 7-р/2018, в якому в п. 2.2 КСУ зауважив, що з аналізу положень частин 1, 2 статті 32 Конституції України, юридичних позицій Конституційного Суду України є підстави зробити висновок, що «втручання у конституційне право особи на приватне і сімейне життя шляхом збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди допускається, якщо воно передбачене законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини».<sup>270</sup> Аналогічні висновки містяться у судовій практиці ЄСПЛ у аспекті ч. 2 статті 8 Конвенції про захист прав людини

<sup>269</sup> Слюсар Л. І. Батьківство у системі відносин інституту сім'ї: сучасні трансформації, їх причини та наслідки. (2016) 2 (27) *Демографія та соціальна економіка* 30.

<sup>270</sup> Рішення КСУ від 11.10.2018 № 7-р/2018.

та основоположних свобод.<sup>271</sup> Тобто втручання в сімейне життя буде допустимим, якщо цього потребує економічний добробут. Зрозуміло, таке втручання має бути дозволено законом та відповідати принципу верховенства права.

Таким чином, економічні свободи та права не тільки тісно переплітаються із сімейними відносинами, але і їх здійснення може обмежуватися сімейними інтересами, інтересами одного з подружжя та дитини, що дозволяє нам зробити висновок, що сімейне життя людини може мати безпосередній вплив на її економічну свободу. Водночас економічний добробут може обґрунтовувати допустимість втручання у сферу сімейного життя.

### **5.3. Торгівля людьми, вчинена з метою експлуатації у формі примусової праці: кримінологічна характеристика та основні напрями запобігання<sup>272</sup>**

Торгівля людьми, в тому числі з метою експлуатації у формі примусової праці, є одним з найгрубіших порушень прав і свобод людини.

Генеральна Асамблея ООН 10 грудня 1948 р. у ст. 23 Загальної декларації прав людини проголосила, що «кожна людина має право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі і сприятливі умови праці та на захист від безробіття» (ч. 1), «кожна людина, без будь-якої дискримінації, має право на рівну оплату за рівну працю» (ч. 2), «кожний працюючий має право на справедливу і задовільну винагороду, яка забезпечує гідне людини існування, її самої та її сім'ї, і яка в разі необхідності доповнюється іншими засобами соціального забезпечення» (ч. 3).<sup>273</sup>

<sup>271</sup> Посібник за статтею 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (пер. О. Дроздова, О. Дроздової) (Київ 2018) 17-19.

<sup>272</sup> Автор підрозділу – Андрушко Андрій Васильович, кандидат юридичних наук, доцент, Ужгородський національний університет.

<sup>273</sup> Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена Резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. *Законодавство України*. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/995\\_015?lang=uk](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/995_015?lang=uk)

За 2013 рік органами прокуратури обліковано 130 випадків торгівлі людьми, у 2014 зареєстровано 118, у 2015 – 110, у 2016 – 114, у 2017 – 340, у 2018 – 268, за 10 місяців 2019 року – 301 такий злочин.<sup>274</sup>

Статистичні дані Генеральної прокуратури України не містять інформації про кількісні показники торгівлі людьми залежно від форми експлуатації людини. Такі відомості можна отримати із статистики, що її веде представництво Міжнародної організації з міграції (МОМ) в Україні. Протягом останнього десятиліття МОМ фіксує зміну кількісних показників сексуальної і трудової експлуатації. Так, якщо у 2009 році кількість зареєстрованих МОМ випадків сексуальної експлуатації становила 51%, а трудової – 44%, то в 2018-му ситуація змінилася кардинально: 7% становила сексуальна експлуатація, 86% – трудова. При цьому частка інших форм експлуатації людини незмінно залишається незначною.<sup>275</sup>

Разом з тим здійснене нами дослідження не підтверджує вказаної тенденції. Аналіз доступної емпіричної бази (матеріалів 300 кримінальних справ (проваджень), розглянутих судами України за період з 2010 до 2019 року) засвідчує, що торгівля людьми, вчинювана з метою експлуатації у формі примусової праці, – друга за поширеністю (після сексуальної) форма експлуатації людини серед тих, на які законодавець вказує в ч. 1 примітки до ст. 149 Кримінального кодексу (далі – КК) України. Підтверджує даний факт також аналіз 390 вироків, розміщених в Єдиному державному реєстрі судових рішень. Варто при цьому наголосити на двох моментах. По-перше, вказаний факт залишався незмінним упродовж всього зазначеного вище періоду. По-друге, звертає на себе увагу різниця між цими формами експлуатації (чисельність випадків сексуальної експлуатації перевищує 80%, тоді як кількість фактів експлуатації у формі примусової праці не сягає й 10%).

<sup>274</sup> Статистична інформація про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування за 2013–2019 рр. *Офіційний сайт Генеральної прокуратури України*. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/statinfo.html>

<sup>275</sup> Протидія торгівлі людьми в Україні. Статистика МОМ станом на 31 грудня 2018 р. *Програма протидії торгівлі людьми. Представництво Міжнародної організації з міграції (МОМ) в Україні*. URL: <http://stoptrafficking.org/sites/default/files/mom/IOM%20VoT%20Statistics%20UkDecember2018%20-%20fin.pdf>

Немає сумнівів в тому, що значна частина випадків торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці, залишається латентною. Аналіз матеріалів кримінальних проваджень засвідчує, що потерпілі іноді не заявляють у правоохоронні органи про те, що стали жертвою торгівлі людьми, оскільки не вірять, що правоохоронці зможуть їм допомогти (тим більше, якщо стали жертвою експлуатації за кордоном), іноді ж побоюються реалізації висловлених стосовно них погроз, якщо повідомлять комусь про те, що змушені були примусово працювати. Так, наприклад, Жашківський районний суд Черкаської області встановив, що неповнолітня, яку кілька місяців примушував працювати у своєму домогосподарстві чоловік ромської національності, протягом місяця не зверталася до міліції, оскільки боялась фізичної розправи з його боку. Врешті до правоохоронних органів з цього приводу звернувся батько потерпілої<sup>276</sup>.

На підставі вивчення матеріалів 20 кримінальних проваджень розглянемо особливості особи злочинця, що вчиняє торгівлю людьми з метою експлуатації у формі примусової праці. Всього автором узагальнено дані, що стосуються 36 засуджених за вказане посягання.

Зупинимося спершу на соціально-демографічних ознаках, що характеризують особу злочинця, до яких традиційно відносять стать, вік, освітній рівень, сімейний стан, зайнятість, національну приналежність тощо. Аналіз доступної емпіричної бази засвідчує, що абсолютну більшість засуджених за розглядуваний злочин складають чоловіки (80,6%); кількість засуджених жінок, таким чином, становить лише 19,4%. При цьому варто зазначити, що у всіх проаналізованих випадках вчинення даного злочину жінки діяли не самостійно, а в співучасті з чоловіками. Переважання кількості чоловіків серед засуджених за цей злочин певною мірою пов'язане з необхідністю контролю за діями експлуатованих, потребою застосування фізичного насильства у разі їх непослуху, відмови від подальшої праці, намагання втекти.

Вік засуджених за торгівлю людьми, вчинену з метою експлуатації у формі примусової праці, у процентному відношенні розподілився так:

<sup>276</sup> Архів Жашківського районного суду Черкаської обл. за 2014 рік. Справа № 2304/2043/12.

до 18 років – 0%, від 18 до 24 років – 13,9%, 25–29 років – 30,6%, 30–39 років – 33,3%, 40–49 років – 8,3%, 50–59 років – 5,6%, 60 років і старше – 8,3%. Таким чином, при вчиненні розглядуваного посягання найбільш кримінально активними є особи у віці від 25 до 39 років. Звертає на себе увагу те, що вчинення даного злочину не є характерним для неповнолітніх осіб. Що стосується осіб найстаршої вікової категорії, то усі вони діяли у співучасті з молодшими особами і, як правило, були менш активними при вчиненні розглядуваного посягання.

Інформація про освітній рівень засуджених за цей злочин, на жаль, не завжди наявна в матеріалах кримінальних проваджень. Відповідні дані вдалося отримати лише стосовно 80,6% засуджених. Серед цих осіб найбільше тих, хто мав повну загальну середню освіту, – 51,7%. Найменше тих, хто не мав жодної освіти, – 3,4%. Неповну середню освіту мали 10,3%, середню спеціальну – 10,3%, вищу – 17,2%, незакінчену вищу – 6,9% осіб. Звертає на себе увагу доволі велика кількість осіб з вищою освітою, що, на наш погляд, певною мірою пов'язано зі специфікою аналізованого посягання, зокрема необхідністю детального прорахунку всіх етапів злочинної поведінки. Доводиться також констатувати, що в сучасних складних економічних умовах чимало осіб з вищою освітою не можуть себе реалізувати в законних сферах діяльності, у зв'язку з чим шукають альтернативних шляхів швидкого збагачення. Крім цього, є підстави для висновку, що наявність вищої освіти у деяких засуджених за торгівлю людьми, вчинену з метою експлуатації у формі примусової праці (утім, не лише за цей злочин), є формальністю, тобто свідчить тільки про наявність у них відповідного диплома, а не підтверджує фактичний високий рівень у них культури, світогляду, моральних принципів та ціннісних орієнтацій. Окреслений стан речей, вочевидь, можна пояснити зниженням якості освіти, що відбувається в Україні протягом останніх десятиліть.

