

ISSN 1026-9932

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО

України

Заснований Видається
у 1922 р. щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію Передплатний індекс
Серія КВ № 23026-12866ПР 74424

Адреса редакції Головний редактор
вул. Багговутівська, 17–21 доктор юридичних наук, професор,
м. Київ, 04107, Україна академік НАПрН України
тел.: +380(44) 537-51-10 ОЛЕКСАНДР СвЯТОЦЬКИЙ

Веб-сайт: <http://www.pravoua.com.ua> Голова Редакційної ради
E-mail: editor.pravoua@gmail.com доктор юридичних наук, професор,
Офіційна сторінка у Facebook: член-кореспондент НАПрН України
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua> РУСЛАН СТЕФАНЧУК

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань у галузі юридичних наук
(наказ Міністерства освіти і науки України від 15 квітня 2014 р. № 455)

Міжнародної наукометричної бази даних EBSCO Publishing, Inc. (США)
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних Index Copernicus International (Польща)
(листопад 2014 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

Журнал рекомендовано до друку
Вченою радою Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(протокол № 5 від 29 січня 2018 р.)

ВИДАВЕЦЬ
© Видавничий Дім “Ін Юре”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради



Василь Тацій
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАН України,
акад. НАПрН України



Юрій Шемшученко
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАН України,
акад. НАПрН України



Вільям Батлер
(William Butler)
Doctor of Law (LL.D.),
Prof., Foreign Member of
NAS of Ukraine,
NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради



Юрій Битяк
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Вячеслав Борисов
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Володимир Гончаренко
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Володимир Денисов
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Микола Козюбра
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Олександр Крупчан
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Олена Лукашева
д-р юрид. наук,
чл.-кор. РАН (Росія)



Василь Гор
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Віталій Опришко
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАН України



Микола Панов
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Дмитро Притика
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Петро Рабінович
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України

РЕДАКЦІЙНА РАДА



Анатолій Селіванов
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Микола Селівон
канд. юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Василь Сіренко
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАН України,
акад. НАПрН України



Майдан Сулейменов
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАН Республіки
Казахстан



Іван Тимченко
канд. юрид. наук,
старш. наук. співроб.,
акад. НАПрН України



Володимир Тихий
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Володимир Шаповал
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАН України

РЕДАКЦІЙНА РАДА



Олександр Святоцький
(головний редактор)
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Руслан Стефанчук
(голова)
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Артем Штанько
(заступник голови)
канд. юрид. наук,
старш. наук. співроб.



Тетяна Коломоєць
(заступник головного
редактора)
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Юрген Базедов
(Jürgen Basedow)
Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult., Prof.
(Germany)



Віктор Базов
канд. юрид. наук



Сергій Балашенко
д-р юрид. наук, проф.
(Білорусь)



Крістіан фон Бар
(Christian von Bar)
Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA
(Germany)

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 1 • 2-9

РЕДАКЦІЙНА РАДА



Юрій Барабаш
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Олександр Батанов
д-р юрид. наук, проф.



Юрій Баулін
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Володимир Бевзенко
д-р юрид. наук, проф.



Антоніна Бобкова
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Андрій Бойко
д-р юрид. наук, проф.



Ігор Бойко
д-р юрид. наук, проф.



Володимир Бурдін
д-р юрид. наук, проф.



Ганна Буйджи
канд. юрид. наук



Валентина Васильєва
д-р юрид. наук, проф.



Ірина Венедіктова
д-р юрид. наук, проф.



Марсело Галуппо
(Marcelo Galuppo)
Ph.D. in Law, Prof. (Brazil)



Данило Гетманцев
д-р юрид. наук, проф.



Анатолій Гетьман
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Сергій Головатий
д-р юрид. наук,
чл.-кор. НАПрН України



Віктор Гришук
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Дмитро Гудима
канд. юрид. наук, доц.



Борис Гулько
засл. юрист України



Наталія Гуторова
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Анатолій Довгерт
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України

РЕДАКЦІЙНА РАДА



Олександр Дроздов
канд. юрид. наук, доц.



Віктор Єрмолаєв
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Володимир Журавель
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Дмитро Задихайло
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Алієв Амір Ібрагім
д-р юрид. наук, проф.
(Азербайджан)



Тетяна Кагановська
д-р юрид. наук, проф.



Іван Калаур
д-р юрид. наук, доц.



Оксана Капліна
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Ніна Карпачова
канд. юрид. наук, доц.



Василь Кисіль
д-р юрид. наук, проф.



Олена Кібенко
д-р юрид. наук, доц.



Анатолій Колодій
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Вячеслав Комаров
канд. юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Тетяна Корнякова
д-р юрид. наук, проф.



Олександр Костенко
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Олексій Кот
д-р юрид. наук



Олена Кохановська
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Станіслав Кравченко



Володимир Кравчук
д-р юрид. наук, проф.



Олексій Кресін
д-р юрид. наук,
старш. наук. співроб., доц.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 1 • 2-9

РЕДАКЦІЙНА РАДА



Наталія Кузнєцова
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Павло Кулинич
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Микола Кучерявенко
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Ірина Куян
д-р юрид. наук,
старш. наук. співроб.



Ярослав Лазур
д-р юрид. наук, доц.



Дмитро Лук'янов
д-р юрид. наук, доц.,
чл.-кор. НАПрН України



Дмитро Луспенник
канд. юрид. наук, доц.



Богдан Львов
засл. юрист України



Роман Майданик
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Сергій Максимов
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Андрій Мелешевич
д-р філософії (Ph.D.), доц.



Олександр Мережко
д-р юрид. наук, проф.



Лідія Москвич
д-р юрид. наук, проф.



Анатолій Музика
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Юрій Оборотов
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Наталія Оніщенко
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Олеся Отраднава
д-р юрид. наук, доц.



Наталія Пархоменко
д-р юрид. наук, проф.



Петро Пацурківський
д-р юрид. наук, проф.



Олександр Петришин
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України

www.pravoua.com.ua

РЕДАКЦІЙНА РАДА



Роман Петров
д-р юрид. наук, проф.



Пилип Пилипенко
д-р юрид. наук, проф.



Микола Погорецький
д-р юрид. наук, проф.



Сергій Погрібний
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Олег Подчерковний
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Юрій Притика
д-р юрид. наук, проф.



Олександр Прокопенко
канд. юрид. наук



Наталія Рассказова
канд. юрид. наук, доц.
(Росія)



Вікторія Резнікова
д-р юрид. наук, проф.



Михайло Савчин
д-р юрид. наук, проф.



Світлана Серьогіна
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Олександр Скрипнюк
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Ксенія Смирнова
д-р юрид. наук, доц.



Михайло Смокович
д-р юрид. наук



Микола Стефанчук
канд. юрид. наук, доц.



Семен Стеценко
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Хірохіде Такікава
(Hirohide Takikawa)
Prof. (Japan)



Михайло Теплюк
д-р юрид. наук



Олег Ткачук
д-р юрид. наук, доц.



Вячеслав Труба
канд. юрид. наук, проф.



Спиридон Флогайтіс
(Spyridon Flogaitis)
Ph.D. in Law, Prof. (Greece)



Джабір Халілов
канд. юрид. наук, доц.
(Азербайджан)

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 1 • 2-9

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ



Євген Харитонов
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Наталія Хуторян
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Галія Чанишева
д-р юрид. наук, проф.



Олександр Чирич
(Oleksandr Ciric)
Doctor of Law, Prof.
(Serbia)



Станіслав Шевчук
д-р юрид. наук, проф.,
чл.-кор. НАПрН України



Валерій Шепітько
д-р юрид. наук, проф.,
акад. НАПрН України



Михайло Шумило
д-р юрид. наук,
старш. наук. співроб.



Олексій Ющик
д-р юрид. наук, проф.



Ячіко Ямада
(Yachiko Yamada)
Prof. (Japan)



Олександра Яновська
д-р юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ



НТУУ "КИЇВСЬКИЙ ПОЛІТЕХНІЧНИЙ
ІНСТИТУТ ІМЕНІ ІГОРЯ СІКОРСЬКОГО"



НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«КИЄВО-МОГИЛЯНСЬКА АКАДЕМІЯ»



НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
"ОСТРОЗЬКА АКАДЕМІЯ"

www.pravo.ua.com.ua

ПАРТНЕРИ



ПАРТНЕРИ



ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 1 • 2-9

ЗМІСТ

Олександр Святоцький, Руслан Стефанчук Подальша інтеграція журналу “Право України” у світовий науковий простір	16
--	----

Актуальна тема номера:
“ІТ-ПРАВО: КОНЦЕПЦІЇ, РЕАЛІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ”

I. ІТ-право у системі права України

Євген Харитонов, Олена Харитонova Сутність ІТ-права: пошук парадигми	18
Руслан Стефанчук Інформаційні технології та право: <i>quo vadis?</i>	30
Ольга Сімсон ІТ-право з позицій теорії та практики, підходи до вивчення і викладання	51

II. Інформаційні права суб'єктів у ІТ-праві

Олена Кохановська Проблеми реалізації інформаційних прав в Україні (приватноправовий аспект)	63
Анатолій Кодинець Засади цивільно-правового регулювання інформаційних зобов'язань: проблеми теорії та практики	72

III. Авторські права суб'єктів у ІТ-праві

Олександра Яворська Охорона авторських і суміжних прав у разі їх порушення з використанням мережі Інтернет	81
Ірина Венедиктова Авторське право на елементи літературного твору у комп'ютерній відеогрі	91
Леонід Тарасенко Інтернет-сайт як об'єкт ІТ-права	103

IV. Інформаційні технології у юридичній практиці (Legal Tech)

Максим Селіванов Електронний суд: ІТ-технології в судовому процесі як спосіб покращення прогнозованості судових рішень	114
Олександр Радутний Суб'єктність штучного інтелекту у кримінальному праві	123
Олена Жилінкова Договірне регулювання відносин щодо інтелектуальної власності у сфері інформаційних технологій	137

ТАРАС БАЧИНСЬКИЙ Аналіз юридичних ризиків господарської діяльності ІТ-компаній у Львові.	146
Висновки та рекомендації з актуальної теми	154
Рішення Суду Справедливості Європейського Союзу щодо оподаткування податком на додану вартість операцій із криптовалютами та коментар до нього.	162
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО	
РОМАН МАРТИНЮК Змішана республіка – напівпрезидентська форма правління?	172
АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО	
АНДРІЙ МОТА Адміністративно-правовий механізм ідентифікації нелегальних мігрантів, які виявляються органами Державної прикордонної служби України	184
КРИМІНАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО	
ОЛЕКСАНДР ДРОЗДОВ Кримінальне провадження за новоявленими або виключними обставинами: нові виміри за європейськими стандартами	196
МІЖНАРОДНЕ ПРАВО	
ВОЛОДИМИР ДЕНИСОВ, ЛЮДМИЛА ФАЛАЛЄЄВА Наднаціональність як правова реальність міжнародної інтеграції	214
ГАННА БУЯДЖИ Багатюрисдикційні, міжнародні та офшорні трасти. Проблемні питання співвідношення понять	232
ДИСКУСІЇ ТА ОБГОВОРЕННЯ	
ІВАН ГОЛОСНІЧЕНКО До питання свободи і самоврядування у сфері юридичної освіти та науки в Україні	251
СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ	
ОЛЕКСАНДР ЗАДОРЖНИЙ До питання захисту прав інвесторів у разі розірвання договору купівлі-продажу приватизованого майна	265
РЕЦЕНЗІЇ	
АНАТОЛІЙ ДОВГЕРТ Сучасні інструменти зближення національних доктрин міжнародного приватного права	280

ЗМІСТ

RATIO DECIDENDI – НОВЕЛИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

I. Правові позиції Верховного Суду

Про особливості застосування повороту виконання рішення у цивільній справі	285
Про дотримання принципу стабільності при внесенні змін до будь-яких елементів податків та зборів в Україні	286

II. Правові позиції Європейського суду з прав людини

Порушення права на свободу та особисту недоторканність через вади нового Кримінального процесуального кодексу України ...	287
Порушення права на справедливий суд через свавільність рішення вищого національного суду	289
Порушення права на повагу до житла через проведення обшуку в квартирі за відсутності достатніх законодавчих гарантій	290

ЮРИДИЧНА ХРОНІКА

Микола Панов, Ірина Зінченко Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації (за матеріалами VII Міжнародної науково-практичної конференції з кримінального права, м. Харків, 12–13 жовтня 2017 р.)	292
Анна Держипільська Всесвітня актуальність правозахисних концепцій Герша Лаутерпахта і Рафала Лемкіна – випускників Львівського університету	307
Володимир Гончаров Успішне продовження нового циклу львівських міжнародних круглих столів з проволудинної міждисциплінарної проблематики	312

ЮВІЛЯРИ

Ювілей академіка Національної академії наук України та Національної академії правових наук України Валентина Мамутова (до 90-річчя від дня народження)	315
Ювілей члена-кореспондента Національної академії правових наук України Віктора Дрьоміна (до 65-річчя від дня народження)	318
Ювілей члена-кореспондента Національної академії правових наук України Володимира Нагребельного (до 65-річчя від дня народження)	321

www.pravo.ua.com.ua

Актуальна тема наступного номера:

“НОВЕЛИ КОДЕКСУ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ ТА ПРАКТИКА ЇХ РЕАЛІЗАЦІЇ”

ПРАВО

УКРАЇНИ

TABLE OF CONTENTS

OLEKSANDR SVIATOTSKYI, RUSLAN STEFANCHUK Further Integration of the Journal “Law of Ukraine” into the Global Scientific Space	16
<i>Relevant Topic of this Issue:</i> “IT-LAW: CONCEPTS, REALITIES AND PROSPECTS”	
<i>I. IT-Law in the Law System of Ukraine</i>	
EVGEN KHARITONOV, OLENA KHARITONOVA The Essence of IT-Law: Searching for the Paradigm	18
RUSLAN STEFANCHUK Information Technologies and Law: <i>Quo Vadis?</i>	30
OLHA SIMSON IT-Law from the Perspective of Theory and Practice, Learning and Teaching Approaches	51
<i>II. Information Rights of Subjects in IT-Law</i>	
OLENA KOKHANOVSKA Issues of Implementation of Information Rights in Ukraine (Private Law Aspect)	63
ANATOLIY KODYNETS The Fundamentals of Regulation of Information Obligations under Civil Law: Issues of Theory and Practice	72
<i>III. Copyright of Subjects in IT-Law</i>	
OLEXANDRA YAVORSKA Protection of Copyright and Related Rights Infringed through the Internet.....	81
IRYNA VENEDIKTOVA Copyright to Literary Piece Elements in a Computer Video Game.....	91
LEONID TARASENKO An Internet Website as the Object of IT-Law	103
<i>IV. Information Technologies in Legal Practice (Legal Tech)</i>	
MAKSYM SELIVANOV Electronic Court: IT-Technologies in the Judicial Process as a Means to Increase the Predictability of Court Decisions.....	114
OLEKSANDR RADUTNYI Artificial Intelligence as a Subject in Criminal Law	123
OLENA ZHYLINKOVA Contractual Regulation of Relations Associated with Intellectual Property in the Information Technologies Sector.....	137

TABLE OF CONTENTS

TARAS BACHYNSKYI
Analysis of Legal Risks Inherent in Business Activities of IT-Companies
in Lviv City 146

OPINIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE RELEVANT TOPIC 154

Decision of the Court of Justice of the European Union
on the Taxation with Value Added Tax of Transactions
with Cryptocurrencies and the Comment Thereon 162

CONSTITUTIONAL LAW

ROMAN MARTYNIUK
A Mixed Republic – the Semi-Presidential Form of Rule?..... 172

ADMINISTRATIVE LAW

ANDRIY MOTA
Legal Administrative Mechanism for Identification of Illegal Migrants
Discovered by Bodies of the State Border Guard Service of Ukraine 184

CRIMINAL PROCEDURE LAW

OLEKSANDR DROZDOV
Criminal Proceedings upon Discovery of New or Exceptional Circumstances:
New Perspectives under the European Standards. 196

INTERNATIONAL LAW

VOLODYMYR DENYSOV, LIUDMYLA FALALIEIEVA
Supranationality as Legal Reality of International Integration. 214

GANNA BUIADZHY
Multi-Jurisdictional, International and Offshore Trusts.
Challenging Issues of the Correlation of Concepts. 232

DISCUSSIONS AND DEBATES

IVAN GOLOSNICHENKO
On the Issue of Freedom and Self-Government in the Legal Education
and Science Branch in Ukraine..... 251

YOUNG SCIENTISTS HAVE THE WORD

OLEKSANDR ZADOROZHNYI
On the Issue of Investors’ Rights Protection in Case
a Privatized Property Sale Contract is Terminated 265

REVIEWS

ANATOLII DOVHERT
Modern Tools for Alignment of the National Doctrines
of International Private Law 280

RATIO DECIDENDI – NOVELS OF COURT PRACTICE

I. Legal Views of the Supreme Court

On the Specifics of Using the Conversion of a Decision Execution
in a Civil Case 285

On Compliance with the Stability Principle in Case of Amendments
to Any Elements of Taxes and Charges in Ukraine 286

II. Legal Views of the European Court of Human Rights

Infringement of the Right to Liberty and Personal Integrity Due
to the Drawbacks of the New Criminal Procedure Code of Ukraine 287

Infringement of the Right to a Fair Trial because
of the Arbitrary Decision of the Supreme National Court 289

Infringement of the Right to Respect for a Home by Making a Search
in the Apartment in the Absence of Sufficient Legislative Guarantees 290

LEGAL CHRONICLE

MYKOLA PANOV, IRYNA ZINCHENKO
Criminal Law for Ensuring the Sustainable Development of Ukraine
in the Globalization Context (Materials of the VII International Scientific
and Practical Conference on Criminal Law, Kharkiv, October 12–13, 2017).... 292

ANNA DERZHYPILSKA
Global Relevance of Human Rights Protection Concepts
by Hersch Lauterpacht and Raphael Lemkin –
Graduates of the University of Lviv..... 307

VOLODYMYR HONCHAROV
Successful Continuation of a New Cycle of Lviv International Round Tables
on Interdisciplinary Human Rights Issues..... 312

ANNIVERSARY CELEBRATIONS

Anniversary of the Academician of the National Academy of Sciences of Ukraine
and the National Academy of Legal Sciences of Ukraine VALENTYN MAMUTOV
(on the 90th anniversary of his birth)..... 315

Anniversary of the Corresponding Member of the National Academy
of Legal Sciences of Ukraine VIKTOR DROMIN
(on the 65th anniversary of his birth)..... 318

Anniversary of the Corresponding Member of the National Academy
of Legal Sciences of Ukraine VOLODYMYR NAHREBELNYI
(on the 65th anniversary of his birth)..... 321

The Relevant Topic of the Next Issue:

“NOVELS OF THE CODE OF ADMINISTRATIVE COURT PROCEDURE
OF UKRAINE AND THEIR IMPLEMENTATION PRACTICE”



Олександр Святоцький

головний редактор
юридичного журналу “Право України”,
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
заслужений юрист України



Руслан Стефанчук

голова Редакційної ради
юридичного журналу “Право України”,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України

ПОДАЛЬША ІНТЕГРАЦІЯ ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ” У СВІТОВИЙ НАУКОВИЙ ПРОСТІР

Рік, що минув, був надзвичайно насиченим на різні події для юридичного журналу “Право України”. Насамперед хотілося б звернути вашу увагу на те, що наше видання, яке є найдавнішим серед юридичних видань, відсвяткувало 95-річчя від часу заснування. У цьому зв’язку на державному рівні було відзначено багатьох членів Наукової ради та Редакційної колегії, працівників редакції.

На сторінках журналу ми спромоглися провести національні правничі дискусії з найбільш актуальних нині юридичних тем і зробити важливі висновки, які, сподіваємось, будуть успішно застосовані у державотворчому та правозастосовному процесах.

Під егідою журналу започатковано нові проекти – “Скарбниця пам’яток українського права”, “Скарбниця світової правничої думки”, “Скарбниця української правничої думки”, що сприятимуть розвитку вітчизняної правничої науки та її інтеграції до світового наукового й освітнього просторів.