Аналіз емпіричної бази засвідчує, що половина (50%) засуджених за розглядуваний злочин ніде не працювали, 30,6% на момент його вчинення займалися підприємницькою діяльністю (з них 13,9% займалися фермерським господарством), 13,9% були найманими працівниками, 2,8% – пенсіонерами, 2,8% – студентами вищих навчальних за-



кладів. Зауважимо, що свою професійну діяльність особи, засуджені за розглядуваний злочин, іноді використовували для вчинення торгівлі людьми з метою експлуатації у формі примусової праці. Так, наприклад, Попаснянський районний суд Луганської області засудив заступника директора будинку-інтернату для громадян похилого віку та інвалідів, котрий, використовуючи своє службове становище та діючи всупереч інтересам служби, усвідомлюючи, що не має права виділяти підопічних для виконання будь-яких робіт і взагалі виводити їх за межі інтернату, за неправомірну вигоду двічі передав раніше незнайомому чоловіку чотирьох інвалідів II групи для виконання ними підсобних робіт за межами інтернату<sup>277</sup>.

Серед засуджених за торгівлю людьми, вчинену з метою експлуатації у формі примусової праці, 66,7% перебували в офіційних чи фактичних шлюбних відносинах, 33,3% не перебували у шлюбі. 38,9% осіб, які вчинили даний злочин, мали на утриманні неповнолітніх дітей. Зазначимо, що співучасниками аналізованого посягання іноді стають особи, що перебувають у родинних відносинах. Наприклад, Мелітопольський міськрайонний суд Запорізької області встановив, що до складу організованої групи, учасники якої вербували, переміщали, переховували, утримували десятьох людей з метою трудової експлуатації на сільськогосподарських роботах, входили батько з матір'ю та двоє їхніх повнолітніх синів<sup>278</sup>.

Певний інтерес становлять дані, які стосуються громадянства засуджених за торгівлю людьми, вчинену з метою експлуатації у формі примусової праці. Аналіз емпіричної бази засвідчив, що 94,4% осіб, які вчинили вказаний злочин, були громадянами України. Громадянами інших держав (Республіки Молдова) були лише 2,8% засуджених за розглядуване посягання. Ще 2,8% засуджених були особами без громадянства. Наведені дані, серед іншого, засвідчують той факт, що до відповідальності за цей злочин, як правило, притягаються лише громадяни України, котрі діяли на території України, тоді як іноземні учасники злочинних об'єднань

<sup>277</sup> Архів Попаснянського районного суду Луганської обл. за 2011 рік. Справа № 1-253/11/1222.

<sup>278</sup> Архів Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької обл. за 2012 рік. Справа № 1-31/2012.

зазвичай залишаються безкарними. Серед засуджених за розглядуване посягання 77,7% були українцями, 8,3% – циганами, 5,6% – росіянами, 2,8% – молдованами, 2,8% – вірменами, 2,8% – пакистанцями.

Як відомо, для розуміння специфіки особи злочинця однією з найважливіших є його кримінально-правова характеристика.

Торгівля людьми з метою експлуатації у формі примусової праці вчиняється з корисливих мотивів. Разом з тим це не означає, що винна у вчиненні даного злочину особа не може керуватись й іншими спонуканнями. Приміром, аналіз матеріалів кримінальних проваджень дозволяє стверджувати, що в ряді випадків злочинці керувались також мотивом самоствердження, на що, зокрема, вказує їхнє намагання вищитись перед іншими особами, котрі не можуть себе захистити, перебувають у уразливому стані, підпорядкувати їх своїй волі.

Аналіз емпіричної бази засвідчує, що торгівля людьми з метою експлуатації у формі примусової праці в переважній більшості випадків вчиняється у співучасті: групою осіб за попередньою змовою – 38,9%, організованою групою – 41,7%. Втім необхідно зазначити, що майже кожен п'ятий (19,4%) такий злочин вчиняється одноосібно. Наприклад, Звенигородський районний суд Черкаської області засудив чоловіка ромської національності, котрий шляхом обману та з використанням уразливого стану почергово завербував трьох осіб, які перебували у скрутному матеріальному становищі, а потім, перемістивши їх до свого домоволодіння, застосував до них фізичне та психічне насильство й примусив безоплатно виконувати сільськогосподарські роботи та роботи по господарству, при цьому здійснював систематичний нагляд за ними для запобігання можливій втечі<sup>279</sup>. Варто також зауважити, що в окремих випадках цей злочин вчиняється з використанням інших осіб, які не усвідомлюють протиправний характер дій злочинців. Приміром, учасники організованої групи, засуджені Мелітопольським міськрайонним судом Запорізької області за торгівлю людьми, вчинену з метою експлуатації на сільськогосподарських роботах, домовлялися з

<sup>279</sup> Архів Звенигородського районного суду Черкаської обл. за 2014 рік. Справа № 694/426/13-к.

таксистами, котрі не знали про їх злочинну діяльність, аби ті повідомляли їм про осіб без визначеного місця проживання, схильних до бродяжництва, які шукають низькооплачувану роботу<sup>280</sup>.

Аналіз емпіричної бази засвідчив, що до кримінальної відповідальності за розглядуване посягання найчастіше притягаються особи, що здійснювали вербування, переміщення та передачу людини з метою експлуатації (зазначимо, що нерідко це одна й та ж особа). У жодному випадку не було засуджено учасників злочинних об'єднань, котрі діяли на території інших держав.

Серед осіб, засуджених за торгівлю людьми, вчинену з метою експлуатації у формі примусової праці, непогашену або незняту судимість мали лише шестеро (19,4%). Таким чином, абсолютна більшість (80,6%) осіб на момент вчинення ними розглядуваного злочину судимості не мала. Серед раніше засуджених троє (50%) осіб мали одну судимість, одна особа (16,7%) – дві судимості, дві особи (33,3%) – три судимості. В більшості випадків попередні судимості отримані за корисливі злочини проти власності (зокрема, за крадіжки, грабежі, розбої, вимагання, шахрайства). Лише одна особа мала попередню судимість за торгівлю людьми.

Злочином, супутнім торгівлі людьми, вчиненій з метою експлуатації у формі примусової праці, є діяння, передбачене ст. 357 КК України. Пов'язано це з тим, що у потерпілих зазвичай забирають паспорти, чим обмежують можливість їхнього пересування.

Призначаючи покарання засудженим за торгівлю людьми, вчинену з метою експлуатації у формі примусової праці, суди нерідко враховують наявність характеристики про особу винного, видану за місцем проживання, роботи чи за місцем попереднього відбування покарання. Наявність позитивної характеристики суд врахував щодо 63,9% засуджених, посередньої – щодо 2,8%, негативної – також щодо 2,8% осіб. Таким чином, переважна більшість засуджених за цей злочин характеризується позитивно. У зв'язку з цим можна констатувати, що частина

<sup>280</sup> Архів Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької обл. за 2012 рік. Справа № 1-31/2012.

осіб, які вчиняють розглядуваний злочин, в кримінологічному сенсі є людьми добропорядними, на що вказує також незначна кількість серед них осіб з непогашеною або незнятою судимістю. З іншого ж боку, є підстави вважати, що частина цих характеристик містила недостатньо об'єктивні дані, пов'язані з формальним виконанням обов'язку особами, які видали ці характеристики. Так, наприклад, за місцем проживання позитивно характеризувався О., який згідно з показами десяти потерпілих від розглядуваного злочину вирізнявся садистськими нахилами, жорстоко бив працівників за будь-який непослух, катував їх та систематично принижував<sup>281</sup>.

Показово, що переважна більшість (77,8%) засуджених за цей злочин свою вину у вчиненому не визнали і не розкаялися. Більше того, немало засуджених, попри наявні докази, стверджували, що їх дії не виходили за рамки звичайних трудових відносин, що до праці вони нікого не примушували, свободи пересування не позбавляли, фізичного та психічного насильства не застосовували, заробітну плату виплачували тощо. Лише 22,2% засуджених щиро розкаялися в інкримінованому їм діянні. Зазначимо також, що тільки 19,4% засуджених за цей злочин добровільно відшкодували завдані ними збитки.

Призначаючи покарання, суди іноді формально ставляться до врахування особливостей особи винного, звертаючи увагу лише на наявність позитивної, посередньої чи негативної характеристики, а також на те, що особа не перебуває на обліку в наркологічному або психоневрологічному диспансерах. Поміж інших характеристик особи винного, що враховувались судами, – молодий або похилий вік засудженого, наявність чи відсутність судимості, особа не притягалася до адміністративної відповідальності, тяжких наслідків від вчиненого злочину не настало, наявність постійного місця проживання, наявність на утриманні неповнолітніх дітей та/чи батьків похилого віку, відсутність матеріальних та моральних претензій з боку потерпілих, наявність хронічних захворювань тощо.

<sup>281</sup> Архів Антрацитівського міськрайонного суду Луганської обл. за 2013 рік. Справа № 1202/3965/2012.

Серед обставин, які пом'якшують покарання, що найчастіше враховувались судами при призначенні покарання засудженим за торгівлю людьми, вчинену з метою експлуатації у формі примусової праці: наявність позитивної характеристики, щире каяття, наявність на утриманні неповнолітніх дітей, добровільне відшкодування завданих збитків, відсутність тяжких наслідків, заподіяних злочином. Крім цього, в окремих випадках суди враховували як пом'якшуючі покарання обставини визнання своєї вини, активне сприяння розкриттю злочину, відсутність попередніх судимостей, вчинення злочину особою молодого віку, вчинення злочину особою похилого віку, незадовільний стан здоров'я, вчинення злочину вперше, наявність на утриманні непрацездатної матері, те, що особа є потерпілою від аварії на ЧАЕС. Щодо 13 осіб (36,1%) суди констатували відсутність обставин, які пом'якшують покарання. Варто також зазначити, що нерідко суди враховують одну й ту обставину і як характеристику особи винного, і як обставину, що пом'якшує покарання. Так, приміром, Соснівський районний суд м. Черкаси, призначаючи покарання В., двічі (як характеристику особи винного і як пом'якшуючу покарання обставину) врахував те, що він позитивно характеризується за місцем проживання та місцем відбування попереднього покарання, а також те, що на утриманні в нього знаходиться неповнолітня дитина, що у підсумку дозволило суду дійти висновку про доцільність призначення В. більш м'якого покарання, ніж передбачено законом<sup>282</sup>.