“Право України”, будучи фаховим юридичним виданням, входить до низки міжнародних наукометричних баз даних: *EBSCO Publishing, Inc.* (Сполучені Штати Америки), *HeinOnline* (Сполучені Штати Америки),

© Олександр Святоцький, Руслан Стефанчук, 2018

Index Copernicus International (Республіка Польща). Водночас триває активна робота, спрямована на розширення присутності видання у світових наукометричних базах.

Урешті-решт, завершено процедуру роздержавлення журналу та проведено ребрендинг і суттєве оновлення його робочих органів, змінено зовнішнє та внутрішнє наповнення. Свідченням цього є номер, який ви маєте змогу сьогодні тримати в руках.

Не менш значимим для журналу буде 2018 рік. Започаткувавши низку важливих для розвитку видання змін, незмінними залишаться високий науковий рівень дискусій, повага до читача, а також відкритість до всіх прихильників журналу.

Цього року для вас буде запропоновано нові актуальні теми, надважливі рубрики, європейські підходи до змісту, оформлення та рецензування матеріалів, інформаційні повідомлення про найнагальніші проблеми розвитку права, правничі школи України, юристів-науковців і юристів-практиків, серії книжкових видань, юридичні події та заходи, а також ще багато чого цікавого.

Завершується розробка нового офіційного сайту журналу “Право України”, на якому планується зробити відкритою для читача переважну більшість статей та інших матеріалів, аби рівень індексу цитування авторів видання значно підвищився. Ми докладаємо усіх зусиль, щоб і надалі залишатись найбільш авторитетним і відкритим для співпраці професійним правничим періодичним виданням.

Сподіваємось, що 2018 рік буде плідним, сповненим нових ідей і творчих досягнень.

Актуальна тема номера:
“ІТ-ПРАВО: КОНЦЕПЦІЇ, РЕАЛІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ”

I. ІТ-право у системі права України



Євген Харитонов

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
завідувач кафедри цивільного права
Національного університету “Одеська юридична академія”
(м. Одеса, Україна)
zharuton@gmail.com

Олена Харитонova

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
відмінник освіти України,
завідувач кафедри права інтелектуальної власності
та корпоративного права
Національного університету “Одеська юридична академія”
(м. Одеса, Україна)
lh2512@gmail.com



УДК 340.11:004

СУТНІСТЬ ІТ-ПРАВА: ПОШУК ПАРАДИГМИ

Анотація. Стрімкий розвиток інформаційних технологій загострює проблему впорядкування відносин, які при цьому виникають. Таке впорядкування можливе за допомогою самих технологій або правового регулювання. Обрання другого з указаних шляхів зумовлює актуальність дослідження категорії “ІТ-право”.

Метою статті є викладення власного бачення оптимальної методологічної основи пошуку й обґрунтування парадигми “ІТ-право”.

У статті доведено, що спроби кваліфікувати комплексне правове регулювання відносин інформаційного суспільства як сукупності норм – нової галузі права, некоректні, оскільки, з позицій нормативістського праворозуміння, ІТ-права, Інтернет-права, інформаційного права тощо як галузей права не існує. Натомість пропонується розглядати ІТ-право як концепт – сукупність уявлень, понять, знань, асоціацій, що виникають у зв’язку з правовим впорядкуванням суспільних відносин, пов’язаних зі створенням і використанням інформаційних технологій.

Таким чином, оптимальною методологічною основою визначення сутності ІТ-права є розгляд його як концепту, що має певне “нормативне наповнення”. Такий підхід позбавляє необхідності оцінювати ІТ-право як систему правових норм, що утворюють галузь права, відповідні правові інститути тощо. При цьому доцільним убачається розуміння концепту “ІТ-право” у широкому, вузькому та спеціальному значеннях із відповідним структуруванням.

Ключові слова: ІТ-право; ІТ-відносини; концепт; нормативістське праворозуміння; галузь права; галузь законодавства.

Зростання значення інформації, стрімкий розвиток інформаційних технологій, їхнє проникнення в усі сфери буття суспільства загострює проблему впорядкування відповідних відносин виробництва, використання, поширення та зберігання електронної інформаційної продукції, захисту прав на інтелектуальну власність тощо.

Упорядкувати відносини інформаційного суспільства можливо двома шляхами: 1) за допомогою ІТ-засобів (самих технологій); 2) за допомогою правового регулювання.

Обрання другого із перелічених шляхів, власне, і зумовлює актуальність дослідження категорії “ІТ-право”.

Останнім часом питанням визначення поняття та сутності ІТ-права було присвячено низку публікацій вітчизняних авторів (Т. Бачинський, О. Сімсон, Є. Харитонов, О. Харитонova, О. Яворська). Обговорено їх було й на конференціях, присвячених проблемам ІТ-права¹.

Попри те, що останнім часом термін “ІТ-право” широко використовується як науковцями, так і практиками для позначення норм, що стосуються сфери ІТ-відносин, загально визнаного бачення сутності цього явища у вітчизняній юриспруденції поки що не сформовано. Більше того, під час дискусій з'ясувалася наявність серйозних розбіжностей у баченні юридичної природи, змісту й обсягу поняття “ІТ-право”. Ситуація, що склалася, зумовлює необхідність пошуку відповіді на окреслені й інші питання. Адже від того, які результати буде отримано, залежить формування концепції ІТ-права і впровадження її в життя.

Мета дослідження, зважаючи на викладені обставини, полягає в пошуку й обґрунтуванні парадигми ІТ-права.

Перш ніж розпочати розгляд питань, пов'язаних із проблематикою представленої статті, варто зазначити, що, незважаючи на розмаїття позицій стосовно розуміння поняття та сутності ІТ-права, у більшості

¹ О Харитонova (ред), *Захист права інтелектуальної власності у мережі Інтернет: теоретичні та практичні аспекти*: Інтернет-конференція (Юридична література 2015); *ІТ-право: проблеми і перспективи розвитку в Україні*: Науково-практична конференція (НУ “Львівська політехніка” 2016); О Харитонova (ред), *Правове регулювання ІТ-відносин: Всеукраїнський круглий стіл* (Фенікс 2017); *ІТ-право: проблеми і перспективи розвитку в Україні: II Науково-практична конференція* (НУ “Львівська політехніка” 2017).

випадків воно розуміється як сукупність норм, що регулюють відносини, пов'язані зі створенням і використанням інформаційних технологій, при цьому його характеризують то як самостійну, то як комплексну галузь права, то як інститут права².

Аналізуючи думки вчених щодо зазначеного питання, доцільно звернути увагу на переважання у позиції прихильників виокремлення самостійної галузі ІТ-права емоційних моментів із водночас недостатньо чітким визначенням методології дослідження. Скажімо, доцільність визнання ІТ-права галуззю обґрунтовується, зокрема, значимістю відповідних відносин у бутті суспільства, необхідністю їхнього врегулювання шляхом видання законодавчих актів³.

На наш погляд, така мотивація зрозуміла з погляду емоційного, проте не може замінити раціональну складову аргументації. Вольове, зроблене всупереч об'єктивно існуючим закономірностям буття правової системи, визнання ІТ-права галуззю права (самостійною чи комплексною) не позбавляє необхідності врахування цих закономірностей у подальшому – в законотворчості, під час систематизації законодавства тощо.

Вважаємо, що визначенню сутності ІТ-права має передувати обрання методологічних засад досягнення поставленої мети. Так, необхідно обрати засади розуміння права взагалі, від чого, власне, і залежить бачення сутності ІТ-права як частини цілого (як конкретного прояву абстрактного поняття).

Не торкаючись питання про розмаїття праворозуміння, лише звернемо увагу на практично важливий поділ його на два види: загальносоціальне, коли правом визнаються суспільні явища недержавного походження й функціонування, і спеціально-соціальне, коли правом визнаються явища винятково державного походження⁴. У другому випадку має місце правовий (юридичний) позитивізм, який полягає в тому, щоб визнавати цінностями тільки норми позитивного права і зводити кожне право до норм, які діють в певну добу й у певній державі, не звертаючи увагу на те, справедливе таке право чи ні. Завдяки цьому право постає такою собі автономною дисципліною, що ототожнюється з волею держави, виразником якої воно є⁵.

Із дефініцій ІТ-права як сукупності правових норм впливає, що вони ґрунтуються на нормативістському праворозумінні, коли право

² Тарас Бачинський, *Основи ІТ-права* (Апріорі 2016) 3.

³ Ольга Сімсон, 'ІТ-право V. Інформаційного права: на зламі епох' *ІТ-право: проблеми і перспективи розвитку в Україні: II Науково-практична конференція* (НУ "Львівська політехніка" 2017) 180-7.

⁴ Петро Рабінович, *Основи загальної теорії права та держави* (10-е вид, Край 2008) 13.

⁵ Жан-Луї Бержель, *Общая теория права* (В Даниленко ред, Издательский дом NOTA BENE 2000) 48.

розглядається як система загальнообов'язкових норм, які є владно-офіційним регулятором суспільних відносин⁶.

Отже, далі розглянемо придатність такого праворозуміння для визначення феномена ІТ-права взагалі та для визнання його галуззю права зокрема. При цьому потрібно мати на увазі, що для виокремлення галузі ІТ-права з позицій такого праворозуміння має значення наявність власного предмета, методу, принципів правового регулювання, правового режиму тощо⁷.

Що ж стосується ІТ-права, то властивими практично усім його дефініціям можна вважати лише дві ознаки: 1) ІТ-право – це сукупність (система) норм; 2) ці норми регулюють ІТ-відносини.

Перша з перелічених ознак, власне, свідчить про обрання методологічним підґрунтям характеристики ІТ-права нормативістського праворозуміння, оскільки право розуміється як сукупність норм.

У свою чергу, призначенням другої ознаки є виокремлення сукупності норм ІТ-права з усіх інших правових норм, тобто “авторизація” за їхньою допомогою сфери ІТ-права. У цьому зв'язку поняття “ІТ-відносини” набуває значення критерію існування галузі ІТ-права. Враховуючи зазначене, з'ясуємо, чи можуть розглядатися ІТ-відносини як єдиний предмет правового регулювання.

Передусім зазначимо, що до ІТ-відносин належить широке коло різноманітних відносин, які регулюються нормами цивільного, господарського, адміністративного законодавства⁸. При цьому категорією “ІТ-відносини” охоплюються Інтернет-відносини, що є частиною відносин у віртуальному просторі, учасники яких – носії суб'єктивних прав та обов'язків у Інтернеті⁹, інформаційні відносини, що розглядаються і як предмет окремої галузі права, і як інститут цивільного права¹⁰.

Припускаючи можливість існування кожної із наведених позицій, з'ясуємо потенційну однорідність відносин, що є тут предметом правового регулювання, а потім розглянемо обґрунтованість виокремлення відповідного правового масиву та ступінь його відокремленості. Адже будь-які зусилля законодавців створити галузь права чи законо-

⁶ Михаил Байтин, *Суцність права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков)* (2-е изд, ООО ИД “Право и государство” 2005) 59-80.

⁷ Р. Ляшенко, ‘Проблемні питання формування нових галузей права’ *Teoretyczne i praktyczne innowacje naukowe: zbiór raportów naukowych* (Diamondtradingtour 2013) 44-7 <<http://ir.znau.edu.ua/handle/123456789/3654>> дата звернення 20 Листопад 2017.

⁸ Бачинський (н 2).

⁹ Илья Рассолов, ‘Право и Интернет: теоретические проблемы’ (автореф дис д-ра юрид наук, Государственное образовательное учреждение высшего профессионального образования “Российская правовая академия Министерства юстиции Российской Федерации” 2008) 8.

¹⁰ Олена Кохановська, ‘Приватно-правове розуміння інформаційних відносин в Україні’ *ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні: Науково-практична конференція* (НУ “Львівська політехніка” 2016) 202-213.

давства не можуть завершитися успішно, якщо предметом регулювання слугують різнорідні відносини.

Співвідношення між вказаними вище відносинами, на наш погляд, має вигляд часткового накладення кіл, оскільки не всі інформаційні відносини є технологічними, у свою чергу, не всі технологічні відносини – інформаційні. Так само не всі Інтернет-відносини є інформаційними. Тому ІТ-відносини можна вважати єдиним предметом правового регулювання лише з суттєвими застереженнями, що вже саме по собі ставить під сумнів коректність постановки питання про розгляд ІТ-права як окремої галузі.

Ще більше сумнівів з'являється зі спробами віднайти єдиний метод правового регулювання, в якому було б відображено засади, властиві відповідній галузі.

Розглядаючи метод правового регулювання як критерій виокремлення галузі права, виходимо з того, що він є сукупністю специфічних прийомів юридичного впливу на учасників суспільних відносин у певній сфері буття суспільства.

При цьому потрібно враховувати первісне розділення імперативного та диспозитивного методів правового регулювання як основних прийомів юридичного впливу, що визначають головне у правовому статусі суб'єктів, у їх вихідних юридичних позиціях. Імперативний метод (метод субординації) характеризується тим, що регулювання здійснюється зверху вниз і ґрунтується на владно-імперативних засадах. Відтак, публічно-правові галузі охоплюють інституції та інститути, що функціонують у вертикальній площині суспільних відносин, ґрунтуються на засадах влади та підпорядкуванні (субординації) суб'єктів відповідних правовідносин. Диспозитивний метод (метод координації) характерний для регулювання на засадах формальної рівності, ініціативності та вільного розсуду учасників відповідних відносин. На процес такого регулювання впливає активність учасників суспільних відносин, які регулюються за їх допомогою. У характерних особливостях диспозитивного методу проявляються особливості приватного права як наднаціонального феномена, що складається передусім із сукупності гуманітарних ідей, правових принципів, правил і норм, які стосуються визначення статусу й захисту інтересів окремої особи (людини). Диспозитивний та імперативний методи у різному співвідношенні наявні в галузевих методах правового регулювання (цивільно-правовому й адміністративно-правовому).

Оскільки до ІТ-сфери належать різноманітні інформаційні, інформаційно-технологічні, комунікативні тощо відносини, які за своєю сутністю є соціальними зв'язками “по горизонталі” та “по вертикалі”, при-

родним убачається те, що для їхнього впорядкування використовують як диспозитивний, так і імперативний методи. Ця обставина дає підстави для висновку про відсутність єдиного методу правового регулювання відносин в ІТ-сфері. Натомість, залежно від типу відносин, що регулюються, і конкретних завдань може застосовуватися цивільно-правовий чи адміністративно-правовий метод.

Підсумовуючи викладене, доходимо висновку, що спроби кваліфікувати комплексне правове регулювання інформаційних відносин постіндустріального суспільства як формування особливої сукупності норм – нової галузі права, некоректні, оскільки з позицій нормативістського праворозуміння галузі ІТ-права (так само й Інтернет-права, інформаційного права як галузей права) не існує.

У контексті наведеного постає питання про можливість визнання ІТ-права комплексною галуззю права.

Варто зазначити, що існування комплексних галузей права тривалий час залишається предметом дискусій¹¹. З погляду загальної теорії права існування комплексних галузей можливе, але із застереженням, що вести мову про такі комплексні утворення правових норм варто не щодо галузей права, а стосовно галузей законодавства¹². Потрібно додати, що, на думку деяких правознавців, наразі до таких галузей права потрібно відносити тільки процесуальні галузі¹³. Тому більш виправданою убачається оцінка ІТ-права як сукупності актів законодавства, що регулюють ІТ-відносини, яка з певною мірою умовності може іменуватися “ІТ-законодавством”¹⁴. Утім, така оцінка та найменування нічого практично не дають, оскільки єлише констатацією існування фактичного стану речей.

Таким чином, спроби охарактеризувати ІТ-право з погляду нормативістського праворозуміння мають негативний результат.

Однак такий висновок не відповідає потребам та очікуванням сучасного інформаційного суспільства. Можна навіть вважати його ухилянням від відповіді на виклик часу.

Тому далі виходитимемо з того, що наведений висновок не заперечує можливості використання терміна “ІТ-право”, так само, як не викликає сумніву виправданість існування феномена “ІТ-право”. Однак останній має характеризуватися з позицій не нормативістського праворозуміння, а цивілізаційного підходу, коли право розглядається як цивілізаційний

¹¹ В Хряпченко, ‘Від критеріїв поділу системи права на галузі до комплексних галузей права’ (2015) 55 Актуальні проблеми політики 307.

¹² М Саннікова, ‘До питання комплексних утворень у системі права України (на прикладі аграрного права)’ (2014) 27 Державне будівництво та місцеве самоврядування 104.

¹³ А Миколенко, ‘Чи існують комплексні галузі права?’ (2003) 6 Правова держава 203.

¹⁴ К Пестова та В Кравчук, ‘ІТ-законодавство: проблеми, пріоритети та напрями розвитку’ *ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні: Науково-практична конференція* (НУ “Львівська політехніка” 2016) 126.

феномен, який одночасно є елементом соціально-політичного устрою та елементом суспільної свідомості. Варто зазначити, що останнім часом навіть деякі з тих правознавців, які проводили дослідження на основі нормативістського праворозуміння, звертають увагу на необхідність переосмислення окремих парадигм юриспруденції, що виражається у зміні акцентів загальновизнаних критеріїв поділу права на галузі. При цьому трансформації пов'язуються з необхідністю врахування значення правосвідомості для структурування системи права¹⁵, тобто йдеться фактично про використання концептного методу дослідження).

Згідно з такою позицією право розглядається як концепт (*conceptus* – думка, уявлення, поняття), інакше кажучи, як сукупність уявлень, понять, знань, асоціацій, емоцій, що виникають у зв'язку з використанням терміна “право”, супроводжують і характеризують його. Відповідно, ІТ-право можна розуміти як сукупність уявлень, понять, знань, асоціацій, емоцій, які виникають у зв'язку з правовим впорядкуванням суспільних відносин, пов'язаних зі створенням і використанням інформаційних технологій.

Розглядаючи ІТ-право під таким кутом зору, йдеться, по суті, про створення та визнання парадигми, альтернативної позиціям, що набули нині певної популярності у вітчизняній юриспруденції, проте не забезпечені відповідним науково-теоретичним підґрунтям. На наш погляд, викладений підхід унеможлиблює виникнення проблем методологічного характеру, які неминуче з'являються під час визначення ІТ-права на основі нормативістського бачення поняття та сутності права.

Доцільно наголосити, що розгляд ІТ-права як концепту не заперечує “нормативного” (законодавчого) наповнення цього поняття, але позбавляє необхідності оцінювати його як систему правових норм, що утворюють галузь права, відповідні правові інститути тощо. Натомість може йтися про структуру ІТ-права, яка відображає систему нормативного наповнення цього концепту.

Особливо багато ІТ-відносин виникає у сфері цивільно-правового регулювання: ІТ-договори про надання послуг з програмного забезпечення або із його розробки; ІТ-договори про роботу з фізичною особою-підприємцем або програмістом; юридичний супровід фрілансерів; юридичний аудит ІТ-компаній; правовий захист веб-сторінок і контенту; оформлення та захист авторських прав і торгової марки в Інтернеті; оформлення договору купівлі-продажу сайту, домену, бренда тощо; правове забезпечення діяльності інтернет-магазинів; створення і реєстрація

¹⁵ Т. Михайліна, ‘Правосвідомість у площині структуралізації системи права’ (2017) 10 Підприємництво, господарство і право 192.

юридичних осіб у цій галузі; ліцензійні угоди; захист прав інтелектуальної власності; захист інформації тощо¹⁶.

Таке розмаїття відносин, пов'язаних із інформаційними технологіями, на практиці створює суттєві незручності під час: пошуку актів законодавства, що застосовуються для регулювання певного виду таких відносин; пошуку та систематизації матеріалів практики; субсидіарного застосування норм законодавства, застосування аналогії закону.

Отже, маємо визначити орієнтири для встановлення кола норм, які можуть бути віднесені до концепту “ІТ-право”.

Передусім потрібно зазначити, що за межами ІТ-права знаходяться, зокрема, норми адміністративного, кримінального, митного, податкового права, оскільки зазначені галузі як управлінські й охоронні можуть стосуватися різних видів суспільних відносин, забезпечуючи їхнє впорядкування та охорону. Рівною мірою це можуть бути, скажімо, підприємницькі, аграрні, транспортні, екологічні відносини. Навряд чи є достатньо підстав для включення норм зазначених “охоронних” галузей до складу кожної галузі чи підгалузі права, яку вони “обслуговують”.

Наступним кроком структурування ІТ-права має бути розрізнення цього поняття у широкому й вузькому значеннях.

Під ІТ-правом у широкому сенсі розуміємо сукупність усіх норм і правил, що регулюють діяльність із використання інформаційних технологій та інформаційної правомірної активності в Інтернеті.

Структура ІТ-права у широкому сенсі виглядає як дещо інтегрована система багаторівневого порядку, що містить приватноправові та публічно-правові елементи. Необхідність врахування приватноправового та публічно-правового забарвлення ІТ-відносин має враховуватися, аби визначити пріоритетність інтересів (приватні чи публічні) і на цьому підґрунті – особливості методів правого регулювання, що застосовуються. Водночас публічно-правові ІТ-відносини за своєю сутністю можуть складатися і в галузі цивільного права. Наприклад, такими є відносини цивільної відповідальності за шкоду, завдану цивільними правопорушеннями у сфері ІТ-відносин. Врахування цієї обставини має прагматичне значення, оскільки на практиці необхідно мати на увазі, що такі відносини врегульовано лише нормами актів законодавства, їх не можна змінити, припинити за домовленістю.

ІТ-відносини, пов'язані зі створенням і припиненням юридичних осіб, відносини інтелектуальної власності, договірні відносини за участю суб'єктів ІТ-відносин, відносини спадкування тощо належать до приват-

¹⁶ Бачинський (н 2).

ноправової сфери правового регулювання. Такі відносини здебільшого є регулятивними, але у деяких випадках можуть також супроводжуватися цивільними організаційними відносинами (зокрема, створення юридичних осіб). Оскільки йдеться про сферу приватного права, де діє принцип “дозволено все, що не заборонено законом”, існування якого забезпечує надання договору значення норми цивільного законодавства, можна стверджувати, що саме за його допомогою складається основний масив норм, які можуть бути віднесені до ІТ-права.

Таким чином, ІТ-право у вузькому розумінні – це регулятивні норми (в основному цивільно-правові), що забезпечують функціонування ІТ-відносин. Структура ІТ-права у цьому сенсі має такий вигляд:

1) загальні положення цивільного законодавства, що стосуються ІТ-відносин (до них належать: засади цивільного законодавства; положення про аналогію закону й аналогію права; підстави виникнення цивільних прав та обов’язків у сфері ІТ-відносин; самозахист і захист суб’єктивних прав; положення про об’єкти цивільних прав, зокрема про інформацію як такий об’єкт; положення про правочини; представництво; строки та терміни; захист особистих немайнових прав фізичної особи тощо);

2) положення цивільного законодавства, що стосуються суб’єктного складу ІТ-відносин (створення та припинення юридичних осіб; визначення видів юридичних осіб і форм товариств, які можуть створюватися для забезпечення діяльності в ІТ-сфері; внесення продуктів ІТ як частки у статутний фонд; норми, що опосередковують внутрішньокорпоративні відносини; захист прав корпорацій);

3) положення цивільного законодавства, що стосуються прав інтелектуальної власності (зокрема, про: визначення інформації та об’єктів прав інтелектуальної власності; правове обслуговування програмного забезпечення; захист інформації та прав інтелектуальної власності; оформлення і захист авторських прав та торгової марки в Інтернеті; правовий захист веб-сторінок і контенту; ліцензійні угоди);

4) загальні положення цивільного законодавства, що стосуються договорів у сфері ІТ-відносин, та положення про окремі види договорів у ІТ-сфері;

5) положення цивільного законодавства, що стосуються недоговірних відносин у сфері ІТ (зокрема, про: оголошення винагороди, конкурсу щодо продуктів ІТ; діяльність у сфері ІТ-відносин в інтересах іншої особи без її доручення; відшкодування шкоди, завданої у сфері ІТ-відносин; повернення безпідставно отриманого (збереженого) майна у сфері ІТ-відносин);

б) положення цивільного законодавства, що стосуються спадкування у сфері ІТ-відносин (складання заповіту на продукти ІТ-відносин і його виконання; спадкування інтелектуальної власності на продукти ІТ, авторських прав на них тощо; поділ успадкованих прав на продукти ІТ між кількома спадкоємцями; перехід прав на продукти ІТ за спадковим договором тощо);

7) положення сімейного законодавства, що стосуються, зокрема: прав подружжя на продукти ІТ; поділу спільної сумісної власності подружжя на продукти ІТ; встановлення права власності на продукти ІТ за шлюбним договором; захисту прав неповнолітніх членів сім'ї у ІТ-відносинах.

Висновки. Оскільки подібну структуру може мати не лише концепт “ІТ-право”, а й інші схожі концепти нормативних утворень (скажімо, підприємницького права, корпоративного права), доцільним убачається виокремлення ІТ-права у спеціальному сенсі. При цьому до відповідного нормативного масиву потрібно віднести лише ті норми, що стосуються суто сфери ІТ-відносин: інформаційних відносин; відносин створення і використання програмного забезпечення; Інтернет-відносин та деяких інших.

Насамкінець варто зазначити, що з таких позицій ІТ-право можна розглядати не тільки як концепт, а і як навчальну дисципліну, предметом вивчення якої є ІТ-право як концепт, а також правові концепти, які виникають та існують у зв'язку зі створенням і використанням інформаційних технологій.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bachynskiy T, *Osnovy IT-prava [Foundations of IT-law]* (Apriori 2016) (in Ukrainian).
2. Bajtin M, *Sushhnost' Prava (sovremennoe normativnoe pravoponimanie na grani dveh vekov) [The Essence of Law (Modern Understanding of Regulatory Law on the Verge of Two Centuries)]* (2-e izd, OOO ID “Pravo i gosudarstvo” 2005) (in Russian).
3. Rabinovych P, *Osnovy zahalnoi teorii prava ta derzhavy [Foundations of the General Theory of Law and State]* (10-e vyd, Krai 2008) (in Ukrainian).

Edited books

4. Berzhel' Z-L, *Obshhaja teoriya prava [General Theory of Law]* (V Danilenko red, izdatel'skij dom NOTA BENE 2000) (in Russian).

Articles

5. Khriapchenko V, 'Vid kryteriiv podilu systemy prava na haluzi do kompleksnykh haluzei prava' ['From the Criteria for Dividing the System of Law into Branches to Comprehensive Branches of Law'] (2015) 55 Aktualni problemy polityky 307 (in Ukrainian).
6. Mikhailina T, 'Pravosvidomist u ploshchyni strukturalizatsii systemy prava' ['Legal Consciousness in the Context of Law System Structuring'] (2017) 10 Pidpriemnytstvo, gospodarstvo i pravo 192 (in Ukrainian).
7. Mykolenko A, 'Chy isnuut kompleksni haluzi prava?' ['Are There Comprehensive Branches of Law?'] (2003) 6 Pravova derzhava 203 (in Ukrainian).
8. Sannikova M, 'Do pytannia kompleksnykh utvoren u systemi prava Ukrainy (na prykladi ahrarnoho prava)' ['On the Issue of Comprehensive Formations in the Law System of Ukraine (on the Example of Agrarian Law)'] (2014) 27 Derzhavne budivnytstvo ta mistseve samovriaduvannia 104 (in Ukrainian).

Conference papers

9. *IT-pravo: problemy i perspektyvy rozvytku v Ukraini: Naukovo-praktychna konferentsiia [IT-Law: Development Issues and Prospects in Ukraine: Scientific and Practical Conference]* (NU "Lvivska politekhnikha" 2016) (in Ukrainian).
10. *IT-pravo: problemy i perspektyvy rozvytku v Ukraini: II Naukovo-praktychna konferentsiia [IT-Law: Development Issues and Prospects in Ukraine: Scientific and Practical Conference]* (NU "Lvivska politekhnikha" 2017) (in Ukrainian).
11. Kharytonova O (red), *Pravove rehuliuвання IT-vidnosyn: Vseukrainskyi kruhlyi stil [Legal Regulation of IT-Relations: the All-Ukrainian Round Table]* (Feniks 2017) (in Ukrainian).
12. Kharytonova O (red), *Zakhyst prava intelektualnoi vlasnosti u merezhi Internet: teoretychni ta praktychni aspekty: Internet-konferentsiia [Protection of Intellectual Property Right on the Internet: Theoretical and Practical Aspects: Internet Conference]* (Yurydychna literatura 2015) (in Ukrainian).
13. Kokhanovska O, 'Pryvatno-pravove rozuminnia informatsiinykh vidnosyn v Ukraini' ['Understanding of Information Relations in Ukraine from the Perspective of Private Law'] *IT-Pravo: Problemy i Perspektyvy Rozvytku v Ukraini: Naukovo-Praktychna Konferentsiia [IT-Law: Development Issues and Prospects in Ukraine: Scientific and Practical Conference]* (NU "Lvivska politekhnikha" 2016) (in Ukrainian).
14. Liashenko R, 'Problemni pytannia formuvannia novykh haluzei prava' ['Topical Issues Ensuing from the Onset of new Branches of Law'] *Teoretyczne i praktyczne innowacje naukowe: zbiór raportów naukowych* (Diamondtradingtour 2013) <<http://ir.znau.edu.ua/handle/123456789/3654>> accessed 17 November 2017 (in Ukrainian).
15. Pestova K ta Kravchuk V, 'IT-zakonodavstvo: problemy, priorityty ta napriamy rozvytku' ['IT-Legislation: Issues, Priorities and Areas of Development'] *IT-pravo: problemy i perspektyvy rozvytku v Ukraini: Naukovo-praktychna konferentsiia [IT-Law: Development Issues and Prospects in Ukraine: Scientific and Practical Conference]* (NU "Lvivska politekhnikha" 2016) (in Ukrainian).
16. Simson O, 'IT-pravo V. Informatsiinoho prava: na zlami epoch' ['IT-Law V. Information Law: on the Edges'] *IT-pravo: problemy i perspektyvy rozvytku v Ukraini: II Naukovo-praktychna konferentsiia [IT-Law: Development Issues and Prospects in Ukraine: Second Scientific and Practical Conference]* (NU "Lvivska politekhnikha" 2017) (in Ukrainian).

Thesis abstracts

17. Rassolov I, 'Pravo i Internet: teoreticheskie problemy' ['Law and the Internet: Theoretical Issues'] (avtoref dis d-ra jurid nauk, Gosudarstvennoe obrazovatel'noe uchrezhdenie vysshogo professional'nogo obrazovaniya "Rossijskaja pravovaja akademija Ministerstva justicii Rossijskoj Federacii" 2008) (in Russian).

Evgen Kharitonov, Olena Kharitonova

THE ESSENCE OF IT-LAW: SEARCHING FOR THE PARADIGM

ABSTRACT. The rapid development of information technologies accentuates the need for regulation of the ensuing relations. Such regulation is possible through the technologies proper or by legal regulation means. If the latter way is selected, the relevance of study of the “IT-law” category comes to the forefront.

The purpose of this article is to present own vision of the optimal methodological basis for the search and justification of the “IT-law” paradigm.

The article demonstrates the inconsistency of attempts to qualify comprehensive legal regulation of relations within the framework of information society as a set of rules – a new branch of law, since in terms of normativist understanding of law, there are no such branches of law as IT-law, Internet-law and information law, etc. Instead, it is proposed to consider IT-law as a concept – a set of ideas, notions, knowledge, and associations ensuing from legal regulation of social relations related to the creation and use of information technologies.

Therefore, the optimal methodological basis for defining the essence of IT-law would be to view it as a concept with a certain “normative content”. Such an approach allows avoiding the assessment of IT-law as a system of legal provisions which constitute a branch of law and relevant legal institutions etc. In this context it seems reasonable to understand the concept of “IT-law” in a wide, narrow and special sense with the appropriate structuring.

KEYWORDS: IT-law; IT-relations; concept; normativist understanding of law; branch of law; branch of legislation.



Руслан Стефанчук

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
голова Редакційної ради
юридичного журналу “Право України”
(м. Київ, Україна)
r.stefanchuk@gmail.com

УДК 340.11:004

ІНФОРМАЦІЙНІ ТЕХНОЛОГІЇ ТА ПРАВО: *QUO VADIS?*

АНОТАЦІЯ. Зміна суспільних відносин, зумовлена створенням і бурхливим розвитком інформаційних технологій, потребує швидкої та адекватної реакції з боку права. Водночас сучасний правовий механізм регулювання і охорони суспільних відносин не може повною мірою належно забезпечити відповідні зміни, спричинені експансією ІТ.

Мета статті полягає у здійсненні первинного аналізу стану готовності вітчизняної правової системи до змін соціальних відносин, що відбуваються у результаті бурхливого розвитку ІТ, а також прогностичному визначенні основних сфер суспільного життя, які мають бути максимально підготовлені до напрацювання та впровадження нових правових механізмів.

Стан нормативно-правового забезпечення сфери ІТ в Україні має початковий рівень, який надає можливість лише доганяти розвинуті правові порядки, а не відігравати роль лідера. На сьогодні немає навіть натяків на формування єдиного, концептуально нового, системного, всеохоплюючого правового механізму, за допомогою якого можна було б комплексно забезпечити динаміку суспільних відносин, спричинену бурхливим розвитком сфери ІТ. Ані науковці-правники, ані законотворці не готові до формування правової політики в цій сфері, визначення меж та умов комплексного нормативно-правового регулювання застосування сучасних інноваційних підходів, методологій і технологій, зокрема й *Blockchain*, Інтернету речей, хмарної інфраструктури, *Mobile ID*, *sharing economy*, просування методики опрацювання даних великих обсягів (*Big Data*), визначення правової природи криптовалюти, процесу майнінгу, смарт-контрактів, токенив, *ICO* тощо.

Розвиток ІТ, як і подальша інтеграція Інтернету в суспільне життя, є неминучими й не залежатимуть від бажань держави. Питання полягатиме в готовності права запропонувати цим змінам сучасний, системний та адекватний підхід для того, щоб забезпечити належне регулювання цієї сфери з метою використання її на благо суспільства загалом та окремих осіб зокрема. На сьогодні перспективним убачається формування правової політики, спрямованої на процеси цифровізації людини та суспільних відносин. Основою такого процесу могла б стати технологія

© Руслан Стефанчук, 2018

блокчейну, застосування якої сприятиме забезпеченню прозорості, ефективності, пришвидшенню процесів у більшості сфер життєдіяльності людини.

Ключові слова: інформаційні технології; Інтернет; штучний інтелект; роботизація; блокчейн; криптовалюта; “розумний” контракт; електронна комерція; Інтернет речей; економіка спільної участі.

Сьогодні людство живе у період стрімкої зміни суспільних відносин, що зумовлено створенням і бурхливим розвитком інформаційних технологій (далі – ІТ). Якщо проаналізувати історію, то подібний злам соціальних взаємозв'язків, який так глибоко вплинув на рівень та якість життєбуття, можна порівняти хіба що із винайденням писемності.

Для наочності зазначеного хотілося б навести кілька статистичних фактів. Із Офіційного лічильника днів існування Інтернету (*howoldistheinternet.net*) убачається, що станом на 1 січня 2018 р. цій всесвітній системі сполучених комп'ютерних мереж усього-навсього виповнилося 10 522 дні. Проте вже за 4 роки з моменту його появи кількість користувачів становила понад 50 млн осіб. Для порівняння: аби досягти такого рівня аудиторії телебаченню знадобилось 13 років, а радіо – 38 років. Станом на сьогодні кількість користувачів у мережі Інтернет сягає 3,88 млрд осіб. При цьому найбільше їх зареєстровано в Ісландії (100%), Антарктиді (100%), Королівстві Норвегія (99,6%), Князівстві Андорра (97,9%), Королівстві Данія (96,9%), Сполученому Королівстві Великої Британії (94,8%) та Північній Ірландії (93,3%), Нідерландах (94,8%), Державі Катар (94,3%), Японській Державі (94%), Королівстві Швеція (92,9%), Південній Кореї (92,7%), Фінляндії (92,5%), Естонській Республіці (91,6%), Об'єднаних Арабських Еміратах (90,6%), Канаді (90,1%), Федеративній Республіці Німеччина (89,6%), Швейцарській Конфедерації (89,4%), Австралії (88,2%), Сполучених Штатах Америки (87,9%), Французькій Республіці (86,8%) тощо¹. Що стосується України, то згідно з останніми статистичними даними кількість людей, які систематично використовують Інтернет, становить 66%, до того ж розподіл користувачів за віковими групами доволі рівномірний². Щодня через мережу Інтернет надсилається 269 млрд листів, 70–80% з яких – “спам”. Очікується, що до 2020 р. близько 40 млрд гаджетів буде підключено до Інтернету. Однак зрозуміло, що така шалена популярність всесвітньої системи сполучених комп'ютерних мереж має і недоліки. Так, кожен користувач, не пов'язаний зі сферою Інтернету, щодня проводить у мережі близько п'яти годин, що, без-

¹ 'Internet World Stats' (*Internet World Stats*) <www.internetworldstats.com> accessed 20 December 2017.

² Галина Машенко, 'Представляємо результати дослідження поведінки українського інтернет-користувача Google Connected Consumer Study 2017' (*Офіційний блог – Google Україна*, 2 Жовтень 2017) <<https://ukraine.googleblog.com/2017/10/google-connected-consumer-study-2017.html>> accessed 20 December 2017.

умовно, сприяє формуванню у нього пов'язаних із цим наслідків, як-от: викривлення соціальної дійсності, формування певних адикцій (стійких залежностей). У Китаї, приміром, навіть відкрили лікувальні табори для Інтернет-наркоманів (людей, які мають залежність від Інтернету).

Це та дійсність, із якою доводиться мати справу сьогодні. Що ж до прогнозів, то вони більш запаморочливі – відповідно до оцінок багатьох технологічних футурологів найближчим часом очікується технологічний бум значного масштабу. На думку засновника компанії *Microsoft* Б. Гейтса (*B. Gates*), до 2030 р. 2 млрд людей, які не мають постійного банківського рахунку, зберігатимуть кошти та здійснюватимуть перекази за допомогою власних телефонів. До цього ж року він передбачає революційний прорив у світі альтернативної енергетики. Також Б. Гейтс стверджує, що на більшості робочих місць перебуватимуть роботи, і це вже сьогодні спонукає шукати можливості обкладати їх податками для фінансування тих робочих місць, на яких можуть працювати винятково люди (наприклад, догляд за людьми похилого віку або робота з дітьми)³. Як вважає керівник компаній *SpaceX* та *Tesla Motors* І. Маск (*E. Musk*), уже в 2024 р. людство може сягнути Марса, у 2033 р. сонячна енергія стане основним енергетичним джерелом на нашій планеті, до 2035 р. практично весь автомобільний транспорт на Землі буде автономним, штучний інтелект набагато небезпечніший, аніж ядерна зброя, в найближчому майбутньому можливе поєднання біологічного і кіберінтелекту⁴. Однак найбільш вражаючі передбачення висловив технічний директор Інтернет-гіганту *Google* та відомий технологічний футуролог Р. Курцвел (*R. Kurzweil*), який, ґрунтуючись на сучасних показниках розвитку суспільства та ІТ-сфери, зробив прогноз до 2099 р. щодо розвитку ІТ-індустрії⁵. З-поміж інших його передбачень найцікавішими є такі:

До 2020 р. комп'ютери досягнуть потужностей людського мозку; у 2022 р. в США та Європі будуть приймати закони, що регулюватимуть відносини людей і роботів; у 2029 р. комп'ютер пройде тест Тьюрінга на предмет наявності у ньому розуму, що фактично стане створенням розумного штучного інтелекту; в 2038 р. з'являться роботизовані люди; 2042 р. буде роком першої потенційної реалізації безсмертя; у 2044 р. небіологічний інтелект у мільярди разів стане розумнішим, аніж біологічний...

³ Chris Weller, '7 wild predictions Bill Gates has made that could come true' (*Business Insider*, 4 May 2017) <www.businessinsider.com/bill-gates-wild-predictions-2017-5> accessed 21 December 2017.

⁴ Cadie Thompson, '11 wild predictions Elon Musk has made about the future' (*Business Insider*, 9 December 2017) <www.businessinsider.com/elon-musk-predictions-2017-8> accessed 21 December 2017.