Зазначимо, що суди в жодному випадку не встановили обставин, які обтяжують покарання. В одному випадку суд слушно підкреслив, що не враховує як обтяжуючу покарання обставину повторність, на яку вказав орган досудового розслідування, оскільки повторність є кваліфікуючою ознакою даного злочину<sup>283</sup>.

Усім 36 засудженим за торгівлю людьми, вчинену з метою експлуатації у формі примусової праці, суд призначив покарання у виді позбавлення волі на певний строк. Суди призначали вказаний вид покарання на такі строки: 5 років – 32 особам (88,9%), 3 роки 6 місяців – 2 особам

<sup>282</sup> Архів Соснівського районного суду Черкаської обл. за 2012 рік. Справа № 1-112/12.

<sup>283</sup> Архів Чутівського районного суду Полтавської обл. за 2012 рік. Справа № 1630/690/2012.

(5,6%), 3 роки – 1 особі (2,8%), 1 рік 6 місяців – 1 особі (2,8%). Лише двом особам суд призначив додаткове покарання у виді конфіскації частини майна. Більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, суди призначили 9 особам (25%). До реального відбування покарання засуджені 11 осіб (30,6%), звільнені від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК України) 24 особи (66,7%). Ще одна особа звільнена від відбування покарання на підставі ст. 79 КК України. Таким чином, до реального відбування покарання за розглядуваний злочин суди засуджують лише кожного третього винного. Видається, що відповідну практику навряд чи можна виправдати. Зазначимо також, що в окремих випадках на надмірну м'якість призначеного покарання звертають увагу апеляційні суди. Так, наприклад, Апеляційний суд Житомирської області скасував вирок Малинського районного суду Житомирської області в частині призначення покарання та ухвалив у цій частині новий вирок. Апеляційний суд підкреслив, що суд першої інстанції, який із застосуванням ст. 69 КК України призначив учасникам організованої групи, котрі вчинили торгівлю людьми з метою їх експлуатації у формі примусової праці, покарання у виді позбавлення волі строком на 5 років кожному та на підставі ст. 75 КК звільнив їх від відбування покарання з випробуванням, не повною мірою врахував тяжкість вчиненого злочину, особу винних та інші обставини справи. У зв'язку з цим апеляційний суд зробив обґрунтований висновок про те, що призначене судом першої інстанції покарання є явно несправедливим через надмірну м'якість та не відповідає ступеню тяжкості вчиненого злочину та особам засуджених<sup>284</sup>.

Аналіз емпіричної бази дає підстави для висновку, що особам, які вчиняють розглядуване посягання, притаманні такі морально-психологічні риси як прагнення до наживи й забезпечення власного благополуччя будь-якою ціною, в тому числі шляхом експлуатації інших людей, неадекватна (завищена або занижена) самооцінка, егоцентризм, цинізм, емоційна холодність, нездатність співпереживати, а подеколи й жорстокість. У спеціальній літературі справедливо зазначається, що

<sup>284</sup> Вирок Апеляційного суду Житомирської обл. від 4 вересня 2014 р. (справа № 0614/3005/2012). *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58467486>

«торговці людьми розглядають своїх жертв як товар, який підлягає вербуванню, перевезенню й наступній експлуатації, а свою діяльність – як бізнес».<sup>285</sup>

Таким особам притаманні також підприємливість, енергійність, цілеспрямованість, організаторські здібності, вміння переконувати інших, в тому числі шляхом обману. Зазначимо, що, переломлюючись через призму потреб та інтересів особистості, за певних умов зазначені морально-психологічні риси стають підґрунтям для формування мотиву злочинної поведінки.

На підставі викладеного можемо розробити **кримінологічний портрет особи злочинця, який вчиняє торгівлю людьми з метою експлуатації у формі примусової праці**: це раніше не судимий (80,6%) чоловік (80,6%), громадянин України (94,4%) у віці 25–39 років (63,9%), з повною загальною середньою освітою (51,7%), що ніде не працює (50%) або ж займається підприємницькою діяльністю (30,6%), перебуває в офіційних чи фактичних шлюбних відносинах (66,7%), якому притаманні такі негативні риси як прагнення до наживи й забезпечення власного благополуччя будь-якою ціною, егоцентризм, цинізм, емоційна холодність, нездатність співпереживати, а також підприємливість, енергійність, цілеспрямованість, організаторські здібності, вміння переконувати інших.

На підставі матеріалів 20 кримінальних проваджень розглянемо також особливості характеристики жертв торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці. Автором узагальнено дані, що стосуються 124 потерпілих від вказаного посягання.

За нашими даними, серед жертв торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці, 81,5% – особи чоловічої статі, 18,5% – жіночої. Натомість за даними МОМ, кількість осіб чоловічої статі поміж жертв несексуальної експлуатації за 2018 рік становила 66%, жіночої – 34%<sup>286</sup>. Переважання осіб чоловічої статі серед жертв торгівлі

<sup>285</sup> Левченко, О.П. (Ред.). (2009). Торговля людьми и легализация преступных доходов. Вопросы противодействия : научно-практич. пособие. Москва : ЮНИТИ-ДАНА, 271 с. С. 47.

<sup>286</sup> Протидія торгівлі людьми в Україні. Статистика МОМ станом на 31 грудня 2018 р. Програма протидії торгівлі людьми. Представництво Міжнародної організації з міграції (МОМ) в Україні. URL: <http://stoptrafficking.org/sites/default/files/mom/IOM%20VoT%20Statistics%20UkDecember2018%20-%20fin.pdf>

людьми, вчиненої з розглядуваною метою, пояснюється, зокрема, видами робіт, на яких здебільшого доводиться працювати таким особам (будівельні, важкі сільськогосподарські роботи).

Розподіл потерпілих від аналізованого злочину залежно від їхнього віку, за нашими даними, виглядає таким чином: до 18 років – 7,3%, від 18 до 30 років – 54,8%, від 30 до 40 років – 24,2%, від 40 до 50 років – 9,7%, понад 50 років – 4%. Отже, абсолютну більшість жертв торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці, становлять особи найбільш активного працездатного віку.

Громадянство України мали 85,5% жертв розглядуваного злочину, громадянство інших держав – 15,5%. Серед останніх – громадяни Китаю (11,3%) і Пакистану (3,2%). У зв'язку з цим необхідно зазначити, що Україна – не лише країна походження, а й країна призначення жертв торгівлі людьми. Так, наприклад, Малинський районний суд Житомирської області засудив двох учасників організованої групи, які вчинили розглядуване діяння щодо чотирьох громадян Ісламської Республіки Пакистан. Суд встановив, що один із співучасників, будучи громадянином Пакистану, підшукував на території цієї держави людей, які шукали роботу, пропонував їм допомогу у працевлаштуванні в Україні, повідомляючи при цьому неправдиві відомості про сприятливу економічну ситуацію в Україні, обіцяючи у зв'язку з цим швидкий та достатньо великий заробіток. Після оформлення відповідних документів та прибуття громадян Пакистану до України, користуючись тим, що потерпілі не орієнтувались в чужій країні, не знали мови, а також перебували у скрутному матеріальному становищі, учасники організованої групи примушували їх до роботи на підприємстві з переробки каменю, а гроші, отримані в результаті експлуатації їх праці, привласнювали собі<sup>287</sup>.

Певний інтерес становлять дані про сімейний стан жертв торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці. Відповідну інформацію вдалося отримати лише стосовно 82 потерпілих.

<sup>287</sup> Архів Малинського районного суду Житомирської обл. за 2014 рік. Справа № 0614/3005/2012.

Лише 35,4% жертв вказаного посягання перебували у шлюбі (офіційно зареєстрованому або фактичному).

Інформацію про освітній рівень потерпілих вдалося отримати лише стосовно 77 осіб. Серед жертв торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці, 9,1% осіб мали неповну середню освіту, 53,2% – повну загальну середню, 35,1% – середню спеціальну, 2,6% – вищу і незакінчену вищу. Наявна статистика МОМ не диференціює освітній рівень постраждалих від торгівлі людьми залежно від форми експлуатації. За даними МОМ, розподіл постраждалих від торгівлі людьми за рівнем освіти за період з 2007 до грудня 2018 року виглядає таким чином: неповну середню освіту мали 16%, повну середню – 13%, технічну – 51%, вищу – 18%, інше – 2%.<sup>288</sup>

Усі 100% жертв торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці, до моменту скоєння стосовно них цього злочину ніде не працювали і мали складне матеріальне становище. Окремі з вказаних осіб не мали постійного місця проживання, займалися жебрацтвом, систематично зловживали спиртними напоями. Саме цими факторами був обумовлений уразливий стан більшості потерпілих від розглядуваного посягання.

Таким чином, попри проаналізовані вище відмінності в соціально-демографічних ознаках, що характеризують жертв розглядуваного злочину як конкретну особистість, можна виокремити рису, іманентно притаманну усім без винятку потерпілим від торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці, – уразливий стан, в якому перебувають ці особи. Вказаний стан зумовлений передовсім відсутністю у них роботи, перебуванням їх у скрутному матеріальному становищі. Підкреслимо, що уразливий стан, в якому перебуває особа, свідчить про її підвищену віктимність – високу ймовірність стати жертвою торгівлі людьми. У цьому зв'язку Кременецький районний суд Тернопільської області підкреслив, що «згода потерпілих на роботу в парниках була не добровільною, а вимушеною, зумовленою уразливим становищем внаслідок збігу об'єктивних тяжких особистих та сімейних

<sup>288</sup> Протидія торгівлі людьми в Україні...

обставин, що істотно обмежувало їх у можливості вільного вибору та не відповідало їхнім справжнім інтересам».<sup>289</sup>

Торгівля людьми, в тому числі з метою експлуатації у формі примусової праці, не є одномоментною дією, вона становить собою доволі складний і багатоетапний процес, метою якого є експлуатація жертви. Стаття 149 КК України передбачає відповідальність за саму по собі торгівлю людьми, а так само за вербування, переміщення, переховування, передачу або одержання людини, вчинені з метою експлуатації, з використанням примусу, викрадення, обману, шантажу, матеріальної чи іншої залежності потерпілого, його уразливого стану або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання згоди на його експлуатацію. У цьому зв'язку Н.В. Сметаніна слушно підкреслює, що особливості віктимної поведінки жертви існують на кожному із зазначених етапів<sup>290</sup>. Утім найбільшою мірою вказане стосується вербування людини, а також її експлуатації.

Вивчення доступної емпіричної бази засвідчило, що вербування жертв торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці, найчастіше здійснюється на вулицях населених пунктів в ході безпосереднього спілкування між вербувальником та жертвою. Лише в окремих випадках для вербування працівників використовувалися друковані оголошення про прийом на роботу з номером телефону контактної особи. Виявивши осіб, які перебувають в уразливому стані, зумовленому скрутним матеріальним становищем, збігом тяжких особистих, сімейних або інших обставин, вербувальники повідомляють їм неправдиві відомості про вигідні умови праці. Таким чином, невід'ємним атрибутом вербування є обман потерпілої особи. Вербувальники обіцяють жертвам неважкі умови праці, належні умови проживання, повноцінне харчування, нормований робочий день, вихідні дні, високооплачувану роботу, можливість у будь-який час безперешкодно повернутися додому. Найчастіше жертв, котрі перебувають у скрутному матеріальному

<sup>289</sup> Архів Кременецького районного суду Тернопільської обл. за 2016 рік. Справа № 601/693/15-к.

<sup>290</sup> Голіна, В. В., Головкін, Б. М. (Ред.). (2017). Віктимологія : навч. посіб. Харків: Право, 308 с. С. 240.

становищі, не доводиться довго вмовляти. Більше того, будучи перекоханими у вигідності пропозиції, останні нерідко пропонують приєднатися до них своїм знайомим, друзям та близьким родичам. Так, наприклад, завербована для роботи на теплицях в Росії жінка взяла із собою своїх дітей, в тому числі й неповнолітню дочку, перед тим запитавши вербувальницю, чи можна ї їм поїхати на роботу, на що та погодилась<sup>291</sup>.

Торгівля людьми, вчинена з метою експлуатації у формі примусової праці, зазвичай передбачає переміщення жертви. Найчастіше «перевізником» є вербувальник, який перевозить жертву прямо до місця експлуатації, або ж (як правило, у разі, коли експлуатація відбуватиметься за кордоном) передає її іншій особі після перетину державного кордону.

Кінцевим етапом торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації, у формі примусової праці, є трудова експлуатація. Цей етап характеризується найістотнішими особливостями (порівняно з іншими формами експлуатації).

Більшість (59,7%) жертв торгівлі людьми, вчиненої з розглядуваною метою, експлуатували в Україні, 40,3% – в інших країнах. При цьому це всього дві країни – Росія (31,4%) та Чехія (8,9%). У даному контексті зазначимо, що перелік країн призначення жертв торгівлі людьми, вчиненої з метою сексуальної експлуатації, набагато довший. Варто також зауважити, що в окремих випадках потерпілих обманули навіть про місце роботи. Так, Приморський районний суд м. Одеси встановив, що потерпілим обіцяли високооплачувану роботу зі збору яблук в одному з районів Одеської області, однак привезли до кордону з Росією, де заявили, що плани змінилися і працювати вони будуть на території Російської Федерації<sup>292</sup>.

Интерес становить також інформація про вид робіт, що їх примусово виконували жертви розглядуваного посягання. Сільськогосподарські роботи виконували 42% потерпілих, на будівництві були зайняті 24,2%, в садовому господарстві – 9,7%, на підприємстві з виготовлення меблів – 8,9%, на підприємстві з переробки каменю – 3,2%, на сміттє-

<sup>291</sup> Архів Кременецького районного суду Тернопільської обл. за 2016 рік. Справа № 601/693/15-к.

<sup>292</sup> Архів Місцевого Приморського районного суду м. Одеси за 2011 рік. Справа № 1-413/11.

звалищі змушені були працювати 6,5% осіб, прибирати територію довелося 3,2% потерпілих, працювати по домашньому господарству – 2,4%.

Жертвам торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці, доводиться важко працювати, нерідко у складних погодних умовах. Робочий день зазвичай триває 11–15 годин, іноді більше. Так, один із потерпілих від розглядуваного злочину стверджував, що «роботи було постійно багато і вдень, і вночі, відпочивати не можна було й хвилини, зробив одне, відразу потрібно братися за іншу роботу; на сон залишалося приблизно дві години».<sup>293</sup>

Потерпілих від розглядуваного посягання експлуататори нерідко карають за неякісно виконану роботу, за будь-який непослух. Майже у кожному проаналізованому випадку до жертв застосовувалась система санкцій за навіть найменші допущені ними порушення. Приміром, Коростенський міськрайонний суд Житомирської області встановив, що на чеському підприємстві, для роботи на якому обманним шляхом завербували одинадцять громадян України, була налагоджена система штрафів таким чином, щоб під будь-яким приводом не оплачувати виконану ними роботу; працівникам доводилось працювати лише за їжу та житло, деяка робота не оплачувалась взагалі<sup>294</sup>. В іншому випадку працівників, що якимось провинилися, позбавляли їжі та сигарет<sup>295</sup>.

Жертв торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці, експлуатували протягом різного часу: менше доби – 3,2%, від 3 до 7 діб – 2,4%, від 7 діб до 1 місяця – 9,7%, від 1 до 3 місяців – 38%, від 3 до 6 місяців – 38,7%, понад 6 місяців – 8%. Таким чином, переважну більшість жертв даного злочину експлуатували більше одного місяця. Цього часу було достатньо, аби частина потерпілих, не отримавши заробітну плату за свою роботу, усвідомила, що їх обманули. Ще частина потерпілих продовжувала сподіватися, що зароблене їм сплатять, до останнього.

<sup>293</sup> Архів Антрацитівського міськрайонного суду Луганської обл. за 2013 рік. Справа № 1202/3965/2012.

<sup>294</sup> Архів Коростенського міськрайонного суду Житомирської обл. за 2012 рік. Справа № 1-54/11.

<sup>295</sup> Архів Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької обл. за 2012 рік. Справа № 1-31/2012.

Аналіз емпіричної бази засвідчує, що жертви торгівлі людьми, вчиненої з розглядуваною метою, змушені були проживати у непристосованих приміщеннях (підвалах, сараях, вагончиках, корівниках тощо), їх погано годували (зокрема, зіпсованими продуктами), в багатьох випадках їм доводилось недоїдати. Так, наприклад, Кременецький районний суд Тернопільської області підкреслив, що «про умови трудової експлуатації потерпілих свідчить понадурочний характер праці, небезпечні умови праці, відсутність спецодягу та засобів охорони праці, надзвичайна задуха у теплу пору року, антисанітарія як на місці роботи, так і у місці проживання, відсутність можливості помитися чи скористатися туалетом, відсутність ліжок для відпочинку, розміщення чоловіків та жінок разом у нежитловому приміщенні»<sup>296</sup>. Один із потерпілих від досліджуваного посягання розповідав:

*«Спали ми без постелі, в бруді, в постійних протягах, позбавлені хоча б елементарних людських умов, постійно боялись підхопити інфекційні чи інші хронічні захворювання. Ми усвідомлювали, що годують нас лише для того, аби ми змогли працювати і не більше, нерідко нас годували зіпсованим м'ясом загиблих тварин»*<sup>297</sup>.

У багатьох випадках винні залучали потерпілих у боргову кабалу: особи умисно ставились у становище, коли вони, ставши боржниками, змушені були працювати безкоштовно задля повернення боргу. Найчастіше такий борг був пов'язаний з коштами, що були витрачені на перевезення потерпілих до місця роботи. Приміром, Кременецький районний суд Тернопільської області встановив, що під час вербування потенційних працівників їм обіцяли, що проїзд буде безкоштовним і грошей із собою брати не потрібно, однак коли потерпілі прибули до Російської Федерації і, побачивши умови, в яких їм доведеться проживати та працювати, забажали повернутись додому, їм повідомили, що працювати доведеться доти, доки не відпрацюють вартість проїзду<sup>298</sup>.

<sup>296</sup> Архів Кременецького районного суду Тернопільської обл. за 2016 рік. Справа № 601/693/15-к.

<sup>297</sup> Архів Антрацитівського міськрайонного суду Луганської обл. за 2013 рік. Справа № 1202/3965/2012.

<sup>298</sup> Архів Кременецького районного суду Тернопільської обл. за 2016 рік. Справа № 601/693/15-к.

Аналіз емпіричної бази засвідчує, що до жертв розглядуваного злочину нерідко застосовується фізичне та психічне насильство. Винні застосовують його як покарання за будь-який проступок, а також з метою примушування потерпілих до роботи. Звичайним явищем є також моральні знущання над потерпілими, їх приниження та образи. Так, наприклад, Антрацитівський міськрайонний суд Луганської області, дослідивши обставини справи, змушений був констатувати, що «через систематичне приниження честі та гідності потерпілих, вони перестали відчувати себе людьми, а лише рабами, машиною без потреб і свободи. Їх позбавили будь-якої можливості боротися за свої права, знищили віру в себе, в справедливість і правопорядок у цьому світі. Через те, що тривалий час до них ставились як до тварин, на даний момент вони бояться проявити себе як люди, в них досі живе страх, побоювання просити, заперечувати чи відстоювати свою точку зору, їх перетворили на безвольних, жалюгідних істот»<sup>299</sup>.