⁵ 'Predictions made by Ray Kurzweil', *Wikipedia* <https://en.wikipedia.org/wiki/Predictions_made_by_Ray_Kurzweil> accessed 20 December 2017.

Звичайно, сьогодні в такі прогнози повірити складно, але їх зробили люди, які не просто пророкують зміни світу, а й самі їх творять. Тому все наведене свідчить про те, що сучасні ІТ суттєво змінюють життя людини, а отже, й відповідні суспільні відносини. Це означає, що право зі своїм складним і подекуди доволі неповоротким та недосконалим інструментарієм має відповідати викликам суспільства і забезпечувати права й охоронювані законом інтереси. У цьому зв'язку постають наведені далі запитання. Чи готове право до нових технологічних викликів? Чи готова вітчизняна юридична наука запропонувати праву концептуально нову методологічну базу для впровадження цих змін?

Сьогодні, на жаль, доводиться констатувати, що в Україні практично немає ґрунтовних, системних і комплексних досліджень у сфері ІТ-права. Приємним винятком із зазначеного є поодинокі праці на рівні підручників таких відомих вітчизняних науковців, як Є. Харитонов, О. Харитонова⁶, О. Яворська⁷, Т. Бачинський⁸, що вийшли друком останнім часом. Решта ж наукових доробків має фрагментарний характер і присвячена окремим аспектам використання ІТ у визначених сферах суспільного життя.

Песимістичності настрою додає також стан наявних наукових розробок, виконаних на рівні дисертаційних досліджень. Так, згідно з даними Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського за весь період проведення дисертаційних досліджень з усіх спеціальностей не набралось навіть десятка дисертацій⁹, присвячених проблемам Інтернету.

Зовсім інша ситуація склалася серед іноземних науковців: цій проблематиці присвячено низку фундаментальних праць на рівні монографій і підручників¹⁰, спеціальних фахових періодичних видань, відповід-

⁶ Олена Харитонова та Євген Харитонов (ред.), *ІТ-право: сутність та поняття* (Фенікс 2017).

⁷ Олександра Яворська та інші, *ІТ право* (Олександра Яворська ред, Видавництво "Левада" 2017).

⁸ Тарас Бачинський та Роман Радейко та Олена Харитонова, *Основи ІТ-права* (Юрінком Інтер 2017).

⁹ Олександр Пастухов, 'Авторське право у сфері функціонування всесвітньої інформаційної мережі Інтернет' (автореф дис канд юрид наук, Інститут держави і права імені В М Корецького Національної академії наук України 2002); Дмитро Бойко, 'Правова природа доменних імен Інтернет' (автореф дис канд юрид наук, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого 2005); Максим Гура, 'Цивільно-правова охорона Інтернет-сайту в Україні' (автореф дис канд юрид наук, Інститут держави і права імені В М Корецького Національної академії наук України 2006); Олександр Присяжнюк, 'Основи концепції правового регулювання інтернет-відносин в Україні (загальнотеоретичні аспекти)' (автореф дис канд юрид наук, Харківський національний університет внутрішніх справ 2007); Карина Шахбазян, 'Міжнародно-правові основи регулювання відносин в мережі Інтернет' (автореф дис канд юрид наук, Київський національний університет імені Тараса Шевченка 2009); Людмила Одегова, 'Цивільно-правове регулювання розрахунків з використанням Інтернет-банкінгу' (автореф дис канд юрид наук, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф Г Бурчака Національної академії правових наук України 2013); Олександр Радкевич, 'Цивільно-правова охорона і захист персональної інформації в мережі Інтернет' (автореф дис канд юрид наук, Національна академія внутрішніх справ 2014); Оксана Карпенко, 'Інтернет-послуга як об'єкт цивільно-правових відносин' (автореф дис канд юрид наук, Харківський національний університет імені В Н Каразіна 2015); Валерія Філінович, 'Веб-сайт як особливий об'єкт права інтелектуальної власності' (автореф дис канд юрид наук, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2015).

¹⁰ Andrew Murray, *The Regulation of Cyberspace: Control in the Online Environment* (Routledge-Cavendish 2006);

них навчальних програм у провідних правничих школах світу. Це вже та реальність, із якою вони готові сприйняти зміни, спричинені експансією ІТ у суспільне життя.

Мета дослідження полягає у здійсненні первинного аналізу стану готовності вітчизняної правової системи до змін соціальних відносин, спричинених бурхливим розвитком ІТ, а також прогностичному визначенні основних сфер суспільного життя, які мають бути максимально підготовлені до напрацювання та впровадження нових правових механізмів.

Попри те, що офіційною точкою появи українського сегмента мережі Інтернет вважається 1 грудня 1992 р., коли Україні було офіційно делеговано домен “.ua”, на рівні нормативно-правових актів про Інтернет фактично вперше заговорили лише у Посланні Президента України до Верховної Ради України “Україна: поступ у ХХІ століття Стратегія економічної та соціальної політики на 2000–2004 рр.”, у якому все звелось до одного абзацу: “Особливу увагу слід приділити розвитку мережі “Інтернет” в Україні”¹¹. Більш комплексно це питання згодом було розглянуто в Указі Президента України “Про заходи щодо розвитку національної складової глобальної інформаційної мережі Інтернет та забезпечення широкого доступу до цієї мережі в Україні”¹².

Минуло майже 18 років і, як свідчать дані офіційного порталу Верховної Ради України, 3 648 нормативно-правових актів тим чи іншим чином регулюють відносини, опосередковані Інтернетом. Водночас аналіз цих актів дає підстави стверджувати, що регулювання відносин у сфері ІТ має в Україні несистемний характер, юридично регламентуючи лише окремі сфери, в яких вони використовуються.

Одна з таких сфер – сфера інформаційних відносин, що, безумовно, виправдано, адже Інтернет має найглибшу інтегрованість передусім із

Steve Hedley and Tanya Aplin (eds), *Blackstone's Statutes on IT and e-Commerce* (4th edn, Blackstone Press 2008); Lilian Edwards and Charlotte Waelde (eds), *Law and the Internet* (3rd edn, Hart Publishing 2009); Diane Rowland and Uta Kohl, *Information Technology Law* (4th edn, Routledge 2011); Chris Reed, *Making Laws for Cyberspace* (OUP 2012); Faye Fangfei Wang, *Law of Electronic Commercial Transactions: Contemporary Issues in the EU, US and China* (Routledge Research in IT and E-Commerce Law) (2nd edn, Routledge 2014); Alan Calder and Steve Watkins, *IT Governance: An International Guide to Data Security and ISO27001/ISO27002* (6th edn, Kogan Page 2015); David W Tollen, *The Tech Contracts Handbook: Cloud Computing Agreements, Software Licenses, and Other IT Contracts for Lawyers and Businesspeople* (2nd edn, American Bar Association 2016); Andrew Murray, *Information Technology Law: The Law and Society (Law & Society)* (3rd edn, OUP 2016); Ian Lloyd, *Information Technology Law* (8th edn, OUP 2017); Diane Rowland and Uta Kohl and Andrew Charlesworth, *Information Technology Law* (5th edn, Routledge 2016); Ian Lloyd, *Cyber Law in the United Kingdom* (3rd edn, Wolters Kluwer Law & Business 2017) etc.

¹¹ Україна: поступ у ХХІ століття Стратегія економічної та соціальної політики на 2000–2004 рр.: Послання Президента України до Верховної Ради України від 23 лютого 2000 р. № 276а/2000. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/276%D0%B0/2000> (дата звернення: 22.12.2017).

¹² Про заходи щодо розвитку національної складової глобальної інформаційної мережі Інтернет та забезпечення широкого доступу до цієї мережі в Україні: Указ Президента України від 31 липня 2000 р. № 928/2000. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/928/2000> (дата звернення: 22.12.2017).

інформацією загалом. Незважаючи на те, що у базовому Законі України “Про інформацію”¹³ взагалі не йдеться про Інтернет, окремі нормативні засади його використання включено до іншого спеціального інформаційного законодавства. Як приклад можна навести, зокрема, положення, які закріплюють юридичні гарантії надіслання письмового звернення громадянина з використанням мережі Інтернет чи засобів електронного зв’язку, а також електронної петиції (статті 5, 23 Закону України “Про звернення громадян”)¹⁴, доступу до інформації шляхом систематичного й оперативного її оприлюднення на офіційних веб-сайтах у мережі Інтернет (ст. 5 Закону України “Про доступ до публічної інформації”)¹⁵.

Дещо більш розширена специфічна галузь інформаційного законодавства, що стосується діяльності в сфері телекомунікацій, у якому вперше надається юридичне визначення терміно-поняття “Інтернет” як все-світньої інформаційної системи загального доступу, яка логічно зв’язана глобальним адресним простором і базується на Інтернет-протоколі, визначеному міжнародними стандартами (ст. 1 Закону України “Про телекомунікації”)¹⁶. У цьому нормативно-правовому акті міститься також низка інших визначень із глосарія термінів, пов’язаних з ІТ, як-от: “адреса мережі Інтернет”, “адресний простір мережі Інтернет”, “домен”, “домен.UA”, “домен другого рівня”. Окремо регламентовано питання щодо адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет (ст. 56)¹⁷.

Із інформаційним законодавством пов’язане законодавство у сфері інтелектуальної власності, що також містить окремі положення про використання Інтернету. Потрібно зазначити, що тривалий час у цій сфері суттєвого прогресу не відбувалося, водночас у результаті впливу, зокрема наукових розробок¹⁸, у 2017 р. до Закону України “Про авторське право і суміжні права” внесено низку змін і доповнень, пов’язаних із запровадження ІТ у сферу авторського права. Насамперед це стосується: розширення термінологічного ряду, до якого було внесено такі терміно-поняття, як “веб-сайт”, “веб-сторінка”, “власник веб-сайту”, “власник веб-сторінки”, “гіперпосилання”, “електронна (цифрова) інформація”,

¹³ Про інформацію: Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657-XII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2657-12> (дата звернення: 22.12.2017).

¹⁴ Про звернення громадян: Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 22.12.2017).

¹⁵ Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13 січня 2011 р. № 2939-VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2939-17> (дата звернення: 22.12.2017).

¹⁶ Про телекомунікації: Закон України від 18 листопада 2003 р. № 1280-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1280-15> (дата звернення: 22.12.2017).

¹⁷ Там само.

¹⁸ О Штефан та інші, *Цивільно-правова охорона та захист авторського права в сучасних умовах технологічного розвитку* (Н Мироненко ред, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф Г Бурчака Національної академії правових наук України, ТОВ “НВП Інтерсервіс” 2014) та ін.

“обліковий запис”, “постачальник послуг хостингу” тощо (ст. 1); запровадження поняття Інтернет-піратства як порушення авторського права і суміжних прав (ст. 50); встановлення порядку припинення порушень авторського права і (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет (ст. 52-1); визначення зобов’язання постачальників послуг хостингу щодо забезпечення захисту авторського права і (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет (ст. 52-2)¹⁹. Що ж до інших сфер інтелектуальної власності, то їх правова регламентація стосовно використання ІТ, на жаль, перебуває на рівні початку 2000-х років.

Певного розвитку в розумінні нормативно-правового забезпечення інтеграції ІТ до різних видів суспільних відносин останнім часом зазнала й сфера послуг. Так, регламентовано питання формування і діяльності Єдиного порталу адміністративних послуг (ст. 17 Закону України “Про адміністративні послуги”)²⁰, гарантування права на доступ до публічних освітніх, наукових та інформаційних ресурсів, зокрема в мережі Інтернет, електронних підручників та інших мультимедійних навчальних ресурсів (ст. 3 Закону України “Про освіту”)²¹, функціонування Інтернет-магазинів і особливостей укладення електронних правочинів (статті 1, 9, 11 Закону України “Про електронну комерцію”)²², надання кваліфікованої електронної довірчої послуги (статті 20, 21 Закону України “Про електронні довірчі послуги”)²³ тощо.

Окремо доцільно зазначити і про новітні тенденції (юридичні тренди) стосовно законодавства в сфері ІТ, що стали “популярні” впродовж останнього періоду й обумовлені низкою обставин, які впливають на пришвидшення розвитку в двох основних сферах. Насамперед це – судова реформа, що триває в Україні. Її проведення сприяє формуванню електронного правосуддя²⁴, окремі складові якого, зокрема електронний документообіг, участь учасників справи в судовому засіданні через використання ІТ, визнання якості доказів за електронними документами, відображено у низці положень нових редакцій процесуальних кодексів. Інша тенденція зумовлена військовою агресією з боку Російської Федерації та пов’язана із забезпеченням кібербезпеки України, захисту життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства та держави,

¹⁹ Про державну підтримку кінематографії в Україні: Закон України від 23 березня 2017 р. № 1977-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1977-19> (дата звернення: 22.12.2017).

²⁰ Про адміністративні послуги: Закон України від 6 вересня 2012 р. № 5203-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5203-17> (дата звернення: 22.12.2017).

²¹ Про освіту: Закон України від 5 вересня 2017 р. № 2145-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2145-19> (дата звернення: 22.12.2017).

²² Про електронну комерцію: Закон України від 3 вересня 2015 р. № 675-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/675-19> (дата звернення: 22.12.2017).

²³ Про електронні довірчі послуги: Закон України від 5 жовтня 2017 р. № 2155-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2155-19> (дата звернення: 22.12.2017).

²⁴ О Бринцев, “Електронні суди” в Україні Досвід та перспективи (Право 2016).

національних інтересів України у кіберпросторі (Закон України “Про основні засади забезпечення кібербезпеки України”)²⁵.

Усі інші регламентації на рівні нормативно-правових актів зводяться переважно до створення офіційних Інтернет-представництв різних органів влади, обов’язку розміщувати інформацію про публічні закупівлі, використання публічних коштів, звітів про діяльність державних установ та інших суб’єктів на їх офіційних веб-сайтах. Не передбачається певних ІТ-проривів і на рівні прогностичних документів²⁶, спрямованих в основному на створення різноманітних реєстрів, запровадження елементів електронного обліку, звітності та контролю, розвиток інтегрованих інформаційних систем для автоматизації основних процесів роботи органів тощо.

У формуванні правової політики на рівні законопроектної діяльності парламенту застосовано аналогічний підхід. Попри невелику кількість законопроектів у сфері ІТ, можна зробити висновок, що всі вони передусім спрямовані на латання дірок у вже існуючій системі законодавства щодо, зокрема: гарантування права на доступ фізичної особи до Інтернету (проект № 2849)²⁷; встановлення відповідальності Інтернет-магазинів за неналежну якість товарів (проект № 4047)²⁸; заборони поширення в мережі Інтернет інформації, якою порушуються особисті немайнові права (проект № 4401)²⁹. Також увагу привертають чотири законопроекти, відповідно до положень трьох із яких наявна спроба узаконити обіг криптовалют в Україні (проекти №№ 7183³⁰, 7183-1³¹, 7246³²), а положення четвертого законопроекту врегульовують питання про розвиток цифрової економіки (проект № 7485)³³.

²⁵ Про основні засади забезпечення кібербезпеки України: Закон України від 5 жовтня 2017 р. № 2163-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2163-19> (дата звернення: 22.12.2017).

²⁶ Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні: розпорядження Кабінету Міністрів України від 20 вересня 2017 р. № 649-р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/649-2017-%D1%80> (дата звернення: 22.12.2017).

²⁷ Про внесення доповнень до Цивільного кодексу України (щодо гарантування права фізичної особи на доступ до Інтернету): проект Закону України від 14 травня 2015 р. № 2849. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55127 (дата звернення: 23.12.2017).

²⁸ Про внесення змін до статті 8 Закону України “Про захист прав споживачів” (щодо встановлення відповідальності Інтернет-магазинів за неналежну якість товарів): проект Закону України від 11 лютого 2016 р. № 4047. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58130 (дата звернення: 23.12.2017).

²⁹ Про внесення змін до Цивільного кодексу України (щодо заборони поширення в мережі Інтернет інформації, якою порушуються особисті немайнові права): проект Закону України від 12 квітня 2016 р. № 4401. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58697 (дата звернення: 23.12.2017).

³⁰ Про обіг криптовалют в Україні: проект Закону України від 6 жовтня 2017 р. № 7183. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62684 (дата звернення: 23.12.2017).

³¹ Про стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні: проект Закону України від 10 жовтня 2017 р. № 7183-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62710 (дата звернення: 23.12.2017).

³² Про внесення змін до Податкового кодексу України (щодо стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні): проект Закону України від 30 жовтня 2017 р. № 7246. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62816 (дата звернення: 23.12.2017).

³³ Про розвиток цифрової економіки: проект Закону України від 15 січня 2018 р. № 7485. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63316 (дата звернення: 15.01.2018).

Однак із наведеного убачається, що стан нормативно-правового забезпечення сфери ІТ в Україні має початковий рівень, який надає можливість лише доганяти розвинуті правові порядки, а не відігравати роль лідера. Адже фактично на сьогодні немає навіть натяків на формування єдиного, концептуально нового, системного, всеохоплюючого правового механізму, за допомогою якого можна було б комплексно забезпечити динаміку суспільних відносин, спричинену бурхливим розвитком сфери ІТ. Ані науковці-правники, ані законотворці не готові до формування правової політики в цій сфері, визначення меж та умов комплексного нормативно-правового регулювання застосування сучасних інноваційних підходів, методологій і технологій, зокрема й *Blockchain*, Інтернету речей, хмарної інфраструктури, *Mobile ID*, *sharing economy*, просування методики опрацювання даних великих обсягів (*Big Data*), визначення правової природи криптовалюти, процесу майнінгу, смарт-контрактів, токенів, *ICO* тощо.

Як бачимо, наша країна у цьому питанні вже відстає на десятки років. Маючи один із найбільш потужних в світі потенціал фахівців у сфері ІТ, необхідно вже сьогодні: створити всі умови для їх повернення в Україну та спрямувати їхню діяльність на благо Української держави; сформувати дорожню мапу розвитку національної ІТ-індустрії; визначити ті сфери ІТ, які потрібно розвивати найближчим часом; окреслити межі нормативного втручання та перспективи розвитку ІТ-індустрії в Україні спільно з ІТ-фахівцями та спеціалістами в Е-економіці; напрацювати і сформувати необхідну законодавчу базу; забезпечити режим пільгового оподаткування та встановлення інших фінансових преференцій для цієї діяльності; визначитись із перспективністю і безпечністю запровадження окремих інструментів ІТ.

Усепроникливість ІТ свідчить про процес *цифровізації життя людини*, що відбувається за такою схемою: *цифровізація людини – цифровізація суспільних відносин*.

Цифровізація людини (як й інших, похідних учасників правовідносин) насамперед пов'язана із визначенням її *цифрової індивідуалізації* та *цифрового статусу*.

Цифрова індивідуалізація – це визнання за людиною конкретного, притаманного лише їй цифрового відбитка (скріну), що фактично є сукупністю основних ознак її індивідуалізації як учасника цифрових відносин. При цьому під цифрову індивідуалізацію підпадають і індивідуалізуючі ознаки, притаманні людині як учаснику ординарних правовідносин (ім'я, його замітники, їх зміна, дата народження, місце народження, фіксація актів цивільного стану, рівнів право- та

діездатності, обмежень щодо них, сімейного стану, наявності дітей, інших родичів, родинних зв'язків, смерті тощо), і індивідуалізуючі ознаки, зумовлені її безпосередньою участю у цифрових відносинах (електронна пошта, адреса веб-сайту, доменне ім'я, IP-адреса, електронний підпис, ID-паспорт, Bank ID, кредитна картка, акаунт у соціальних мережах, сканування відбитка пальця, сканування сітківки ока, Face ID, веб-гаманець). Причому окремі способи цифрової індивідуалізації на сьогодні вже активно використовуються, а з інформації щодо такої індивідуалізації формуються відповідні реєстри чи інші бази персональних даних.

Однак за такої тотальної цифрової індивідуалізації необхідно пам'ятати про низку загроз, передусім приватності людини, про що нині активно дискутують на сторінках зарубіжної наукової періодики. Зокрема, У. Гессер (U. Gesser) зазначає, що переосмислення зв'язку між технологіями та правом приватності у цифрову епоху треба розглядати як ключовий компонент надзусиль, спрямованих на подолання існуючої кризи цифрової конфіденційності більш цілісно³⁴. Тому такі процеси необхідно здійснювати із максимальною обережністю.