В окремих випадках до жертв застосовують й інші засоби впливу, аби зламати їх волю та примусити до важкої праці. Так, наприклад, Луцький міськрайонний суд Волинської області встановив, що потерпілих, яких обманним шляхом вербували серед алкозалежних непрацюючих осіб без постійного місця проживання і змушували безоплатно сортувати сміття на полігоні твердих побутових відходів (сміттєзвалищі), співучасники систематично спювали неякісними алкогольними напоями, чим призводили до психологічного зламу особистості та пригнічення волі до будь-якого опору<sup>300</sup>.

Аналіз емпіричної бази засвідчує, що чимало жертв трудової експлуатації протягом якогось часу продовжують сподіватися, що невдовзі все зміниться і заробітну плату їм нарешті виплатять, а тому й далі важко працюють. Лише втративши останню надію, вони намагаються втекти від своїх експлуататорів. Разом з тим втікачів нерідко повертають назад, при цьому жорстоко карають за таку зухвалість. Приміром, Мелітопольський міськрайонний суд Запорізької області встановив,

<sup>299</sup> Архів Антрацитівського міськрайонного суду Луганської обл. за 2013 рік. Справа № 1202/3965/2012.

<sup>300</sup> Архів Луцького міськрайонного суду Волинської обл. за 2013 рік. Справа № 161/5292/13-к.

що після повернення потерпілих, які зуміли втекти, винні жорстоко били їх перед іншими експлуатованими особами, котрі сприймали такі дії як загрозу застосування до них аналогічного насильства у разі невдалої втечі<sup>301</sup>.

Можливості покинути експлуататорів у потерпілих немає не тільки через постійний контроль за ними та загрозу фізичної розправи. Майже у всіх проаналізованих випадках у жертв забирали паспорти, що пояснювалося, як правило, необхідністю оформлення трудового договору з роботодавцем або ж для придбання сім-карти місцевого оператора мобільного зв'язку. В багатьох випадках жертви, навіть зрозумівши, що їх обманули і обіцяних за роботу грошей не заплатять, продовжували працювати, оскільки не мали грошей на дорогу, працювали в чужій країні, в якій погано орієнтувалися, або ж боялися звертатися до правоохоронних органів через порушення міграційного законодавства.

50% жертв торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці, були звільнені працівниками правоохоронних органів, 21,8%, не витримавши умов проживання та роботи, втекли від своїх експлуататорів, ще 28,2% осіб відпустили злочинці, усвідомивши, прирізом, загрозу викриття їх злочинної діяльності.

Більшості (59,7%) потерпілих за виконану ними роботу взагалі не було виплачено зароблених грошей; вони працювали лише за їжу та дах над головою. Заробітна плата, однак не в повному обсязі, була виплачена 40,3% осіб. Наприклад, працівники, які кілька місяців працювали на будівництві в Російській Федерації, отримали за свою роботу по 3–7 тисяч рублів кожен, хоча вербувальники обіцяли їм щомісячний заробіток у 1000 доларів США<sup>302</sup>.

Аналіз емпіричної бази засвідчив, що в більшості випадків на момент судового розгляду потерпілі не мали жодних претензій до підсудних, оскільки ті розраховувалися з ними, відшкодували завдані їм збитки. Зауважимо також, що потерпілі переймаються передусім тим, як отримати зароблене, а не покарати своїх кривдників, а тому нерідко про-

<sup>301</sup> Архів Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької обл. за 2012 рік. Справа № 1-31/2012.

<sup>302</sup> Архів Щорського районного суду Чернігівської області за 2014 рік. Справа № 732/281/14.

сять суд суворо не карати останніх. Майже в половині випадків в рамках кримінального провадження потерпілі заявляли цивільний позов про відшкодування завданої їм матеріальної та моральної шкоди. Суди переважно повністю або частково задовольняли такі позови.

Серед детермінант торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці, визначальне значення мають детермінанти соціально-економічного характеру. Як відомо, головною причиною, яка штовхає людей на пошук роботи за кордоном, де зрештою вони стають жертвами експлуатації, є безробіття на батьківщині, низький рівень оплати праці та пов'язана з ними бідність. За даними Державної служби статистики, у 2018 році кількість безробітних в Україні становила 1578,6 тис. осіб з числа працездатного населення країни (рівень безробіття – 8,8%)<sup>303</sup>. Таким чином, майже кожен десятий працездатний мешканець України – безробітний. При цьому варто мати на увазі, що відповідні дані не враховують тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим, м. Севастополя та частини тимчасово окупованих територій у Донецькій та Луганській областях.

Необхідно підкреслити, що наявність роботи в Україні не є запорукою безбідного існування. З огляду на це бідність в Україні має кардинальні відмінності від бідності, притаманної високорозвинутим країнам та країнам, що розвиваються. Експерти зазначають, що бідність працюючих, у тому числі висококваліфікованих, є унікальним явищем серед країн із середнім рівнем доходу, до яких Україну відносять міжнародні інституції<sup>304</sup>. Як відомо, заробітна плата в Україні – найнижча у Європі. Станом на сьогодні в країні існує глибока диспропорція між високою вартістю життя і низькою ціною праці<sup>305</sup>. У зв'язку з цим найнижчою у Європі є й середня купівельна спроможність українців, про що свідчать дані аналітичної компанії GfK, яка щорічно проводить дослідження ку-

<sup>303</sup> Безробіття населення (за методологією МОП) за статтю, типом місцевості та віковими групами. Офіційний сайт Державної служби статистики України. URL: [http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2017/rp/eans/eans\\_u/arch\\_bnsmv\\_u.htm](http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2017/rp/eans/eans_u/arch_bnsmv_u.htm)

<sup>304</sup> Коваль, Н.В. Соціально-економічна нерівність в Україні та світі: проблеми оцінювання та шляхи їх вирішення. (2016) 2 *Економіка та держава* 48.

<sup>305</sup> В Україні найнижчі зарплати в Європі. *Корреспондент.net*. 11 квітня 2019 р. URL: <https://ua.korrespondent.net/ukraine/4085455-v-ukraini-nainyzhchi-zarplaty-v-yevropi-rada>



півельної спроможності серед 42 країн. Згідно з останнім її дослідженням, після сплати обов'язкових платежів європейці в середньому витрачають 14 739 євро (408,4 тис. грн), тоді як українці – лише 1830 євро (близько 50,7 тис. грн). Лідером рейтингу є Ліхтенштейн з середньою купівельною спроможністю 67 550 євро (1,87 млн грн.), що у 37 (!) разів більше, ніж в Україні<sup>306</sup>.

Однією з категорій населення, стосовно якої можна стверджувати про існування підвищених ризиків стати жертвою торгівлі людьми, є внутрішньо переміщені особи<sup>307</sup>, адже частина таких осіб перебуває у скрутному матеріальному становищі і їм доводиться погоджуватись на сумнівні пропозиції щодо працевлаштування, аби вижити в чужих для них містах. Стикнувшись з матеріальними труднощами, окремі із внутрішньо переміщених осіб зважуються їхати на заробітки до Росії. Однак саме ця країна для громадян України є країною особливого ризику. За даними українського представництва МОМ, МВС України та правозахисної організації «Ла Страда-Україна», абсолютна більшість громадян України стали жертвами трудової експлуатації саме в Росії<sup>308</sup>.

Одним із важливих чинників, що сприяє потраплянню людей у ситуацію торгівлі людьми з метою експлуатації у формі примусової праці, є їх недостатня поінформованість про цю проблему, а також легковажне ставлення до можливих наслідків сумнівного працевлаштування. Так, згідно із соціологічним дослідженням, що його провела громадська організація «Ла Страда-Україна» спільно з українськими та німецькими партнерами, 8% переселенців погодилися б на будь-яку роботу за кор-

<sup>306</sup> Найгірша в Європі купівельна спроможність: українці витрачають у 37 разів менше, ніж лідери рейтингу. УНІАН. 22 жовтня 2019 р. URL: <https://www.unian.ua/economics/finance/10728036-naygirsha-v-yevropi-kupivelnna-spromozhnist-ukrajinci-vitrachayut-u-37-raziv-menshe-nizh-lideri-reytingu.html>

<sup>307</sup> Андрушко, А.В. Внутрішньо переміщені особи як потенційні жертви торгівлі людьми. В: (О.Я. Рогача, Я.В. Лазура, М.В. Менджул, ред.) *Здійснення та захист прав внутрішньо переміщених осіб*: матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції (20 квітня 2018 р., м. Ужгород) (РІК-У 2018) 138–141.

<sup>308</sup> Стадник, Г. Переселенці – серед потенційних жертв торговців людьми. *Deutsche Welle*. 10 квітня 2015 р. URL: <http://www.dw.com/uk>; Переселенці і торгівля людьми. *Galinfo*. 13 липня 2015 р. URL: [https://galinfo.com.ua/articles/chy\\_ryzykuyut\\_pereselentsi\\_z\\_donbasu\\_staty\\_zhertvamy\\_torgivli\\_lyudmy\\_199363.html](https://galinfo.com.ua/articles/chy_ryzykuyut_pereselentsi_z_donbasu_staty_zhertvamy_torgivli_lyudmy_199363.html)

доном – незалежно від умов; майже 30% абсолютно нічого не знають про проблему торгівлі людьми; стільки ж не знають, куди звертатися, якщо вони потраплять у ситуацію трудової чи сексуальної експлуатації<sup>309</sup>.

Серед інших чинників торгівлі людьми, вчиненої з метою експлуатації у формі примусової праці, варто назвати: відмінності в економічному розвитку різних держав; активізацію внутрішньої та зовнішньої міграції населення, що викликана передусім факторами соціально-економічного характеру; низьку ефективність існуючих програм соціальної допомоги та підтримки найбільш уразливих груп населення; моральну деградацію значної частини суспільства, руйнацію позитивних ціннісних орієнтацій, відсутність поваги до прав та свобод інших людей (серед яких право на свободу та особисту недоторканність і право на повагу до людської гідності); численні проблеми розслідування таких злочинів, внаслідок чого винні у їх вчиненні особи нерідко залишаються безкарними, тощо.

На наше переконання, визначальне і стратегічне значення для успішного запобігання торгівлі людьми мають заходи загальносоціального характеру. На пріоритетності загальносоціального запобігання вказаному діянню наголошує також О.В. Лисодед, який обґрунтовано пояснює це тим, що торгівля людьми породжується передусім факторами економічного і соціального характеру, а тому спеціально-кримінологічні заходи спрацюють тут лише частково<sup>310</sup>.

Найважливіші заходи загальносоціального характеру, що їх необхідно реалізувати, можна класифікувати на: соціально-економічні (суттєве підвищення матеріального добробуту населення, зниження рівня безробіття, зростання рівня оплати праці, протидія бідності); культурно-виховні (підвищення культурного рівня, свідомості та відповідальності громадян, формування моральної позиції, орієнтованої

<sup>309</sup> Стадник, Г. Переселенці – серед потенційних жертв торговців людьми. *Deutsche Welle*. 10 квітня 2015 р. URL: <http://www.dw.com/uk>

<sup>310</sup> Лисодед, А.В. Общесоциальное предупреждение как перспективное направление в борьбе с торговлей людьми. В: В.В. Сташис (ред.) *Злочини проти особистої волі людини: збірник матеріалів науково-практичного семінару* (Харків, 19-20 вересня 2000 р.) (Вид-во «Лествиця Марії» 2002) 190.

на загальнолюдські цінності); організаційно-управлінські (проведення дієвої реформи судової влади та правоохоронних органів).

Зрозуміло, що без глибоких соціально-економічних перетворень, вливання значних бюджетних коштів, а також без залучення інвестицій в економіку створити достатню кількість нових робочих місць в Україні неможливо. Складність цієї проблеми полягає також в тому, що потрібно не просто істотно знизити рівень безробіття, а й суттєво підвищити винагороду за працю, оскільки, повторимось, наявність роботи в Україні зовсім не є запорукою безбідного існування. Необхідно також поступово вирішувати проблему гендерних диспропорцій в оплаті праці, оскільки сьогодні заробітна плата чоловіків перевищує заробітну плату жінок на 33,5%<sup>311</sup>.

Програмне значення має Стратегія подолання бідності, затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 16 березня 2016 р., у котрій визначені ключові завдання, що їх необхідно виконати задля подолання бідності та підвищення рівня життя в Україні. Аналіз основних напрямів, завдань і шляхів реалізації Стратегії дозволяє зробити висновок про декларативність її положень. Станом на сьогодні дохідна частина бюджету не дозволяє реалізувати наведені у Стратегії завдання, насамперед ті із них, які стосуються реального підвищення розміру заробітної плати та гідного прожиткового мінімуму. Досягнення вагомих результатів у подоланні бідності, ясна річ, можливе лише за умови проведення глибоких соціально-економічних перетворень.

Можливість забезпечити гідний життєвий рівень собі та своїй сім'ї на батьківщині виключить необхідність пошуку кращого життя за кордоном, завдяки чому мінімізуються й ризики потрапляння у ситуацію торгівлі людьми. Наразі ж серед населення необхідно проводити широку інформаційну кампанію, спрямовану на роз'яснення потенційних загроз, пов'язаних із сумнівним працевлаштуванням.

Ефективне запобігання торгівлі людьми передбачає не лише подолання соціально-економічних протиріч, а й вирішення суперечностей у

<sup>311</sup> Стратегія подолання бідності, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 16 березня 2016 р. № 161-р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/161-2016-%D1%80>

соціокультурній та морально-психологічній сферах суспільного життя. Доводиться констатувати, що значна частина населення України втратила суспільно корисні орієнтири та прагне насамперед матеріального збагачення.

Серед організаційно-управлінських заходів запобігання торгівлі людьми, в тому числі й вчинюваної з метою експлуатації у формі примусової праці, слід насамперед назвати проведення дієвої судової реформи та реформи правоохоронних органів. Про реальність та завершеність цих реформ свідчитиме підвищення рівня довіри населення до правоохоронної та судової системи, подолання корупції, забезпечення реалізації принципу невідворотності відповідальності.

Поміж спеціально-кримінологічних заходів запобігання торгівлі людьми варто назвати: розвиток співпраці правоохоронних органів з інститутами громадянського суспільства, посилення координації діяльності з протидії торгівлі людьми, забезпечення регулярного навчання фахівців у сфері протидії торгівлі людьми, підвищення рівня обізнаності населення про проблему торгівлі людьми, удосконалення методик розслідування даного злочину, вдосконалення Закону України «Про протидію торгівлі людьми» та ст. 149 КК України, яка передбачає відповідальність за торгівлю людьми, надання адекватної допомоги особам, які постраждали від торгівлі людьми, активізація діяльності, спрямованої на укладення міждержавних угод про співробітництво у сфері протидії торгівлі людьми, встановлення прямих зв'язків з відповідними органами іноземних держав тощо.

Необхідно визнати, що останніми роками для протидії торгівлі людьми та мінімізації негативних наслідків вказаного явища зроблено чимало. Серед найважливіших кроків – затвердження у лютому 2016 р. Державної соціальної програми протидії торгівлі людьми на період до 2020 року та передбачення орієнтовних обсягів її фінансування за рахунок коштів державного, місцевих бюджетів та інших джерел; підвищення з листопада 2016 р. одноразової фінансової допомоги постраждалим від торгівлі людьми з одного до трьох прожиткових мінімумів; збільшення вдвічі штату працівників департаменту Національної поліції, який займається боротьбою зі злочинами, пов'язаними з торгівлею

людьми. Разом з тим, на наш погляд, більшість цих заходів спрямовані на наслідки розглядуваного явища, а не на ліквідацію його глибинних причин. Не виникає сумнівів у тому, що мінімізувати проблему торгівлі людьми можна лише завдяки відчутному поліпшенню економічної ситуації в державі, створенню нових робочих місць, забезпеченню гідних умов для життя і праці. Все це, зрозуміло, можливе лише у разі здійснення в Україні глибоких соціально-економічних перетворень. Іншого шляху вирішення цієї проблеми, на наше переконання, не існує.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

### Законодавство

1. Конституція України у редакції від 02.02.2019 р.
2. Закон України про Конституційний Суд України від 13.07.2016 р. № 2136-VIII.
3. Кодекс адміністративного судочинства від 06.07.2005 р. № 2747-IV.
4. Доклад о верховенстве права, утвержденный на 86-й пленарной сессии Венецианской комиссии (Венеция, 25-26 марта 2011 г.) *Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия)*.
5. Рекомендації Комітету Міністрів державам-членам щодо прав людини і бізнесу від 2 березня 2016 р. URL: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4)
6. *Report of the Special Representative of the Secretary-General, Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, UN Doc A/HRC/8/5, 7 April 2008.*
7. OECD, Керівні принципи ОЕСР щодо корпоративного врядування на підприємствах державної форми власності, редакція 2015 року, (OECD Publishing 2019).
8. UN CESCR, Statement on the obligations of States parties regarding the corporate sector and economic, social and cultural rights, E/C.12/2011/1.

### Судові рішення

1. *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ 1, [1948] 1 K.B. 223.
2. *Baker v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* [1999] 2 SCR 817 (SCC).

3. *Big Brother Watch and Others v. UK*. Apps nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, Judgment 13 September, 2018.
4. *Boyd v. United States* 116 U.S. 616 (1886).
5. BVerfGE 1, 14 (1951) Southwest Case.
6. BVerfG 68, 1 (86).
7. BVerfGE, 71, 183 (191).
8. *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd* [1999] UKHL 42; [2001] 1 AC 27.
9. *Garnaga v. Ukraine*, App. № 20390/07, Judgment 18 August 2013.
10. *Ha'aretz, Ltd. v. Israel Electric Corporation*, 31 (2) P.D. 281, 295.
11. *Klass and Others v. Germany*. 5029/71, (1979) 2 EHRR 214, [1978] ECHR 4, 6 September, 1978.
12. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
13. *O'Brien v. O'Brien*. N.Y. (1985).
14. *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, ex parte Moore* [1985] 1 QB 456.
15. *R v. Secretary of State for Defence, ex parte Smith and Grady* [1996] QB 517, 547.
16. *R (Youssef) v. Foreign Secretary* [2016] UKSC 3, [2016] 2 WLR 509 [57].
17. *Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), Judgment 26 April 1979, Series A, No 30.
18. *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, App. No 18139/91, Judgment 23 June 1995.
19. Рішення Конституційного Суду України від 24.11.2009 р. № 29-рп/2009.
20. Рішення Конституційного Суду України від 20.01.2012 р. № 2-рп/2012.
21. Рішення Конституційного Суду України від 08.04.2015 р. № 3-рп/2015.
22. Рішення Конституційного Суду України від 08.06.2016 р. № 3-рп/2016.
23. Рішення Конституційного Суду України (Велика палата) від 25.04.2018 р. № 3-р/2018.
24. Рішення Конституційного Суду України від 22.05.2018 р. № 5-р/2018.
25. Рішення Конституційного Суду України від 11.10.2018 р. № 7-р/2018.
26. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 13.03.2018 р. у справі № 914/881/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72819699>
27. Постанова від 30 січня 2018 р. у справі № 756/7489/15-ц, Верховний Суд. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72073900>
28. Постанова від 13.03.2018 р. у справі № 914/881/17, Велика Палата Верховного Суду. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72819699>