Цифровий статус людини – це сукупність її спеціальних цифрових модусів як учасника цифрових правовідносин, якими визначається обсяг і зміст наявних у людини цифрових прав, законних інтересів та обов'язків, особливості їх здійснення чи виконання, захисту й охорони. Зазвичай фіксація цифрового статусу людини може відбуватись у низці електронних реєстрів прав (їх обмежень, обтяжень чи інших особливостей здійснення), правочинів, інших юридичних фактів.

Одним із фундаментальних прав у системі цифрового статусу людини є *право на доступ до Інтернету (Right to Internet access / Right to Broadband)*. Певним чином вказане фундаментальне право закріплене в законодавстві чи іншим способом гарантоване в Естонській Республіці (2000), Грецькій Республіці (2008), Французькій Республіці (2009), Фінляндській Республіці (2010), Королівстві Іспанія (2011), Мексиканських Сполучених Штатах (2013) та інших країнах. У 2010 р. Верховний суд Республіки Коста-Ріка визнав право на доступ до Інтернету невід'ємним правом людини³⁵. У травні 2011 р. спеціальний доповідач ООН Франк Ла Рю (Frank La Rue) представив Раді ООН доповідь³⁶, основний лейтмотив якої – необхідність того, щоби країни визнали право на доступ до

³⁴ Urs Gasser, 'Recoding Privacy Law: Reflections on the Future Relationship Among Law, Technology, and Privacy' (2016) 130 (2) Harvard Law Review Forum 61.

³⁵ Judgement 12790 of the Supreme Court, File 09-013141-0007-CO, 30 July 2010 (English translation).

³⁶ Frank La Rue, 'Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression' (Office of the High Commissioner for Human Rights, 16 May 2011) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf> accessed 16 January 2018.

Інтернету та забезпечили до нього захищений доступ для усіх. В Україні, як уже йшлося, вирішення цього питання залишилось на рівні законопроектів. Подальші спроби закріпити право людини на доступ до широкомережевого Інтернету в нашій країні здебільшого мають несистемний і вибірково-характер (наприклад, закони України “Про освіту”³⁷, “Про підвищення доступності та якості медичного обслуговування у сільській місцевості”³⁸, Концепція розвитку цифрової економіки і суспільства на 2018–2020 рр.³⁹, Порядок організації надання засудженим доступу до глобальної мережі Інтернет⁴⁰).

Висвітлюючи питання цифрового статусу людини, увагу потрібно приділити також дискусії про правовий статус (чи режим) роботів і штучного інтелекту загалом. Так, уже на сьогодні виникає низка юридичних питань про:

– визнання (чи невизнання) роботів суб’єктами правовідносин, а відповідно, наділення (чи ненаділення) їх правосуб’єктністю (приміром, показовим є факт надання наприкінці 2017 р. людиноподібному роботу Софії (*Sophia*), розробленому гонконгівською компанією *Hanson Robotics*, підданства Королівства Саудівська Аравія)⁴¹;

– визнання за роботами авторських прав (наприклад, у 2016 р. книга “День, коли комп’ютер напише роман”, створена штучним інтелектом, увійшла до фіналу японської літературної премії імені Хосі Сін’їті);

– відшкодування шкоди, завданої роботами (приміром, шкоди, завданої внаслідок помилки операції, яку проводив робот, чи дорожньо-транспортної пригоди, спричиненої автономним автомобілем).

Наведене – лише орієнтовний перелік правових питань, які можуть виникнути у зв’язку із визнанням правового статусу за електронною особою. Водночас вирішення цього питання для України вже є нагальним. Одну з перших комплексних спроб врегулювати питання штучного інтелекту здійснив Європейський Союз, який прийняв узгоджений текст

³⁷ Про освіту: Закон України від 5 вересня 2017 р. № 2145-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2145-19> (дата звернення: 22.12.2017).

³⁸ Про підвищення доступності та якості медичного обслуговування у сільській місцевості: Закон України від 14 листопада 2017 р. № 2206-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2206-19> (дата звернення: 16.01.2018).

³⁹ Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації: розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/pro-shvalennya-konceptsiyi-rozvitku-cifrovoyi-ekonomiki-ta-suspilstva-ukrayini-na-20182020-roki-ta-zatverdzhennya-planu-zahodiv-shodo-yiyi-realizatsiyi> (дата звернення: 17.01.2018).

⁴⁰ Про затвердження Порядку організації надання засудженим доступу до глобальної мережі Інтернет: наказ Міністерства юстиції України від 19 жовтня 2017 р. № 3233/5: зареєстровано в Міністерстві юстиції України 20 жовтня 2017 р. за № 1280/31148. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1280-17/paran9#n9> (дата звернення: 17.01.2018).

⁴¹ Chris Weller, ‘A robot that once said it would ‘destroy humans’ just became the first robot citizen’ (*Business Insider*, 26 October 2017) <<http://www.businessinsider.com/sophia-robot-citizenship-in-saudi-arabia-the-first-of-its-kind-2017-10>> accessed 16 January 2018.

Резолюції Європарламенту “Норми цивільного права про робототехніку” (2015/2013 (INL)) від 16 лютого 2017 р.⁴². Основними питаннями, порушеними у зазначеній Резолюції, є питання етичних норм щодо робототехніки та штучного інтелекту, надання прав роботам і штучному інтелекту, створення Європейського агентства з робототехніки та штучного інтелекту, вирішення питання про відповідальність за завдану роботом і штучним інтелектом шкоду.

Таким чином, цифровий статус людини – категорія фундаментальна і спрямована здебільшого на її участь у правовідносинах динаміки. Тобто, по суті, це – юридична передумова участі людини в цифрових правовідносинах.

Цифровізація суспільних відносин є процесом їх технологічного пристосування до умов цифрового світу. Під час цифровізації суспільних відносин фактично опосередковується процес включення цифрової людини, яка має визначену вище індивідуалізацію та статус до участі в таких відносинах із метою задоволення власних інтересів.

При цьому вбачається, що цифровізація суспільних відносин буде опосередкована технологією запровадження низки юридичних ботів як персональних юридичних радників кожного учасника цивільних правовідносин. Звичайно, попервах метою запровадження таких юридичних ботів-радників стане молекулізація, логізація, впорядкування та математизування низки найбільш типових і важливих суспільних відносин. І оскільки право за своєю структурою є субстанцією точною, що має власний чіткий інструментарій і логічні закони співіснування, з часом розроблена система юридичних алгоритмів буде допомагати цифровій людині та виконуватиме до 99% рутинної юридичної роботи з її участю в правовому просторі. Адже, як свідчить досвід, саме алгоритмізація суспільних відносин вже виправдовує себе на інших рівнях життєдіяльності людини (наприклад, розумний будинок, техніка, що аналізує потреби людини та формує варіанти їх задоволення, аналітика розходів і доходів, безпілотний транспорт, розробки зі штучного інтелекту).

Технологією впровадження цифровізації суспільних відносин може стати технологія блокчейну (*Blockchain*). У найпростішому розумінні сутність блокчейну зводиться до того, що це – децентралізована система зберігання інформації, яка не дає змоги вносити корективи у вже зафіксовані дані⁴³, інакше кажучи, мегаблокнот (публічний цифровий розподілений реєстр), що ґрунтується на криптографічних алгорит-

⁴² ‘Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))’ (European Parliament, 16 February 2017) <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>> accessed 17 January 2018.

⁴³ І Савельєв, ‘Технология blockchain и ее применение’ (2016) 11 (6) Прикладная информатика 19.

мах і фіксує у собі інформацію про всі здійснені операції (транзакції) у цифровому просторі за допомогою створення блоків-транзакцій. Кожна така транзакція децентралізована та максимально прозора, схо-ронна, незмінна, а відповідно, безпечна, адже її видно і фіксується вона кожним із контрагентів, що не допускає будь-яких маніпуляцій, як-от: внесення змін, скасування, виправлення заднім числом тощо. Фактично технологія блокчейну – це цифровий конкурент для юристів на предмет суспільної довіри, який фактично виконує у цифровому просторі функції нотаріуса та судді.

Як і кожне явище, ця технологія має переваги (приміром, децентралізація, публічність, консенсус учасників, відсутність посередників) і недоліки (наприклад, відсутність регулятора, а отже, й особи, яка візьме на себе ризики, та моніторингу на добросовісність, анонімність учасників). Водночас уже сьогодні технологія блокчейну – основна технологія цифровізації суспільних відносин та юридичних процесів у більшості розвинених правових порядків світу.

Аналізуючи світову практику використання зазначеної технології, доцільно зауважити, що її уже застосовують для цифровізації таких основних сфер суспільного життя, як:

– криптовалюта (*cryptocurrency*) – за допомогою технології блокчейну здійснюється формування універсальних платіжних засобів, основним і найбільш популярним із яких є біткоїн (*Bitcoin*). Однак, попри беззаперечну популярність біткоїну, він є основною, але не єдиною криптовалютою. Нині у світі майже 100 валют, які мають котирування (*Ethereum, Ripple, Bitcoin Cash, Cardano, Litecoin* та ін.), а також близько 1 500, які існують на рівні стартапів. При цьому правова природа криптовалюти на сьогодні чітко не визначена та варіюється від її повного невизнання і аж до надання їй відповідного правового режиму одиниці фінансового обігу (Федеративна Республіка Німеччина), матеріального активу (Канада), ваучера (Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії), цінного папера (Нова Зеландія), офіційного платіжного засобу (Японська Держава);

– “розумні” контракти (*smart-contracts*) – технологія блокчейну фактично надає можливість за допомогою даних розподіленого реєстру сформувавши електронний аналог контракту, у якому підставою для виконання є будь-яка умова, прямо у ньому зазначена. Сутність “розумного” контракту доволі чітко передав Я. Макдональд (*I. McDonald*) у своїй праці “Новий Місяць”, зазначивши, що на Місяці законів немає, але про все можна домовитись. В основу “розумного” контракту покладено найбільш вартісне благо у світі – довіру. Нині чітко не визначено правову

природу “розумних” контрактів, яку намагаються порівняти із векселем, акредитивом чи окремим способом виконання зобов’язань, немає також чіткого механізму захисту прав сторін “розумного” контракту, відшкодування шкоди. Все це ускладнюється ще й анонімністю учасників “розумного” контракту. Однак, попри все, світові фінансові компанії вкладають мільярди доларів у блокчейн-технології, зокрема і в “розумні” контракти. Це означає, що такий механізм варто детально вивчити та сформувавши правовий інструментарій для його врегулювання. Можливий крок у цьому напрямі – формування блокчейн-юристів, які за допомогою медіаційних процедур зможуть врегульовувати спори, що виникають за “розумними” контрактами;

– цифровий контент та права інтелектуальної власності (*Digital Content and Intellectual Property Rights*) – у цьому сегменті за допомогою технології блокчейну створюються універсальні можливості реєстрації, підтвердження, здійснення та охорони права інтелектуальної власності. Особливо це стосується тих аспектів, які піддаються цифровізації, або цифрового контенту, зокрема аудіо- та відеоконтентів, програмного забезпечення (*soft*), бази даних, веб-дизайну, доменних імен тощо;

– електронна комерція (*E-commerce*) – до речі, саме з цього сегмента практично і почався блокчейн, коли восени 2016 р. один із ізраїльських виробників здійснив поставку певної продукції одній із сейшельських компаній на 100 тис. дол., розрахувавшись за допомогою акредитива. І оскільки вказану продукцію поставляли морем, щойно судно увійшло в пункт призначення, його датчики геолокації відправили сигнал в систему, що свідчило про підставність виплати грошей продавцю. Загалом же правочин відбувся за лічені години замість звичних двох тижнів;

– Інтернет речей (*Internet of Things*) – вибудована мережа, що складається із певної сукупності пов’язаних між собою предметів, об’єднаних передавачами інформації та програмним забезпеченням, що дає змогу передавати певну інформацію про ці предмети із використанням протоколів зв’язку. За допомогою таких блокчейн-платформ зберігають ідентифікаційні дані споживчих або промислових товарів, досліджують динаміку споживчого попиту, а подекуди використовують для опіки над людьми, які потребують додаткового догляду;

– економіка спільної участі (*sharing economy*) – сутність цієї блокчейн-технології полягає у тому, що завдяки певним програмним ресурсам формується новий тип економічних відносин, в основі яких – принцип “зведення” рівноправних споживачів послуг (*peer-to-peer*), що має децентралізований характер, оскільки формується в обхід централізованого органу управління чи посередників, у результаті чого вони платять

за тимчасовий доступ до ресурсу. За таким принципом економіки спільної участі вибудовані, наприклад, сервіси *Uber* та *Lyft*.

Однак зазначене – неповний перелік сфер, у яких можна використати технологію блокчейну та які можуть стати в перспективі об'єктами потенційного правового регулювання. Це лише вершина айсберга. В майбутньому він має бути розширений сферами, що стосуються: цифрової ідентичності й підтвердження прав доступу; управління даними та процесами; засобів голосування і виявлення колективної думки; організації публічного та приватного управління; формування й управління репутаційними рейтингами учасників цифрових відносин; благочинності та суспільно корисної діяльності; індустрії ігор і розваг; соціальних мереж тощо. При цьому надзвичайно важливо виявити необхідність і доцільність їх правового регулювання та охорони, а також межі й умови такого правового впливу. Хоча варто погодитись із висловленою в літературі думкою, що правове регулювання, з одного боку, не в змозі упорядкувати Інтернет, а з другого боку, воно навряд чи і вб'є його⁴⁴. Тому у будь-яких процесах, пов'язаних із юридизацією сфери ІТ, мають бути враховані принципи добросовісності, розумності, справедливості, а також забезпечення балансу інтересів людини, суспільства та держави.

Висновки. Урешті-решт, необхідно зрозуміти, що розвиток ІТ, подальша інтеграція Інтернету в суспільне життя є неминучими процесами, що не залежатимуть від бажань держави. Питання полягатиме в готовності права запропонувати цим змінам сучасний, системний і адекватний підхід для того, щоб забезпечити належне регулювання цієї сфери з метою використання її на благо суспільства загалом та окремих осіб зокрема. Сьогодні перспективним убачається формування правової політики, спрямованої на процеси цифровізації людини й суспільних відносин. Основою такого процесу могла б стати технологія блокчейну, застосування якої сприятиме забезпеченню прозорості, ефективності, пришвидшенню процесів у більшості сфер людської життєдіяльності. Водночас доцільно подумати і про механізм протидії можливим негативним наслідкам від тотальної цифровізації життя людини.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Pro administratyvni posluhy [On Administrative Services]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 6 veresnia 2012 r. № 5203-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5203-17> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).

⁴⁴ Paul Ohm, 'We Couldn't Kill The Internet If We Tried' (2016) 130 (2) Harvard Law Review Forum 79.

2. Pro derzhavnu pidtrymku kinematohrafii v Ukraini [On the State Support of Cinematography in Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 23 bereznia 2017 r. № 1977-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1977-19> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).
3. Pro dostup do publichnoi informatsii [On Access to Public Information]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 13 sichnia 2011 r. № 2939-VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2939-17> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).
4. Pro elektronni dovirchi posluhy [On e-Trust Services]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 5 zhovtnia 2017 r. № 2155-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2155-19> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).
5. Pro elektronnu komertsiiu [On e-Commerce]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 3 veresnia 2015 r. № 675-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/675-19> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).
6. Pro informatsiiu [On Information]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 2 zhovtnia 1992 r. № 2657-XII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2657-12> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).
7. Pro obih kryptovaliuty v Ukraini [On Crypto Currency Circulation in Ukraine]: proekt Zakonu Ukrainy [Draft Law of Ukraine] vid 6 zhovtnia 2017 r. № 7183. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62684 (accessed: 23.12.2017) (in Ukrainian).
8. Pro osnovni zasady zabezpechennia kiberbezpeky Ukrainy [On the Basic Principles of Ensuring Cyber Security in Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 5 zhovtnia 2017 r. № 2163-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2163-19> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).
9. Pro osvitu [On Education]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 5 veresnia 2017 r. № 2145-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2145-19> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).
10. Pro pidvyshchennia dostupnosti ta yakosti medychnoho obsluhovuvannia u silskii mistsevosti [On Improving the Availability and Quality of Medical Services in Rural Areas]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 14 lystopada 2017 r. № 2206-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2206-19> (accessed: 16.01.2018) (in Ukrainian).
11. Pro rozvytok tsyfrovoy ekonomiky [On Digital Economy Development]: proekt Zakonu Ukrainy [Draft Law of Ukraine] vid 15 sichnia 2018 r. № 7485. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63316 (accessed: 15.01.2018) (in Ukrainian).
12. Pro skhvalennia Kontseptsii rozvytku elektronnoho uriaduvannia v Ukraini [On Approval of the Concept of e-Government Development in Ukraine]: rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy [Decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 20 veresnia 2017 r. № 649-r. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/649-2017-%D1%80> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).
13. Pro skhvalennia Kontseptsii rozvytku tsyfrovoy ekonomiky ta suspilstva Ukrainy na 2018–2020 roky ta zatverdzhennia planu zakhodiv shchodo yii realizatsii [On Approval of the Concept of Digital Economy and Society Development in Ukraine for years 2018-2020 and Approval of the Concept's Implementation Activity Plan]: rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy [Decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 17 sichnia 2018 r. № 67-r. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/pro-shvalennya-koncepciyi-rozvitku-cifrovoyi-ekonomiki-ta-suspilstva-ukrayini-na-20182020-roki-ta-zatverdzhennya-planu-zahodiv-shodo-yiyi-realizatsiyi> (accessed: 17.01.2018) (in Ukrainian).
14. Pro stymuliuvannia rynku kryptovaliut ta yikh pokhidnykh v Ukraini [On Stimulating the Market of Crypto Currencies and Their Derivatives in Ukraine]: proekt

- Zakonu Ukrainy [Draft Law of Ukraine] vid 10 zhovtnia 2017 r. № 7183-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62710 (accessed: 23.12.2017) (in Ukrainian).
15. Pro telekomunikatsii [On Telecommunications]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 18 lystopada 2003 r. № 1280-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1280-15> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).
 16. Pro vnesennia dopovnen do Tsyvilnoho kodeksu Ukrainy (shchodo harantuvannia prava fizychnoi osoby na dostup do Internetu) [On Amendments to the Civil Code of Ukraine (on Ensuring an Individual's Right of Access to the Internet)]: proekt Zakonu Ukrainy [Draft Law of Ukraine] vid 14 travnia 2015 r. № 2849. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55127 (accessed: 23.12.2017) (in Ukrainian).
 17. Pro vnesennia zmin do Podatkovoho kodeksu Ukrainy (shchodo stymuliuвання rynku kryptovaliut ta yikh pokhidnykh v Ukraini) [On Amendments to the Tax Code of Ukraine (on Stimulating the Market of Crypto Currencies and Their Derivatives in Ukraine)]: proekt Zakonu Ukrainy [Draft Law of Ukraine] vid 30 zhovtnia 2017 r. № 7246. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62816 (accessed: 23.12.2017) (in Ukrainian).
 18. Pro vnesennia zmin do stat' 8 Zakonu Ukrainy "Pro zakhyst prav spozhyvachiv" (shchodo vstanovlennia vidpovidalnosti Internet-mahazyniv za nenalezhnu yakist tovariv) [On Amendments to Article 8 of the Law of Ukraine "On Consumer Rights Protection" (Regarding Introduction of Liability of Internet Shops for Improper Quality of Goods)]: proekt Zakonu Ukrainy [Draft Law of Ukraine] vid 11 liutoho 2016 r. № 4047. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58130 (accessed: 23.12.2017) (in Ukrainian).
 19. Pro vnesennia zmin do Tsyvilnoho kodeksu Ukrainy (shchodo zaborony poshyrennia v mrezhi Internet informatsii, yakoiu porushuiutsia osobysti nemainovi prava) [On Amendments to the Civil Code of Ukraine (on the Prohibition of Information Dissemination in the Internet Infringing on Personal Non-Proprietary Rights)]: proekt Zakonu Ukrainy [Draft Law of Ukraine] vid 12 kvitnia 2016 r. № 4401. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58697 (accessed: 23.12.2017) (in Ukrainian).
 20. Pro zakhody shchodo rozvytku natsionalnoi skladovoi hlobalnoi informatsiinoi mrezhi Internet ta zabezpechennia shyrokoho dostupu do tsiiei mrezhi v Ukraini [On Measures Aimed at Developing the National Component of the Global Information Internet Network and Ensuring Wide Access to this Network in Ukraine]: Ukaz Prezydenta Ukrainy [Decree of the President of Ukraine] vid 31 lypnia 2000 r. № 928/2000. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/928/2000> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).
 21. Pro zatverdzhennia Poriadku orhanizatsii nadannia zasudzhenym dostupu do hlobalnoi mrezhi Internet [On Approval of the Procedure for Organization of Access to the Global Internet Network for Prisoners]: nakaz Ministerstva yustyt'sii Ukrainy [Decree of the Ministry of Justice of Ukraine] vid 19 zhovtnia 2017 r. № 3233/5, zareiestrovano v Ministerstvi yustyt'sii Ukrainy 20 zhovtnia 2017 r. za № 1280/31148. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1280-17/paran9№n9> (accessed: 17.01.2018) (in Ukrainian).
 22. Pro zvernennia hromadian [On Citizen Petitions]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 2 zhovtnia 1996 r. № 393/96-VR. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).
 23. Ukraina: postup u XXI stolittia Stratehiia ekonomichnoi ta sotsialnoi polityky na 2000–2004 rr. [Ukraine: Progressing into the XXI Century Strategy of Economic and Social Policies for years 2000-2004]: Poslannia Prezydenta Ukrainy do Verkhovnoi

Rady Ukrainy [Message of the President of Ukraine to the Verkhovna Rada of Ukraine] vid 23 liutoho 2000 r. № 276a/2000. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/276%D0%B0/2000> (accessed: 22.12.2017) (in Ukrainian).