29. Постанова від 17 травня 2018 р. у справі № 766/4061/17, Верховний Суд. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74158190>

### Авторські монографії

1. Philippe Le Billon, *Fuelling War: Natural Resources and Armed Conflicts*. (Routledge 2013).
2. Beard Charls. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. (Macmillan 1913).
3. James M. Buchanan. *Between Anarchy and Leviathan*. (Chicago University Press 1977).
4. Cassin, Richard L., 2019. With MTS in the new Top Ten, just one U.S. company remains. The FCPA blog. URL: <https://fcpablog.com/2019/03/11/with-mts-in-the-new-top-ten-just-one-us-company-remains/>
5. Clark, Anna Mercado, 2019. Better Compliance Through One Year of GDPR Enforcement, Lexology. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7df2fcbd-cc6e-468b-bcfa-9119eaa9ad28>
6. Epstein Richard A., *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*. (Harvard University Press 1985).
7. Ermacora F. *Grundriss der Menschenrechte in Österreich*. (Manzsche Verlag 1988).
8. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. (Harvard University Press 2004).
9. Information Technology Law, Guide to IT Law. HG.org Legal Resources. URL: <https://www.hg.org/information-technology-law.html#1>
10. Michalsons, 2018. What is IT law, ICT law or Cyber law? URL: <https://www.michalsons.com/blog/what-is-it-law-ict-law-or-cyber-law/286>
11. Porter, J., 2019. Google fined €50 million for GDPR violation in France. The Verge. URL: <https://www.theverge.com/2019/1/21/18191591/google-gdpr-fine-50-million-euros-data-consent-cnll>
12. Singh M. P., *German Administrative Law*. (Springer-Verlag 1985).
13. Sweetman, Derek. *Business, conflict resolution and peacebuilding: Contributions from the private sector to address violent conflict*. (Routledge 2009).
14. Teubner Guenther, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. (Oxford University Press 2012).

15. Zuppelius Rainhard, *Filosofiya prava*. [Philosophy of law]. (Tandem 2001) (in Ukrainian).
16. Фернан Бродель, *Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм. XV–XVIII ст. Том 3: Час світу*. (Основи 1997).
17. Кондратьев Н.Д. *Большие циклы конъюнктуры и теория предвидения: Избранные труды*. (Экономика 2002).
18. Коуз Р. *Фирма, рынок и право*. (Дело 1993).
19. Луман Никлас. *Общество как социальная система*. (Логос 2004).
20. Погребняк С. П., *Основоположні принципи права (змістовна характеристика)*. (Право 2008).
21. Познер Р. *Экономический анализ права*. В 2-х т. Т. 2. (Экономическая школа 2004).
22. И. В. Розмаинский, К формированию посткейнсианской теории государства (2010) 1(8) Terra economicus. *Экономический вестник Ростовского государственного университета* 14.
23. Савчин М. *Конституційне право України*. (КНТ 2008).
24. Михайло Савчин, *Сучасні тенденції конституціоналізму в контексті глобалізації та правового плюралізму*. (Вид-во РІК-У 2018).
25. Томаш Седлачек, *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи*. (Вид-во Старого Лева 2017).
26. Мілтон Фрідман, *Капіталізм і свобода* (перекл. Н. Рогачевська). (Київ 2017).
27. Фукуяма Френсіс. *Політичний порядок та політичний занепад. Від промислової революції до глобалізації демократії*. (Наш формат 2018).
28. Ф. А. фон Хайек, *Право, законодательство, свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики*. (ИРИСЭН 2006).
29. Христова Г. О. *Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики*. (Право 2018).
30. Ебергард Шмідт-Ассманн. *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні завдання та засади систематики адміністративного права*. (2-ге вид. «К.І.С.» 2009).
31. Шевченко, Л.С. *Стратегічний бізнес-консалтинг*. (Право 2019).
32. Йозеф А Шумпетер, *Теорія економічного розвитку. Дослідження прибутків, капіталу, кредиту, відсотка та економічного циклу*. (Видавничий дім «Кієво-Могилянська академія» 2011).
33. Яворська, О.С. *ІТ-право*. (Вид-во «Левада» 2017).

### Колективні видання

1. Banfield J., Gündüz C., Killick N. *Local Business, Local Peace. The peacebuilding potential of the domestic private sector*, 2006.
2. Geoffrey Brennan and James M. Buchanan. *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*. (Academic 2008).
3. International-AIERT, *Conflict-Sensitive Business Practice: Guidance for Extractive Industries*, 2005.
4. Niels Petersen and Emanuel V. Towfigh. *Economic Methods and legal reasoning*. (University of Muenster 2015).
5. Michel Rosenberg and Andras Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law*. (Oxford University Press 2013).
6. Sadurski Wojciech (ed.), *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States in Central and Eastern Europe*. (Springer Publishing 2005).
7. Suder G. G. S. (ed.), *Corporate Strategies Under International Terrorism And Adversity*. (Edward Elgar Pub 2006).
8. Guenter Teubner (ed.), *Global Law without a State*. (Dartmouth Gower 1997).
9. Wehmeier, Tom and the Atomico Team, 2018. *State of European Tech Report*. URL: <https://2018.stateofeuropeantech.com/chapter/europes-got-talent/article/people-power/>
10. Авер'янов В.Б. (ред.), *Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики*. (Факт 2003).
11. Бачинський Т.В. (ред.), *Основи ІТ-права*. (Юрінком Інтер 2017).
12. Верхейн Т. (ред.), *Политико-административные отношения: кто стоит у власти? (Права человека 2001)*.
13. Г'осепат Ш. та Ломанн Г. *Філософія прав людини*. (пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої). (Ніка-Центр 2008).
14. Куйбіда Р.О., Шишкін В.І. (ред.), *Основи адміністративного судочинства та адміністративного права*. (Старий світ 2006).
15. Рихтер И., Шупперт Г.Ф. *Судебная практика по административному праву*. (Юристь 2000).
16. Савчин М.В. (ред.), *Публічне урядування, права людини та демократія: регіональний зріз євроінтеграції*. (Вид-во УжНУ «Говерла» 2015).

17. Уварова Олена (ред.), Керівні принципи щодо бізнесу і прав людини: Реалізація Рамкової програми Організації Об'єднаних Націй «Захист, повага і засоби захисту» (Катерина Буряковська, Юлія Разметаєва, Олена Уварова, Дмитро Філіпський, пер.). (Право 2018).
18. Устименко В.А. (ред.), Конституційні засади економічної системи України. (Юго-Восток 2011).
19. Филлипов В.В. (ред.), Права человека: международное право и национальное законодательство. (Вильнюс 2011).

### Дисертації

1. Євтошук Ю.О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права. Університет економіки і права «Крок». Дис. ... к.ю.н. : 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. (Київ 2015).
2. Завидняк М.І. Конституційно-правові засади забезпечення економічної безпеки в Україні. Дис. ... к.ю.н. : 12.00.02. (Ужгородський національний університет 2016).
3. Сушко Л.П. Організаційно-правові засади здійснення судового контролю в Україні : дис. ... к.ю.н. : 12.00.07. (Київ 2009).

### Статті

1. Bruce Ackerman, (1989) Constitutional Politics/Constitutional Law, 99(3) *The Yale Law Journal*.
2. Aleinkoff, T. Alexander. (1987) Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale L.J.* 96, 943.
3. Brown R.A. Administrative Commissions and the Judicial Power, 19 *MwNn. L. Rv.* 261 (February, 1935).
4. Cirlig, Elisabeta Cirlig. Multinational Corporations and Global Justice Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Institution Florian Wettstein. Business and human rights: from soft law to hard law? (2016) 6(2) *Juridical Tribune* 228–246.
5. Coase R. H. The Problem of Social Cost. (1960) 3 *Journal of Law and Economics* 1–44.

6. Edley Ch. The Governance Crisis, Legal Theory, and Political Ideology. (1991) 3 *Duke Law Journal*. 564.
7. Jowell, Jeffrey, and Anthony Lester. (1988) Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law. *Commonwealth Law Bulletin* 14(2) 859.
8. Alex Gewanter, (2017) Has Judicial Review on Substantive Grounds Evolved from Wednesbury towards Proportionality 44 *Exeter L Rev* 63.
9. Jonathan Goodhand, From war economy to peace economy? Reconstruction and state building in Afghanistan' (2004) 58 *Journal of International Affairs* 155.
10. Porter, Michael E. and Kramer, Mark R., 'The Big Idea: Creating Shared Value.' (2011) 89. *Harvard Business Review* 2–17.
11. Salil Tripathi, «Business in Armed Conflict Zones: How to Avoid Complicity and Comply with International Standards'. *Politorbis*. 2010. No. 50(4).
12. Fadil Zendeli, Memet Memeti, Agron Rustemi. Judicial Control over Public Administration. (2002) 2(8) *Acta Universitatis Danubius. Juridica* 95. URL: <http://journals.univ-danubius.ro/index.php/juridica/article/view/1445/1246>
13. Fritz Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht. *DBVI* 1959, 527–533.
14. George Warp, Independent Regulatory Commissions and the Separation of Powers Doctrine, 16 *NOTRE DAME LAW*. 183 (1941).
15. Ginsburg Tom. Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts (2002) 3.1 *Theoretical Inquiries in Law* 51.
16. 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).
17. Interview with John G. Ruggie. (2012) 94(887) *International Review of the Red Cross* 896.
18. Kahn, Paul W (1987) The Court, The Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell. *Yale L.J.* 97, 1.
19. Macey, Jonathan R. Competing Economic Views of the Constitution (1987) 56 *Geo. Wash. L. Rev.* 72.
20. Michael Taggart. Proportionality, Deference, Wednesbury. (2008) 1-4 *New Zealand Law Review* 448–450.
21. O'Brien C.M. Business and human rights: a handbook for legal practitioners. (Council of Europe 2018). URL: <https://www.coe.int/en/web/national-imple>

- mentation/publications/handbooks?fbclid=IwAR29oo9XI\_6J9A6dhHmG-TD-p7RzoQX5vBueoH-o8l1MPjBxpcdGI9E-zSc
22. Alexy Robert. (2005) Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law* 3, 575.
  23. Tsakyrakis, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? (2009) 7(3) *J-CON* 468-493.
  24. Waldron, Jeremy. (1994) Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. *Hastings L.J.* 45, 819.
  25. Woehrling Jean-Marie. Protecting Legality: Public administration and judiciary in EU countries. How to conciliate executive accountability and judicial review? *SIGMA. Support for Improvement in Governance and Management.* (2009) 10. URL: <http://www.sigmaweb.org/publications/42755351.pdf>
  26. Арато Є. Відродження, занепад і реконструкція громадянського суспільства (1996) 1 *Політична думка* 69.
  27. Богарада, С., 2019. 3 штрафи за GDPR та висновки для українських компаній, *Legal IT Group*, URL: <https://legalitgroup.com/3-shtrafi-za-gdpr-ta-visnovki-dlya-ukrayinskih-kompanij/>
  28. Ващенко Ю.В. Незалежні регуляторні органи в сфері охорони здоров'я: європейський досвід та перспективи розвитку в Україні. (2014) 1 *Право і громадянське суспільство* 211-220.
  29. Винничук, Р.О., Склярчук, Т.В., 2015. Особливості розвитку ІТ-ринку в Україні: стан та тенденції (2015) 833 *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*, Логістика 3-8.
  30. Ільницький О. Обрання способу судового захисту у справах із використанням дискреційних повноважень суб'єктами публічної адміністрації. (2017) 4 *Підприємництво, господарство і право* 110.
  31. Козюбра М.І. Верховенство права і соціалізація держав. *Наукові записки НаУКМА*. Том 103. Юридичні науки 3-8.
  32. Ляшенко О.М. Дисгармонія економічної свободи України. (2017) 2 *Стратегічна панорама* 29-37.
  33. Менджул М.В. Основні засади регулювання сімейних відносин у США (2018) 4.1 *Південноукраїнський правничий часопис* 123-126.
  34. Менджул М.В. Принцип рівності та сімейне право ісламських держав (2019) 4(1) *Visegrad Journal on Human Rights* 70-75.

35. Овсієнко О.В. Обмеження економічної свободи як передумова розбудови соціальної держави в Україні: аргументи «за» і «проти». (2013) 2(13). *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»* 287-289.
36. Пфферсманн О. (2007) Ограничение компетенции законодателя посредством использования вспомогательных принципов (разумности и соразмерности), выработанных в практике конституционных судов. *Сравнительное конституционное обозрение* 1(58), 121-127.
37. Савчин М. (2010) Конституційні цінності та конституційна юриспруденція в Україні. *Вісник Конституційного Суду України* 1, 111.
38. Савчин М. Основні конституційні критерії обмеження прав людини і основоположних свобод. (2008) 2 *Вибори і демократія* 21-28.
39. Сімахова А.О., Скрипник Н.Є., Піддубний О.О. Економічна політика в контексті вимірювання економічної свободи. (2017) 13 *Економіка і суспільство* 25-29.
40. Слюсар Л.І. Батьківство у системі відносин інституту сім'ї: сучасні трансформації, їх причини та наслідки. (2016) 2(27). *Демографія та соціальна економіка* 26-38.
41. Христова Г. Повага та захист прав людини: основні виклики й зобов'язання держави. (2018) 5 *Visegrad Journal on Human Rights* 134.
42. Б. Шлоер. Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві. (2003) *Український правничий часопис* 3 (8).
43. Станіслав Шевчук. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід). (2000) *Вісник Академії правових наук України*. 1 (20).
44. Станіслав Шевчук, (2010). Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза та співвідношення, *Право України* 3, 45-61.

### Матеріали конференцій

1. Hermann Pünder. Democratic Legitimation of Delegated Legislation. *International Conference «Convergence and Divergence of Law: German and Israeli Perspectives»*, Tel Aviv March 24-25, 2009.

2. Jean-Marie Woehrling: Protecting Legality: Public administration and judiciary in EU countries. How to conciliate executive accountability and judicial review? *Conference on Public Administration Reform and European Integration* (Budva, Montenegro 26-27 March 2009).
3. Харитонов, Є.О. Сутність IT-права (IT-право як концепт). *Збірник матеріалів науково-практичної конференції «IT-право: проблеми і перспективи розвитку в Україні»* (НУ «Львівська політехніка» 2016) 274.

## ДОВІДКА ПРО АВТОРІВ ВИДАННЯ

**Савчин Михайло Васильович** (редактор, вступ, автор розділу 1, співавтор розділу 2), доктор юридичних наук, професор, директор Наукового дослідного інституту порівняльного публічного права та міжнародного права, Ужгородський національний університет, радник Голови Конституційного Суду України (2008-2010), автор біля 400 наукових та науково-популярних публікацій, з них 47 монографій підручників та навчальних посібників, 127 наукових статей у фахових виданнях. Сфера наукових інтересів: конституціоналізм і теорія права, порівняльне конституційне право, міжнародне конституційне право, права людини, конституційна юстиція, порівняльне конституційне право, практика Європейського суду з прав людини.

**Андрушко Андрій Васильович** (автор підрозділу 5.3), кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права і процесу, Ужгородський національний університет, автор понад 130 наукових публікацій, з близько 25 монографій, підручників і навчальних посібників та 62 наукових статей у фахових виданнях. Сфера наукових інтересів: заповідання та кримінально-правова протидія злочинності проти волі, честі та гідності особи.

**Батанов Олександр Васильович** (автор підрозділу 5.1), доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, автор понад 750 наукових публікацій, з них 47 монографій, підручників та навчальних посібників, понад 300 наукових статей у фахових виданнях. Член Конституційної Комісії (2015–2019 рр.), Комісії з питань правової реформи (з 2019 р.), Науково-консультативної ради Конституційного Суду України (з 2019 р.). Сфера наукових інтересів: – конституційне, муніципальне, адміністративне право.

**Дацюк Віталій Богданович** (автор розділу 4), кандидат юридичних наук, керівник юридичного департаменту IT-Корпорації «ТРАНСОФТГРУПА». Автор понад 60 наукових публікацій, з них 10 статей у фахових виданнях, 1 практичний посібник та співавторство у 2 колективних монографіях. Сфера наукових інтересів: кримінологія, корпоративне право, IT-право та економічні свободи.

**Карабін Тетяна Олександрівна** (співаторка розділу 2), докторка юридичних наук, доцентка, завідувачка кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права, Ужгородський національний університет, авторка біля 70 наукових публікацій, з них 10 монографій, підручників і навчальних посібників та 49 наукових статей у фахових виданнях. Сфера наукових інтересів: адміністративне право, публічна адміністрація, інструменти публічної адміністрації та інші питання діяльності владних суб'єктів.

**Менджул Марія Василівна** (авторка підрозділу 5.2), кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри цивільного права і процесу, Ужгородський національний університет, авторка 175 публікацій, з них 31 монографій, підручників і навчальних посібників та 56 наукових статей у фахових виданнях. Сфера наукових інтересів: цивільне право, сімейне право, трудове право, принципи права, право асоціацій.

**Уварова Олена Олександрівна** (авторка розділу 3), кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, голова Міжнародної лабораторії з бізнесу і прав людини, Fulbright Visiting Scholar (2019-2020), авторка 5 монографій і навчальних посібників та 25 наукових статей у фахових виданнях. Сфера наукових інтересів: персональна автономія, бізнес і права людини, гендерна рівність.

**Шелевер Наталія Вікторівна** (співавторка розділу 2), кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права, Ужгородський національний університет, авторка 41 публікацій, з них 3 монографій та 15 наукових статей у фахових виданнях. Сфера наукових інтересів: конституційне право, муніципальне право, адміністративне судочинство, виконавче провадження.



Наукове видання

# ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА ЕКОНОМІЧНІ СВОБОДИ І ПРАВА

*Монографія*

За ред. проф. Михайла Савчина

Коректура: *Тамаровська Г. І.*  
Комп'ютерна верстка: *Полянська Іванна*  
Дизайн обкладинки: *Шанта Катерина*

Підписано до друку 23.03.2020. Формат 60x84/16. Умов. друк. арк. 13,0.  
Гарнітура Myriad Pro. Папір офсетний. Зам. №828. Наклад 300 прим.

Оригінал-макет виготовлено та віддруковано:  
ТОВ «РІК-У», 88000, м. Ужгород, вул. Гагаріна, 36  
*Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК №5040 від 21.01.2016 р.*

П 68 **Правове регулювання та економічні свободи і права** : монографія / за ред. проф. Михайла Савчина. Ужгород : Видавництво «РІК-У», 2020. 224 с.

ISBN 978-617-7692-74-3

У монографії визначаються юридичні підстави для втручання держави у здійснення економічних свобод, розкриваються основні критерії правового регулювання економічних свобод згідно із засадами верховенства права, пропорційності, поділу влади, розмежування питань законодавства та регуляторної діяльності держави. Приділено окрему увагу регуляторній діяльності виконавчої влади, розкрито статус і роль у цьому процесі незалежних державних агентств та основних напрямів їх діяльності. Досліджено особливості здійснення економічних свобод у зв'язку із бізнесом, у сфері ІТ-права, муніципальному та сімейному праві та в деяких інших суспільних сферах.

УДК 340:338](02.064)