Cases

24. Judgement 12790 of the Supreme Court, File 09-013141-0007-CO, 30 July 2010 (English translation).

Bibliography

Authored books

25. Calder A and Watkins S, *IT Governance: An International Guide to Data Security and ISO27001/ISO27002* (6th edn, Kogan Page 2015) (in English).
26. Lloyd I, *Cyber Law in the United Kingdom* (3rd edn, Wolters Kluwer Law & Business 2017) (in English).
27. – – *Information Technology Law* (8th edn, OUP 2017) (in English).
28. Murray A, *The Regulation of Cyberspace: Control in the Online Environment* (Routledge-Cavendish 2006) (in English).
29. – – *Information Technology Law: The Law and Society* (Law & Society) (3rd edn, OUP 2016) (in English).
30. Reed C, *Making Laws for Cyberspace* (OUP 2012) (in English).
31. Rowland D and Kohl U, *Information Technology Law* (4th edn, Routledge 2011) (in English).
32. Rowland D and Kohl U, Charlesworth A, *Information Technology Law* (5th edn, Routledge 2016) (in English).
33. Tollen D W, *The Tech Contracts Handbook: Cloud Computing Agreements, Software Licenses, and Other IT Contracts for Lawyers and Businesspeople* (2nd edn, American Bar Association 2016) (in English).
34. Wang F F, *Law of Electronic Commercial Transactions: Contemporary Issues in the EU, US and China* (Routledge Research in IT and E-Commerce Law) (2nd edn, Routledge 2014) (in English).
35. Bachynskiy T, Radeiko R, Kharytonova O, *Osnovy IT-prava [Foundations of IT-Law]* (Yurinkom Inter 2017) (in Ukrainian).
36. Bryntsev O, “Elektronni sudy” v Ukraini Dosvid ta perspektyvy [“Electronic Courts” in Ukraine Experience and Prospects] (Pravo 2016) (in Ukrainian).

Edited books

37. Edwards L and Waelde C (eds), *Law and the Internet* (3rd edn, Hart Publishing 2009) (in English).
38. Hedley S and Aplin T (eds), *Blackstone’s Statutes on IT and e-Commerce* (4th edn, Blackstone Press 2008) (in English).
39. Kharytonova O ta Kharytonov Ye (red), *IT-pravo: sutnist ta poniattia [IT-Law: the Essence and Concept]* (Feniks 2017) (in Ukrainian).
40. Shtefan O ta inshi, *Tsyvilno-pravova okhorona ta zakhyst avtorskoho prava v suchasnykh umovakh tekhnolohichnoho rozvytku [Copyright Protection and Security Under Civil Law in the Modern Context of Technological Development]* (N Myronenko red, Naukovodoslidnyi instytut pryvatnoho prava i pidpriemnytstva imeni akademika FH Burchaka Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy, TOV “NVP Interservis” 2014) (in Ukrainian).

Руслан Стефанчук

41. Yavorska O ta inshi, *IT pravo [IT-Law]* (Oleksandra Yavorska red, Vydavnytstvo "Levada" 2017) (in Ukrainian).

Encyclopedias

42. 'Predictions made by Ray Kurzweil', *Wikipedia* <https://en.wikipedia.org/wiki/Predictions_made_by_Ray_Kurzweil> accessed 20 December 2017 (in English).

Articles

43. Gasser U, 'Recoding Privacy Law: Reflections on the Future Relationship Among Law, Technology, and Privacy' (2016) 130 (2) *Harvard Law Review Forum* 61 (in English).
44. Ohm P, 'We Couldn't Kill The Internet If We Tried' (2016) 130 (2) *Harvard Law Review Forum* 79 (in English).
45. Savel'ev I, 'Tehnologija blockchain i ee primeneniye' ['Blockchain technology and its application'] (2016) 11 (6) *Prikladnaya informatika* 19 (in Russian).

Thesis abstracts

46. Boiko D, 'Pravova pryroda domennykh imen Internet' ['Legal Nature of Internet Domain Name'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Natsionalna yurydychna akademiia Ukrainy imeni Yaroslava Mudroho 2005) (in Ukrainian).
47. Filinovykh V, 'Veb-sait yak osoblyvyi ob'iekt prava intelektualnoi vlasnosti' ['A Web-Site as the Special Object of Intellectual Property Law'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Kyivskiy natsionalnyi universytet imeni Tarasa Shevchenka, 2015) (in Ukrainian).
48. Hura M, 'Tsyvilno-pravova okhorona Internet-saitu v Ukraini' ['Protection of an Internet Web-Site in Ukraine under Civil Law'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Instytut derzhavy i prava imeni V M Koretskoho Natsionalnoi akademii nauk Ukrainy 2006) (in Ukrainian).
49. Karpenko O, 'Internet-posluha yak ob'iekt tsyvilno-pravovykh vidnosyn' ['An Internet Service as the Object of Relations under Civil Law'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Kharkivskiy natsionalnyi universytet imeni V N Karazina 2015) (in Ukrainian).
50. Odehova L, 'Tsyvilno-pravove rehuliuвання rozrakhunkiv z vykorystanniam Internet-bankinhu' ['Regulation of Payments via Internet Banking under Civil Law'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Naukovo-doslidnyi instytut pryvatnoho prava i pidpriemnytstva imeni akademika F H Burchaka Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy 2013) (in Ukrainian).
51. Pastukhov O, 'Avtorske pravo u sferi funktsionuvannya vsesvitnoi informatsiinoi merezhi Internet' ['Copyright in the Context of Operation of the Global Information Internet Network'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Instytut derzhavy i prava imeni V M Koretskoho Natsionalnoi akademii nauk Ukrainy 2002) (in Ukrainian).
52. Prysiazhniuk O, 'Osnovy kontseptsii pravovoho rehuliuвання internet-vidnosyn v Ukraini (zahalnoteoretychni aspekty)' ['Foundations of the Concept of Legal Regulation of the Internet Relations in Ukraine (General Theoretical Aspects)'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Kharkivskiy natsionalnyi universytet vnutrishnikh sprav 2007) (in Ukrainian).
53. Radkevych O, 'Tsyvilno-pravova okhorona i zakhyst personalnoi informatsii v merezhi Internet' ['Security and Protection of Personal Information on the Internet under Civil Law'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Natsionalna akademiia vnutrishnikh sprav 2014) (in Ukrainian).

www.pravoua.com.ua

54. Shakhbazian K, 'Mizhnarodno-pravovi osnovy rehulivannia vidnosyn v merezhi Internet' ['International Legal Framework for Regulation of the Internet Relations'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Kyivskiy natsionalnyi universytet imeni Tarasa Shevchenka 2009) (in Ukrainian).

Websites

55. 'Internet World Stats' (*Internet World Stats*) <www.internetworldstats.com> accessed 20 December 2017 (in English).
56. 'Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))' (*European Parliament*, 16 February 2017) <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>> accessed 17 January 2018 (in English).
57. La Rue F, 'Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression' (*Office of the High Commissioner for Human Rights*, 16 May 2011) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf> accessed 16 January 2018 (in English).
58. Thompson C, '11 wild predictions Elon Musk has made about the future' (*Business Insider*, 9 December 2017) <www.businessinsider.com/elon-musk-predictions-2017-8> accessed 21 December 2017 (in English).
59. Weller C, '7 wild predictions Bill Gates has made that could come true' (*Business Insider*, 4 May 2017) <www.businessinsider.com/bill-gates-wild-predictions-2017-5> accessed 21 December 2017 (in English).
60. – – 'A robot that once said it would "destroy humans" just became the first robot citizen' (*Business Insider*, 26 October 2017) <<http://www.businessinsider.com/sophia-robot-citizenship-in-saudi-arabia-the-first-of-its-kind-2017-10>> accessed 16 January 2018 (in English).

Blogs

61. Mashchenko H, 'Predstavliaemo rezultaty doslidzhennia povedinky ukrainskoho internet-korystuvacha Google Connected Consumer Study 2017' ['Results of the Study Focused on the Behavior of a Ukrainian Internet-User Google Connected Consumer Study 2017'] (*Ofitsiynyi blog – Google Ukraina*, 2 Zhovten 2017) <<https://ukraine.googleblog.com/2017/10/google-connected-consumer-study-2017.html>> accessed 20 December 2017 (in Ukrainian).

Ruslan Stefanchuk

INFORMATION TECHNOLOGIES AND LAW: QUO VADIS?

ABSTRACT. A change in social relations ensuing from the onset and rapid development of information technologies drives the need for a prompt and adequate response on the part of law. At the same time, today's legal framework for regulation and protection of social relations is not fully able to adequately ensure appropriate changes resulting from the expansion of IT.

The purpose of this article is to make an initial analysis of whether the national legal system is ready for changes in social relations occurring as a result of rapid IT development,

Руслан Стефанчук

and also to make a prognostic identification of the main areas of social life which should be well-prepared for the development and implementation of new legal mechanisms.

The regulatory legal framework of the IT sector in Ukraine is currently at the initial level allowing nothing more than attempting to catch up with well-developed legal orders rather than playing the leading role. Currently there is even not a hint of establishment of a uniform, conceptually new, systematic and comprehensive legal mechanism which would comprehensively allow ensuring the dynamics of social relations resulting from rapid development of the IT sector. Neither legal scholars nor legislators are ready to formulate the legal policies in this area, determine the limits and terms of comprehensive legal regulation of the use of up-to-date innovative approaches, methodologies and technologies, in particular, Blockchain, the Internet of things, cloud infrastructure, Mobile ID, sharing economy, promote large dataset processing methods (Big Data), define the legal nature of crypto currency, mining process, smart contracts, tokens, ICO, etc.

IT development, as well as further integration of the Internet into social life, are unavoidable and do not depend on the intentions of the State. The main question will be whether law will be ready to propose, in connection with these changes, a modern, systematic and adequate approach with a view to ensuring appropriate regulation of this sector to make it useful for the benefit of society in general and an individual in particular. Today, formulation of legal policies with a focus on the processes of human and social relations digitalization seems a promising trend. This process could be underlain by the blockchain technology which will facilitate transparency, efficiency, and acceleration of processes in most areas of human life.

KEYWORDS: information technologies; Internet; artificial intelligence; robotics; blockchain; crypto currency; smart contracts; e-Commerce; Internet of things; sharing economy.



Ольга Сімсон

доктор юридичних наук,
професор кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
директор Інституту права, технологій та інновацій
(м. Харків, Україна)
simson.o.e@gmail.com

УДК 340.11.03:004

ІТ-ПРАВО З ПОЗИЦІЙ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ, ПІДХОДИ ДО ВИВЧЕННЯ І ВИКЛАДАННЯ

АНОТАЦІЯ. Стрімкий розвиток ІТ-технологій та ІТ-галузі спричиняє нові виклики для правової науки і практики. У відповідь на ці виклики формується право інформаційних технологій, або ІТ-право, яке потребує правового аналізу як із позиції теорії, так і з позиції вирішення конкретних прикладних завдань. У міжнародних та українських виданнях не сформовано єдиного підходу до розуміння ІТ-права, а тому виникає необхідність дослідити його як нове явище, феномен.

Мета статті полягає в аналізі сучасних підходів до визначення ІТ-права в українському та міжнародному вимірах, їх узагальненні для формування можливого розуміння права інформаційних технологій у процесі викладання та здійснення наукових досліджень.

Сформульовано три підходи до визначення ІТ-права, а також його бачення як одного з найбільш перспективних напрямів розвитку сучасної юриспруденції та спеціальної підготовки конкурентоздатних юристів покоління *Legal Tech*. З'ясовано його місце у системі права і співвідношення з інформаційним та цифровим правом.

У результаті проведеного дослідження доведено, що ІТ-право претендує на те, щоб стати самостійною галуззю права із притаманним їй предметом, методологією, об'єктно-суб'єктним складом і принципами регулювання. Виокремлено специфічні ознаки ІТ-права нової епохи та перспективи розвитку його окремих інститутів на найближче майбутнє як в Україні, так і поза її межами.

Ключові слова: ІТ-право; інформаційне право; цифрове право; інформаційні технології; право і технології; *Legal Tech*.

ІТ-право як певний тренд виникло в Україні нещодавно й одразу привернуло увагу і юристів-практиків, і науковців. Звичайно, право реагувало на соціально-економічні зміни, пов'язані з розвитком інформаційних технологій, що повністю змінили уявлення про суспільні відносини. Поява нової реальності, віртуального простору ведення бізнесу, Інтернету речей і штучного інтелекту потребували від юридичної науки пошуку нових моделей, іноді раніше не відомих правовій доктрині, які не

© Ольга Сімсон, 2018

вписувалися у стандарти правового регулювання. Виклик відбувався також з боку ІТ-галузі, яка стрімко розвивалась і потребувала нового класу фахівців, здатних забезпечити якісне супроводження діяльності компаній та стартап проектів у цій сфері.

Останнім часом зростає кількість зарубіжних¹ і вітчизняних² досліджень, присвячених ІТ-праву. Магістерські програми з права інформаційних технологій викладають у кращих університетах Європи та Сполучених Штатів Америки (далі – США). В Україні програми з ІТ-права пропонують у Харкові, Львові й Києві – містах-лідерах із розвитку індустрії інформаційних технологій. Формується новий напрям ІТ-практики у діяльності юридичних фірм та *Legal Tech* рух³, мета якого полягає у перегляді традиційних уявлень про надання юридичних послуг за рахунок впровадження інформаційних технологій. *Legal Tech* – це нова галузь юридичного бізнесу, що утворилася на межі права й технологій та фактично являє собою стартапи, які спеціалізуються на автоматизації процесів надання юридичних послуг, он-лайн сервісах, смарт-контрактах, смарт-формах юридичних документів, ботах-юристах та ін. *Legal Tech* може, врешті, реалізуватися в електронне правосуддя та електронні суди. Таким чином, закладається потужне підґрунтя для аналізу ІТ-права як феномена, його природи, структури й специфіки з погляду теорії та практики.

Мета дослідження полягає в аналізі сучасних підходів до визначення ІТ-права в українському та міжнародному вимірах, їх узагальнення для формування можливого розуміння права інформаційних технологій, або ІТ-права.

В іноземній літературі складно віднайти визначення ІТ-права, воно формулюється через сфери його регулювання. Достатньо часто дослідники⁴ прив'язують ІТ-право до сфери цифрового бізнесу, фактично оминаючи публічно-правові відносини, відтак, під предметну сферу потрапляють ІТ-контракти, структурування бізнесу в галузі інформаційних технологій, відносини інтелектуальної власності, аутсорсинг, хмарні технології, ведення бізнесу в Інтернеті, захист даних і конфіденційність.

¹ Ian J Lloyd, *Information Technology Law* (6th edn, OUP 2011); Andrew Murray, *Information Technology Law: The Law and Society* (3rd edn, OUP 2016); Diane Rowland and Uta Kohl and Andrew Charlesworth, *Information Technology Law* (5th edn, Routledge 2016); Gene K Landy and Amy J Mastrobattista, *The IT Digital Legal Companion: A Comprehensive Business Guide to Software, IT, Internet, Media and IP Law* (1st edn, Syngress 2008); Jon Fell and others, *IT Law: An Iseb Foundation* (1st edn, BCS 2007); Jeremy Holt and Jeremy Newton, *A Manager's Guide to IT Law* (BCS, The Chartered Institute for IT 2011); Dr Jyoti Rattan, *Cyber Laws & Information Technology (For LL.B.)* (6th edn, Bharat Law House Pvt Ltd 2017).

² И Полякова, *Право + IT = Бизнес-пути Юридические решения для бизнеса в сфере IT* (ФЛП Марченко 2016); Тарас Бачинський та інші, *Основи IT-права* (Тарас Бачинський ред, 2-ге вид, Юрінком Інтер 2017); Євген Харитонов та Олена Харитонова (ред), *IT-право: теорія та практика* (Фенікс 2017); Олександра Яворська (ред), *IT-право* (Видавництво "Левада" 2017).

³ Єгор Желтухін, 'Legal tech: на межі права та технологій' *Юридична газета* (Київ, 6 Червень 2017) 20-4.

⁴ Landy and Mastrobattista (n 1); Holt and Newton (n 1).

Деякі роботи з ІТ-права⁵ охоплюють питання інформаційної безпеки, електронних послуг та електронної комерції, електронного урядування і можливостей управління Інтернетом. Іноді дослідження з ІТ-права⁶ включають також публічно-правові питання регулювання кіберпростору та кібербезпеки, форензики, захисту персональних даних і прайвасі.

В українських виданнях дослідники намагаються надати класичне визначення ІТ-праву як галузі та віднайти їй місце у системі національного права. Професор О. Яворська закликає не фетишизувати, не вводити в ранг святого та непорушного галузевий підхід заради абстрактної чистоти предмета та методу правового регулювання⁷. Очевидно, заперечення нових галузей права на підставі того, що вони не мають власного особливого методу є просто шкідливим для розвитку права взагалі. Беручи до уваги подібні міркування, складається хибне враження, що нові сфери спортивного, медичного, інформаційного, ІТ-права утворюються поза межами права, у якійсь паралельній реальності. Іноді видається, що правники намагаються “відхреститися” від викликів, які ставить перед ними нова соціально-економічна формація, захищаючись від цього за допомогою догм і юридичних традицій. Одну таку догму відтворює саркастичне висловлювання середини минулого століття про те, що ‘шлях виникнення нових галузей призведе до появи трамвайно-тролейбусного, банно-прального і бакалійно-гастрономічного права’, яку досі люблять цитувати та інтерпретувати в різних варіаціях у сучасних дослідженнях⁸.

Зважаючи на відсутність самостійного предмета та методу, нові галузі відносять лише до комплексних галузей законодавства. Іноді доходить до радикальних міркувань, у яких висловлюється думка про те, що ІТ-права, так само й Інтернет-права, інформаційного права, як галузей не існує⁹, але найбільш поширені судження про те, що ІТ-право є комплексною галуззю законодавства¹⁰ або тотожне ІТ-законодавству і являє собою ‘позірну (уявну) сукупність норм, що регулюють відносини, тим чи іншим поєднані зі створенням і використанням інформаційних технологій’¹¹.

Сукупність поглядів на ІТ-право умовно можна згрупувати у *три основні підходи*. *Перший* – у ІТ-праві вбачається, по-суті, правове регулювання економічної галузі ІТ або ще вужче – правове забезпечення

⁵ Murray (n 1).

⁶ Rattan (n 1).

⁷ Яворська (n 2) 11.

⁸ Л Галесник, ‘О проблемах системы права’ (1957) 2 Советское государство и право 108.

⁹ Бачинський (n 2) 18.

¹⁰ Яворська (n 2) 16.

¹¹ Харитонов, Харитонova (n 2) 44.

діяльності суб'єктів ІТ-бізнесу. Незважаючи на кризові явища в економіці, зростання ІТ-сектора становить 7%, а загалом ринок ІТ-послуг за останні 6 років виріс у три рази. Україна займає лідерські позиції з ІТ-фрілансу серед країн Східної Європи, контролюючи 33% ринку. Згідно з даними аудиторської компанії *PricewaterhouseCoopers* Україна в напрямі ІТ-аутсорсингу посідає 25 місце серед найкращих у світі. За результатами 2016 р. ринок ІТ-послуг зріс до 2,9 млрд дол., що становить 4% ВВП. ІТ-галузь займає третю позицію в Україні за рівнем експорту послуг, основним замовником яких (54%) залишаються США. У структурі ринку 80% – це експортні компанії, понад 60% із яких працює за моделлю аутсорсингу, а близько 30% являють собою продуктові компанії.

У такому ракурсі ІТ-право обслуговує успішну економічну галузь, що демонструє швидкі темпи зростання та проявляється у вигляді відповідної індустріальної практики юридичних компаній і спеціалізації підготовки юристів. Виникають навчальні програми з підготовки юристів за спеціалізацією ІТ, які у майбутньому мають “підвищити якість юридичного супроводу ІТ-бізнесу”¹². До сфери вивчення, що охоплюється ІТ-правом, підпадають актуальні питання структурування бізнесу, оподаткування, спеціальних умов і контрактів, а також інтелектуальної власності в галузі інформаційних технологій. ІТ-права за такого підходу як галузі права не існує, термін застосовується умовно – йдеться фактично про специфіку застосування відомих правових інститутів і норм приватного та публічного права до сфери інформаційних технологій.

Другий підхід до визначення ІТ-права передбачає врахування змін, що відбуваються у правовому регулюванні суспільних відносин, пов'язаних із їх диджиталізацією. Ці зміни втілюються у формі масиву спеціальних законодавчих актів в інформаційній сфері, які прийнято охоплювати інформаційним або ІТ-правом. Представники такого нормативістського підходу заявляють про нову комплексну галузь законодавства, що регулює інформаційні відносини. Недоліки такого підходу полягають у тому, що правова наука виконує пасивну роль коментатора чинного законодавства і стає вторинною щодо нього. Сфера ІТ-права звужується до уже врегульованих на сьогодні відносин, не пропонуючи моделі для нових відносин, які стрімко розвиваються. Прикладом можуть слугувати відносини з використання криптовалюти, які дуже швидко поширюються, але залишаються поза межами законодавства. Врешті, формується негативне ставлення до ‘ідеалізації ІТ-схем організації бізнесу, результатів

¹² Іван Городиський, ‘Український католицький університет почне готувати професійних ІТ-юристів’ (*MediaSapiens*, 8 Вересень 2016) <http://osvita.mediasapiens.ua/mediaprosvita/education/uku_pochne_gotuvati_profesiynikh_ityuristiv_u_mezhakh_kursu_e_tri_stipendii/> дата звернення 20 Листопад 2017.

застосування технології *Blockchain*, реабілітації криптовалют, укладення смарт-контрактів тощо¹³.

Третій підхід надає можливість ґрунтовно проаналізувати нові явища у суспільстві, тому вбачається перспективним. За такого підходу: ІТ-право розглядається не просто як купа спеціалізованого законодавства, яке регулює відносини у сфері інформаційних технологій; наявне намагання проаналізувати вплив цих інформаційних технологій на суспільну реальність, що може, врешті-решт, змінити саме право і його дію (дію правових норм). У контексті наведеного варто розглянути проблеми, які вже висуває передова юридична спільнота. М. Лемлі, будучи одним із найбільш прогресивних представників юридичної науки, описує, як впливає на право виникнення і активний розвиток віртуальної та доповненої реальності¹⁴. Віртуальна реальність (*Virtual Reality, VR*) – комп'ютерна симуляція реальності або відтворення технічними засобами об'єктів, суб'єктів і взаємовідносин між ними, що передається користувачеві через систему його відчуттів. Віртуальна реальність імітує як вплив, так і реакцію на вплив. Доповнена реальність (*Augmented Reality, AR*) – це технологія, що накладає змодельовані комп'ютером шари покращення на існуючу реальність. Основна мета – зробити її більш виразною, багатогранною та яскравою.

Учений доводить, що віртуальні й доповнені реальності створюють можливість для психологічного впливу на людину за допомогою ІТ, вказані технології можуть бути застосовані для погроз, уведення в оману, впритул до фізичного насильства та віртуального зґвалтування. Віртуальна реальність змінює уявлення про злочин, його кваліфікацію та механізм реалізації юридичної відповідальності. Віртуальна реальність суттєвим чином може обмежувати права користувачів на недоторканність приватного життя, власності чи свободи. Крім проблем публічно-правового характеру, технології *VR* та *AR* можуть впливати на приватноправові відносини. Так, вказані технології дають змогу проводити переговори, укладати контракти, у зв'язку з чим постає питання про їх юридичну значущість і наслідки. При цьому користувачі можуть застосовувати аватари (засіб ідентифікації суб'єкта) інших користувачів або чуже ім'я та іншим чином порушувати конфіденційність і захист персональних даних. Указані технології змушують замислитися над ментальним та вісцеральним сприйняттям своїх дій, поведінки і взаємодії з реальним світом.

¹³ Євген Харитонов, 'Інформаційне суспільство та ІТ-сфера: шляхи впорядкування' (2017) 26 Часопис цивілістики 7.

¹⁴ Mark A Lemley and Eugene Volokh, 'Law, Virtual Reality, and Augmented Reality' (SSRN, 17 March 2017) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2933867> accessed 25 November 2017.

Представник вітчизняної юридичної школи О. Радутний вивчає проблеми розвитку штучного інтелекту (*Artificial Intelligence, AI*), суперінтелекту (*Super Artificial Intelligence, SAI*) та їх вплив на кримінальне право. Проаналізувавши відомі прецеденти та резолюцію Європарламенту¹⁵ про правовий статус роботів як “електронної особистості”, “електронної особи”, яка, зокрема, здатна нести майнову цивільно-правову відповідальність, учений сформулював гіпотезу, згідно з якою такі “особи” здатні до самовдосконалення, вони отримують можливість усвідомлювати суспільну небезпечність своїх дій та їх наслідки і, врешті, нести кримінальну відповідальність як суб’єкти злочину¹⁶. На думку І. Маска, ‘штучний інтелект являє собою найбільшу загрозу для майбутнього, а тому найважливіше завдання полягає в адекватному регулюванні й контролі цієї технології’¹⁷.

Ще однією технологією, що змінює реальність, є Інтернет речей (*Internet of Things, IoT*) – мережі, де об’єкти або пристрої обмінюються даними між собою і можуть управлятися автоматично, без втручання людини. Відповідно до результатів дослідження *Juniper Research* кількість підключених IoT-пристроїв до 2021 р. досягне 46 млрд. “Розумні речі” підключаються до мереж передачі даних і допоможуть в управлінні містом та моделюванні сценаріїв можливих подій. На платформі будуть відпрацьовуватися сценарії подій у реальному житті – затори, пожежі, мітинги тощо. Щоб стати частиною платформи, потрібно буде завантажити додаток, який підключить власника пристрою до сервера. У відносинах з платформою застосовуються технології блокчейну, а передача даних регулюється смарт-контрактами (контрактами, які застосовуються у децентралізованому середовищі на базі електронного алгоритму із залученням криптовалюти). Завдяки їм система отримує об’єктивні відомості про дотримання умов усіма сторонами. Найцікавіше в блокчейні те, що він створює *trust networks* – мережі, в яких усі один одному вірять, такі собі фідучіарні відносини, які тривають завдяки прозорому механізму, де можна спостерігати, що відбувається всередині будь-якого процесу.

Технологія блокчейну максимально проста – це величезна база даних загального користування, яка функціонує без централізованого керівництва.

¹⁵ ‘Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))’ (*European Parliament*, 16 February 2017) <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>> accessed 28 November 2017.

¹⁶ Олександр Радутний, ‘Artificial intelligence (штучний інтелект) та інші загрози (кримінально-правовий вимір)’ *IT-право: проблеми та перспективи розвитку в Україні: II Міжнародна науково-практична конференція* (НУ “Львівська політехніка” 2017) 166-180.

¹⁷ Кирилл Иртлач, ‘Илон Маск: “Искусственный интеллект рано или поздно прикончит всех нас”’ (*ITC.ua*, 24 Листопад 2017) <<https://itc.ua/blogs/ilon-mask-iskusstvennyiy-intellekt-rano-ili-pozdno-prikonchit-vseh-nas/>> дата звернення 28 Листопад 2017.

У випадку з криптовалютою перевіркою транзакцій займаються так звані майнери – учасники системи, які підтверджують справжність учинених дій, а потім формують із записів транзакцій блоки. Оскільки власне процес майнінгу пов'язаний зі складними математичними завданнями, майнери повинні мати у своєму арсеналі досить потужні комп'ютери. У руках цих учасників і знаходиться розподілена база даних, що складається з “ланцюжка блоків”. Винагородою для майнерів за запис нового блоку в блокчейн є токени. Вартість tokenів, що емітуються, визначається ефективністю блокчейну у виконанні якої-небудь корисної функції. Такою функцією можуть бути записи переміщень криптовалюти біткоінів між гаманцями користувачів. Якщо врахувати величезну кількість майнерів, складно буде уявити можливість знищення біткоіну або виправлення даних про його транзакції. Розподілений характер бази даних на основі технології блокчейну дає змогу контролювати достовірність транзакцій без нагляду будь-яких фінансових регуляторів. В ідеальній моделі, коли технологія блокчейну уводиться в правове поле, контроль з боку банків, державних органів, аудиторів та інших суб'єктів фінансового ринку непотрібний, зникає необхідність у юристах, нотаріусах і гарантах виконання зобов'язань.

У блокчейн-середовищі використовується смарт-контракт (*Smart contract*), який, по суті, являє собою комп'ютерний алгоритм, призначений для укладання і підтримки контрактів, які виконуються самостійно. Такі контракти записуються у вигляді коду, що існує в розподіленому реєстрі – блокчейні, який підтримується і управляється мережею комп'ютерів. Смарт-контракти надають можливість виконувати надійні та конфіденційні транзакції без участі зовнішніх посередників в особі банків чи державних органів. Окрім того, такі транзакції простежуються, вони прозорі та незворотні. Смарт-контракти не тільки містять інформацію про зобов'язання сторін і санкції за їх порушення, а й самі автоматично забезпечують виконання всіх умов договору.

Технології, наведені у цій статті, є наочними прикладами нових, невідомих раніше відносин. Їхнє здійснення можливе тільки із застосуванням технічних та апаратних засобів, іноді – за відсутності безпосередньої участі людини, а їх запровадження кардинально змінює методологію правового регулювання. Про вплив описаних процесів диджиталізації на сферу приватного права йдеться, зокрема, у роботі М. Фріса “Людина проти машини: використання *Legal Tech* для оптимізації верховенства права”¹⁸, але на більшість запитань відповісти поки що неможливо.

¹⁸ Martin Fries, ‘Man versus Machine: Using Legal Tech to Optimize the Rule of Law’ (SSRN, 24 September 2016) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2842726 accessed 29 November 2017.

Висновки. Наведене дає підстави зазначати про сучасну галузь ІТ-права, що асоціюється з новими суспільними відносинами, які відбуваються із застосуванням інформаційних технологій.

По-перше, їх предметом є відносини у цифровому середовищі, а об'єктом – нематеріальне благо, тобто інформація в електронному вигляді, обробка якої відбувається з використанням інформаційних технологій у глобальних і локальних інформаційних системах. Методологія ІТ-права, основою для якого є приватне право, змінюється під впливом інформаційних технологій і проявляється в інших принципах, які потребують окремого дослідження. Ці зміни пов'язані з відсутністю у класичному розумінні сторін, а відповідно, їх рівності; принципи розумності, добросовісності та справедливості потребують переосмислення щодо відносин за участю електронних осіб чи штучного інтелекту або автоматизованих систем, які самі відтворюють певні функції замість людини.

По-друге, відносини у сфері ІТ-права складаються на стику технології та права, а відтак, є міждисциплінарними, їх дослідження, викладання та регулювання потребують не тільки юридичних, а й технічних знань.

По-третє, ці відносини глобальні, тому неможливо будувати їх регулювання, спираючись тільки на національне законодавство, що суттєво поступається регуляторним актам розвинених країн. Великого значення набуває іноземна практика, особливо англо-американської правової системи, яка вводить нові конструкції, не властиві класичному праву Європи, зокрема України. Прецеденти виникають і в інших правових системах країн, які провадять передову політику розвитку ІТ-технологій. Так, у Королівстві Саудівська Аравія нещодавно робот Софія отримала громадянство. При цьому їй дозволяється ігнорувати норми ісламського світу, які зобов'язують жінок носити хіджаб і з'являтися в громадських місцях тільки у супроводі чоловіка.

Проривом може слугувати приклад Республіки Білорусь, у якій 21 грудня 2017 р. було прийнято Декрет № 8 “Про розвиток цифрової економіки” (далі – Декрет), що створює сприятливі умови для ведення підприємницької діяльності у сфері ІТ та високих технологій. Декрет створює правову основу для обороту цифрових валют і токенів, заснованих на технології блокчейну, легалізує окремі інститути англійського права, зокрема опціонні договори, договори конвертованої позики, угоди про уникнення конкуренції (*NCA, non-competition agreement*), угоди з відповідальністю за переманювання співробітників (*NSA, non-solicitation agreement*) і вводить інші засоби, спрямовані на спрощення структурування правочинів із іноземним капіталом. Узагалі Декрет спрямований на залучення інвестицій і підтримку компаній, зайнятих у найбільш

перспективних галузях – розробці безпілотного транспорту, штучного інтелекту, цифрових валют тощо.

Урешті, останній висновок у межах проведеного дослідження хотілося б зробити щодо співвідношення ІТ- та інформаційного права. Різниця між інформаційним та ІТ-правом не є суто термінологічним різночитанням, вона стосується змісту відносин, які регулюються. О. Баранов розглядає інформаційне право як галузеву юридичну науку, що вивчає сукупність норм, які регулюють інформаційні відносини у суспільстві, що відносяться до інформаційної діяльності в цілому¹⁹. Інформаційне право – більш широка категорія за сферою правового регулювання, охоплює відносини, об'єктом яких є інформація як ресурс у будь-якому, зокрема й неелектронному (паперовому) вигляді, прикладом чого можуть слугувати класичні реєстри та бібліотеки. Також до інформаційного права можна віднести класичні питання, пов'язані з реалізацією особистого майнового права на інформацію або інших подібних інформаційних прав, свободи інформації та паперових ЗМІ, що регулюється інститутом медіа-права, відносини захисту прайвасі, персональних даних, конфіденційної інформації та інформації обмеженого доступу в моделі минулого століття, які не пов'язані із застосуванням інформаційних технологій.

В інформаційному праві на відміну від ІТ-права акцент зроблено на публічні відносини і публічно-правові норми, що регулюють систему управління інформацією в державі, цензуру, доступ до публічної інформації тощо. Результатом такого підходу стало “політичне рішення” про об'єднання інформаційного права з галузями публічного права в номенклатуру наукових спеціальностей в Україні під шифром “12.00.07: теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право”, наслідуючи досвід Російської Федерації, де останнім часом формуються традиції обмеження обороту інформації, доступу в Інтернет, контролю за поширенням інформації та використанням її з метою ведення гібридної війни.

Фактично з розвитком інформаційних технологій межі й відмінності між ІТ- та інформаційним правом стираються. В літературі з інформаційного та ІТ-права досліджуються однакові проблеми з тією лише різницею, що у виданнях ХХ ст. більшою мірою застосовується назва “інформаційне право”, а в публікаціях ХХІ ст. – “право інформаційних технологій”, або “ІТ-право”. Таким чином, вживання терміна “ІТ-право” є більш сучасним, відповідає духу епохи (як і вживання терміна “цифрове право” (*Digital Law*)), а зведення його винятково до інституту інформа-

¹⁹ О. Баранов, *Інформаційне право України: стан, проблеми, перспективи* (Видавничий дім “СофтПрес” 2005) 51.

ційного права не відповідало б дійсності. ІТ-право має приватноправову основу, природою якої є його соціальна основа – клас ІТ-фахівців, які не сприймають будь-якого примусу, вертикалі та прагнуть максимальної свободи у використанні інформації й доступі до неї, однак це не означає, що сфера ІТ – не комплексна.

Таким чином, концепція ІТ-права може стати альтернативою інформаційному праву в нових умовах. До структури галузі ІТ-права в такому разі поряд із приватними відносинами електронної комерції та ІТ-договорів, структурування ІТ-бізнесу і супроводження стартап-проектів, захисту інтелектуальної власності та конфіденційної інформації у локальних і глобальних інформаційних мережах справедливо буде включити й публічні відносини у сферах електронного урядування, кіберзлочинності та кібербезпеки. Ця проблематика, не будучи включеною до предметного ядра, дасть змогу розвивати граничні дослідження, побачити як позитивні зрушення, так і загрози розвитку інформаційних відносин, віднайти адекватні моделі регулювання, не заперечуючи та не стримуючи розвиток ІТ-технологій.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Fell J and others, *It Law: An Iseb Foundation* (1st edn, BCS 2007) (in English).
2. Holt J and Newton J, *A Manager's Guide to IT Law* (BCS, The Chartered Institute for IT 2011) (in English).
3. Landy G K and Mastrobattista A J, *The IT Digital Legal Companion: A Comprehensive Business Guide to Software, IT, Internet, Media and IP Law* (1st edn, Syngress 2008) (in English).
4. Lloyd I J, *Information Technology Law* (6th edn, OUP 2011) (in English).
5. Murray A, *Information Technology Law: The Law and Society* (3rd edn, OUP 2016) (in English).
6. Rattan J, *Cyber Laws & Information Technology (For LL.B.)* (6th edn, Bharat Law House Pvt Ltd 2017) (in English).
7. Rowland D and Kohl U and Charlesworth A, *Information Technology Law* (5th edn, Routledge 2016) (in English).
8. Baranov O, *Informatsiine pravo Ukrainy: stan, problemy, perspektyvy [Information Law of Ukraine: Current State, Issues, and Prospects]* (Vydavnychiy dim "SoftPres" 2005) 51 (in Ukrainian).
9. Poljakova I, *Pravo + IT = Biznes-puti Juridicheskie reshenija dlja biznesa v sfere IT [Law + IT = Business Ways Legal Solutions for Business in the IT-Sector]* (FLP Marchenko 2016) (in Russian).

Edited books

10. Bachynskiy T ta inshi, *Osnovy IT-prava [Foundations of IT-Law]* (Taras Bachynskiy red, 2-he vyd, Yurinkom Inter 2017) (in Ukrainian).
11. Kharytonov Ye ta Kharytonova O (red), *IT-pravo: teoriia ta praktyka [IT-Law: Theory and Practice]* (Feniks 2017) (in Ukrainian).
12. Yavorska O (red), *IT-pravo [IT-Law]* (Vydavnytstvo “Levada” 2017) (in Ukrainian).

Articles

13. Galesnik L, ‘O problemah systemy prava’ [‘On the Issues of the System of Law’] (1957) 2 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* 108 (in Russian).
14. Kharytonov Ye, ‘Informatsiine suspilstvo ta IT-sfera: shliakhy vporiadkuvannia’ [‘Information Society and IT-Sector: Ways of Harmonization’] (2017) 26 *Chasopys tsyvilistyky* 7 (in Ukrainian).

Conference papers

15. Radutnyi O, ‘Artificial intelligence (shtuchnyi intelekt) ta inshi zahrozy (kryminalno-pravovyi vymir)’ [‘Artificial Intelligence and Other Threats (from the Criminal Law Perspective)’] *IT-pravo: problemy ta perspektyvy rozvytku v Ukraini: II Mizhnarodna naukovo-praktychna konferentsiia [IT-Law: Development Issues and Prospects in Ukraine: Second Scientific and Practical Conference]* (NU “Lvivska politehnika” 2017) (in Ukrainian).

Websites

16. Fries M, ‘Man versus Machine: Using Legal Tech to Optimize the Rule of Law’ (*SSRN*, 24 September 2016) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2842726 accessed 29 November 2017 (in English).
17. Lemley M A and Volokh E, ‘Law, Virtual Reality, and Augmented Reality’ (*SSRN*, 17 March 2017) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2933867> accessed 25 November 2017 (in English).
18. ‘Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))’ (*European Parliament*, 16 February 2017) <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>> accessed 28 November 2017 (in English).
19. Horodyskyi I, ‘Ukrainskyi katolytskyi universytet pochno hotuvaty profesiynykh IT-yurystiv’ [‘The Ukrainian Catholic University Will Start Training Professional IT-Lawyers’] (*MediaSapiens*, 8 Veresen 2016) <http://osvita.mediasapiens.ua/media-prosvita/education/uku_pochne_gotuvati_profesynikh_ityuristiv_u_mezhakh_kursu_e_tri_stipendii/> accessed 20 November 2017 (in Ukrainian).

Blogs

20. Irtlach K, ‘Ilon Mask: “Iskusstvennyj intellekt rano ili pozdno prikonchit vseh nas”’ [‘Elon Musk: “Sooner or Later Artificial Intelligence Will Destroy Us All”’] (*ITCua*, 24 Nojabr’ 2017) <<https://itc.ua/blogs/ilon-mask-iskusstvennyiy-intellekt-rano-ili-pozdno-prikonchit-vseh-nas/>> accessed 28 November 2017 (in Russian).

Newspaper articles

21. Zheltukhin Ye, ‘Legal tech: na mezhi prava ta tekhnolohii’ [‘Legal tech: At the Intersection of Law and Technologies’] *Yurydychna hazeta* (Kyiv, 6 Cherven 2017) (in Ukrainian).

IT-LAW FROM THE PERSPECTIVE OF THEORY AND PRACTICE,
LEARNING AND TEACHING APPROACHES

ABSTRACT. The rapid development of IT-technologies and the IT-industry gives rise to new challenges for legal science and practice. As a response to these challenges, information technology law or IT-law is being formed, and it needs legal analysis from the perspective of theory as well as in terms of finding a solution for specific application tasks. So far, international and Ukrainian publications do not offer a unified approach for understanding IT-law, and therefore there is a need to explore it as a new phenomenon.

The purpose of this article is to analyze modern approaches defining IT-law in the Ukrainian and international dimensions, and to generalize them with the aim of forming a possible understanding of information technology law in the process of teaching and scientific research.

The author has formulated three approaches to the IT-law definition and its vision as one of the most promising areas of development in modern legal science and specialized training of competitive legal professionals of the Legal Tech generation. The author also identifies its place in the system of law and the relation to information and digital law.

Based on the conducted research it is proved that IT-law has all the chances to become an independent branch of law with its specific subject-matter, methodology, object and subject structure and regulatory principles. The specific features of IT-law in the new era are identified and the prospects are seen for the development of its separate institutions in the near future both in Ukraine and abroad.

KEYWORDS: IT-law; information law; digital law; information technologies; law and technologies; Legal Tech.

II. Інформаційні права суб'єктів у IT-праві



Олена Кохановська

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
prof.e.kokhanovskaya@gmail.com

УДК 347.122(477):004

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПРАВ В УКРАЇНІ (ПРИВАТНОПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

АНОТАЦІЯ. Формування цивілістичної теорії реалізації інформаційних прав пов'язане із низкою питань, що впливають із особливостей як самого об'єкта інформаційних відносин, так і зі специфічних правомочностей суб'єктів інформаційних прав, за допомогою яких реалізується інформаційне цивільне право. Звідси – необхідність опрацювання єдиного чи принаймні узагальнюючого підходу в питаннях дотримання, виконання, використання і застосування норм інформаційного права, максимально можливого визначення усіх правомочностей суб'єктів цивільного права для реалізації їх прав в інформаційній сфері.

Метою статті є аналіз сформованих у доктрині цивільного права з урахуванням законодавчих і практичних аспектів підходів до розуміння принципів, форм та способів реалізації цивільних прав для вироблення цілісного уявлення про особливості реалізації специфічних правомочностей суб'єктів інформаційних відносин у цивільному праві, їх форм і способів, а також викладення власного бачення щодо цілей і найбільш ефективних із приватноправових позицій способів реалізації інформаційних прав в Україні.

Встановлено, що вітчизняна цивільно-правова доктрина виробила на сьогодні загальну теорію реалізації цивільних прав, а також ґрунтовну і всеохоплюючу теорію інформаційних цивільних відносин. Однак цивільно-правові аспекти реалізації інформаційних прав, зокрема принципи, форми і способи їх реалізації, потребують подальшого дослідження. З'ясовано, що в сучасних умовах розвитку інформаційного суспільства важливо не лише закріплення норм інформаційного законодавства, а й їх дотримання, виконання, використання, а також застосування.

Автор доходить висновку, що приватне право відповідно до притаманного йому диспозитивного методу регулювання суспільних відносин надає суб'єкту у сфері інформаційних цивільних правовідносин право самостійного вибору цілей, а також способів і засобів реалізації інформаційних прав. Основними під час реалізації інформаційного цивільного права є прості (дотримання, виконання,

© Олена Кохановська, 2018

Олена Кохановська

використання) і складні (застосування) форми реалізації права. Інформаційне цивільне право реалізується за допомогою комплексу правомочностей суб'єкта інформаційних відносин, основними серед яких є право створювати, виробляти, шукати, збирати, ознайомлюватися, одержувати (отримувати), фіксувати, знати, передавати, використовувати, поширювати (розповсюджувати), зберігати, охороняти і захищати інформацію тощо.

Ключові слова: інформація; реалізація інформаційних прав; форми і способи реалізації інформаційних прав; правомочності суб'єкта інформаційних відносин.

Аналіз норм інформаційного законодавства переконує в необхідності не лише їх закріплення, а й дотримання, виконання, використання та застосування. Зазначене розглядається у теорії права як прості (дотримання, виконання, використання) і складні (застосування) форми реалізації права. Враховуючи зазначене, *актуальність цієї статті та перспективи подальшого дослідження теми* вбачаються передусім у її своєчасності, беручи до уваги реалії, в яких інформаційні права реалізуються на сьогодні в усьому світі, – з одного боку, це колосальні можливості отримання, поширення, зберігання інформації в інформаційних мережах, а з другого – зростаючий рівень тривоги суспільства щодо вільного обігу відкритої вільної інформації, належного збереження персональних даних фізичних осіб, дотримання прав усіх учасників глобального інформаційного обміну. Крім того, за роки, які минули з моменту появи інформації як об'єкта цивільних прав у ЦК України¹, приватноправова доктрина виробила ґрунтовну та всеохоплюючу теорію інформаційних відносин. Що стосується *ступеня наукової розробки проблем* реалізації інформаційних прав, то, попри значну кількість публікацій українських цивілістів (Т. Бегова, Д. Бойко, В. Бонтлаб, І. Ващинець, Б. Гоголь, С. Дзіс, А. Дідук, В. Дмитришин, Ю. Капіца, А. Козинець, А. Колісник, Ю. Носік, О. Пастухов, С. Петренко, В. Петров, І. Романюк, М. Селіванов, О. Харитонova, С. Ясечко та багато інших), у яких ці питання безпосередньо чи побічно зачіпаються, вітчизняна цивілістична наука ще не виробила єдиного чи принаймні узагальнюючого підходу, а моніторинг практики реалізації інформаційних прав свідчить про неможливість одночасно охопити усі напрями інформаційних відносин, тому опрацьовувати доводиться кожен із них окремо, а потім уже формувати загальне бачення.

Метою дослідження є аналіз сформованих у доктрині цивільного права (з урахуванням законодавчих і практичних аспектів) підходів до розуміння принципів, форм та способів реалізації цивільних прав для вироблення цілісного уявлення про особливості реалізації специфічних правомочностей суб'єктів інформаційних відносин у цивільному праві,

www.pravo.ua.com.ua

¹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.

їх форм і способів, а також викладення власного бачення щодо цілей і найбільш ефективних із приватноправових позицій способів реалізації інформаційних прав в Україні.

Відповідно до положень Конституції України² кожен має право реалізувати свої інформаційні права, зокрема, вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір; здійснення цих прав може бути обмежене законом (ст. 34). Наведена конституційна норма свідчить про можливість поділу інформаційних прав на ряд найважливіших юридичних правомочностей. Так, можливість доступу до відкритої інформації, що реалізується передусім через право кожного вільно шукати й отримувати її більш детально, розкрито у ст. 5 Закону України “Про інформацію”:

1. Кожен має право на інформацію, що передбачає можливість вільного одержання, використання, поширення, зберігання та захисту інформації, необхідної для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів. 2. Реалізація права на інформацію не повинна порушувати громадські, політичні, економічні, соціальні, духовні, екологічні та інші права, свободи і законні інтереси інших громадян, права та інтереси юридичних осіб³.

У ст. 6 цього нормативно-правового акта закріплено також гарантії права на інформацію⁴.

Отже, на сьогодні основними видами інформаційної діяльності згідно із чинним законодавством є створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорона та захист інформації (ст. 9 Закону України “Про інформацію”). Доцільно вказати, що зміст зазначених правомочностей, а також тих, що згадуються нижче (їх перелік не може бути закритим), детально розкривається у численних публікаціях автора цієї статті й становить предмет окремого дослідження, зокрема монографічного, присвяченого теоретичним проблемам інформаційних відносин у цивільному праві⁵, а в цій статті увагу приділено питанням, які стосуються саме проблем реалізації інформаційних прав. Можливість обміну інформацією, що реалізується через право її передавати і поширювати (розповсюджувати) тощо, отримала подальший розвиток у вітчизняному законодавстві, наприклад, у статтях 2, 3, 6, 10 та ряді інших Закону України “Про друковані засоби масової інформації (пресу)

² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. ст. 141.

³ Про інформацію: Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. ст. 650.

⁴ Там само.

⁵ Олена Кохановська, *Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві* (Видавничо-поліграфічний центр “Київський університет” 2006).

в Україні”⁶ як право кожного вільно і незалежно шукати, одержувати, фіксувати, зберігати, використовувати та поширювати будь-яку інформацію за допомогою друкованих засобів масової інформації, крім випадків, визначених законом.

Можливість створення (виробництва) інформації, що реалізується через низку нормативних приписів про свободу творчості, розробку і виробництво програм, баз даних, інших інформаційних продуктів, про культуру, науку тощо, формує пул найбільш цінної для людства, творчої і оригінальної за своїми ознаками інформації, фактично розширює перелік можливих дій під час реалізації інформаційних прав. У свою чергу, можливість доступу до інформації реалізується переважно через право кожного вільно шукати й одержувати (отримувати) інформацію, ознайомлюватися з її змістом; можливість обміну інформацією реалізується через право її передавати і поширювати (розповсюджувати). Загалом інформаційне право реалізується за допомогою комплексу правомочностей суб’єкта інформаційних відносин, основними серед яких є: *право створювати, виробляти, шукати, збирати, ознайомлюватися, одержувати (отримувати), фіксувати, знати, передавати, використовувати, поширювати (розповсюджувати), зберігати, охороняти та захищати інформацію*. При цьому необхідно враховувати обмеження, передбачені в законі щодо здійснення того чи іншого права, наприклад ті, які містяться у п. 2 ст. 19 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р.⁷.

Доктринальні підходи у розумінні проблем реалізації права пов’язані насамперед із методами реалізації. Так, серед методів реалізації права у літературних джерелах зазначено, зокрема, про: метод добровільного дотримання та використання норм права; метод автономного (договірного) вирішення питань суб’єктами; метод державно-владного припису⁸. Метод добровільного дотримання та використання норм права, на нашу думку, – найбільш природний і характерний для інформаційних прав, особливо для права на інформацію як одного з найважливіших прав у комплексі інших особистих немайнових прав фізичної особи, закріплених у Кн. 2 ЦК України⁹. Суб’єкт інформаційних відносин (у ряді випадків не лише фізична, а й юридична особа) реалізує свої права в цьому випадку шляхом здійснення активних дій у межах норм

⁶ Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні: Закон України від 16 листопада 1992 р. № 2782- XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 1. ст. 1.

⁷ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права: прийнято 16 грудня 1966 р. Генеральною Асамблеєю ООН, ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19 жовтня 1973 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 20.11.2017).

⁸ Юрий Бро, *Проблемы применения права* (Альберт Пиголкин ред, Иркутский государственный университет имени А А Жданова 1980) 9.

⁹ Цивільний кодекс України (н 1).

права, утримуючись від дій, які нормами права заборонені. Реалізація інформаційних прав має місце і за умови пасивної поведінки суб'єкта – їх носія. Утім, проявляючи ініціативу в реалізації інформаційних прав, особа може найбільш повно здійснити свої внутрішні бажання. Крім того, норми ст. 12 ЦК України надають можливість самостійно визначати, яким чином – у формі дії чи бездіяльності – особа здійснює своє право. Цей вибір можливий завдяки основному принципу цивільного права, яким є принцип диспозитивності, або, інакше кажучи, – змозі діяти на власний розсуд. Як свідчить практика, суб'єкти інформаційних цивільних правовідносин проявляють максимальну ініціативу в процесі реалізації своїх прав, особливо у сфері створення, вироблення, одержання (отримання) і поширення (розповсюдження), передання інформації.

Проблемам реалізації прав, формам, в яких вона проявляється, у літературі приділяється значна увага, хоча самі ці поняття розуміються не однаково¹⁰. У процесі втілення приписів норм права в реальну діяльність суб'єктів права їх вимоги перетворюються на правомірну поведінку. Отже, і правовий припис, який міститься у нормі інформаційного права, конкретизується щодо учасників конкретних інформаційних правовідносин у вигляді їх прав і обов'язків та перетворюється на дійсність за умови, якщо він буде співвіднесений з їх реальною поведінкою. Учасники інформаційних правовідносин можуть відхилитися у своїй реальній поведінці від моделі, що закріплює сукупність прав і обов'язків, які їх пов'язують. Саме в цьому випадку насправді відбувається процес здійснення прав та обов'язків, тобто можливість перетворюється на дійсність. Таким чином, якщо вести мову про норми інформаційного права, можна передбачити, що вони реалізуються в різних формах залежно від характеру приписів: 1) безпосередньо, тобто через поведінку суб'єктів інформаційних відносин без виникнення конкретних правовідносин (індивідуальна форма реалізації); в цьому випадку здійснюється дотримання норм права; 2) опосередковано – через виникнення конкретних інформаційних правовідносин. Зважаючи на викладене, дотримання, виконання, використання можна назвати основними формами реалізації інформаційних прав, які повністю відповідають характеру правил поведінки, закріплених у нормах інформаційного законодавства.

Аналізуючи цивільно-правові аспекти реалізації інформаційних прав, доречно навести думку Я. Шевченко, яка свого часу стверджувала, що:

¹⁰ Альберт Пиголкін (ред), *Общая теория права* (2-е изд, Издательство Московского государственного технического университета имени Н Э Баумана 1998) <<https://lawbook.online/prava-gosudarstva-teoriya/obschaya-teoriya-prava-uchebnik-dlya.html>> дата звернення 28 Листопад 2017; Валерій Лазарев (ред), *Общая теория права и государства* (2-е изд, Юристъ 1996) <<http://www.kursach.com/biblio/0010007/000.htm>> дата звернення 28 Листопад 2017.

Можливість здійснення суб'єктивного цивільного права полягає в реалізації тих правомочностей, які за своїм змістом закладені у правовідносини. Але у цивільних правовідносинах є і суб'єктивні обов'язки, які можуть бути активними, коли особа повинна вчиняти певні дії, і пасивними, коли вона зобов'язана утримуватися від певних дій¹¹.

Традиційно суб'єктивне цивільне право, з яким пов'язують реалізацію цивільних прав, характеризується через так звану тріаду можливостей: можливість поводитися певним чином; можливість вимагати певної поведінки від інших осіб; можливість одержати захист порушеного права за допомогою суду, державних органів тощо. В теорії цивільного права вирізняють також два принципові способи реалізації прав – фактичні та юридичні¹². Фактичні полягають у здійсненні таких дій, які викликають майнові і немайнові наслідки, що торкаються прав та інтересів окремих осіб, але ці наслідки не мають юридичного характеру. В свою чергу, юридичні способи здійснення суб'єктивного права полягають у реалізації дій юридичного характеру: укладанні різних правочинів, наприклад інформаційних договорів, тощо.

Як відомо, центральним елементом будь-якого суб'єктивного цивільного права є свобода вибору відповідної поведінки самим управомоченим суб'єктом. Це пояснює той факт, що суб'єктивні цивільні права здійснюються передусім через власні юридично значущі активні дії управомоченої особи. Так, приміром, володілець інформаційного ресурсу може сам користуватися ним, передати інформацію іншій особі за договором надання послуг, обміняти інформацію на іншу або взагалі передати свої права на інформаційні ресурси іншій особі. У всіх зазначених випадках ним реалізується право на власні активні дії, за допомогою яких задовольняються його інтереси. Право на позитивні дії при цьому тісно пов'язане з іншим, нехай і не головним, але необхідним елементом суб'єктивного права – з правом вимоги відповідної поведінки зобов'язаних осіб.

Доцільно зазначити, що приватне право відповідно до притаманного йому диспозитивного методу регулювання суспільних відносин надає суб'єкту права самостійний вибір цілей у суспільних відносинах, а також способів і засобів їх реалізації. Специфіка методу цивільно-правового регулювання проявляється також в тому, що суб'єкти цивільного права наділені максимально повною ініціативою. Вони на власний розсуд вирішують питання про засоби, шляхи та час реалізації свого права. Важливим є лише те, щоб права були законними. Отже, під час реалі-

¹¹ Ярославна Шевченко, *Цивільне право України*, Т 1 (Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре" 2003) 71.

¹² Там само 381.

зації інформаційного цивільного права єдиною межею свободи в здійсненні своїх прав є обов'язок фізичної особи не завдавати шкоди третім особам та суспільству. У ЦК України містяться також норми, якими встановлено презумпцію добросовісного та розумного здійснення прав. Так, відповідно до ч. 5 ст. 12 ЦК України, якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, коли інше не встановлено судом. Крім того, питання, пов'язані з реалізацією інформаційних суб'єктивних прав, вирішуються фізичними та юридичними особами на власний розсуд, як це закріплено щодо усіх цивільних прав у ч. 1 ст. 12 ЦК України. Здійснюючи свої права, суб'єкт інформаційних правовідносин має рахуватися з тим, що інші особи є володільцями аналогічних або інших прав, які так само визначаються та охороняються законом. Як убачається із закону, законодавець при цьому виходить з принципів добросовісності та розумності й вимагає від осіб додержання моральних засад суспільства.

Висновки. Аналіз проблем реалізації інформаційних прав в Україні з приватноправових позицій дає змогу зробити такі висновки: 1) інформаційне цивільне право реалізується за допомогою комплексу правомочностей суб'єкта інформаційних відносин, основними серед яких можна назвати право створювати, виробляти, шукати, збирати, ознайомлюватися, одержувати (отримувати), фіксувати, знати, передавати, використовувати, поширювати (розповсюджувати), зберігати, охороняти і захищати інформацію тощо; 2) приватне право відповідно до притаманного йому диспозитивного методу регулювання суспільних відносин надає суб'єкту у сфері інформаційних цивільних відносин право самостійного вибору цілей, а також способів і засобів реалізації інформаційних прав; 3) важливе теоретичне і практичне значення має не лише закріплення норм інформаційного законодавства, а й дотримання, виконання, використання та застосування їх, що розглядається в теорії права як прості (дотримання, виконання, використання) і складні (застосування) форми реалізації права; 4) свої особливості має реалізація інформаційних прав у сфері особистих немайнових правовідносин, правовідносин інтелектуальної власності, правовідносин власності, однак практика реалізації інформаційних прав свідчить про неможливість одночасно охопити усі напрями інформаційних відносин, тому опрацьовувати доцільно кожен із них окремо з подальшим формуванням цілісного бачення.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 30. st. 141 (in Ukrainian).
2. Mizhnarodnyi pakt pro hromadianski i politychni prava [The International Covenant on Civil and Political Rights]: pryiniato 16 hrudnia 1966 r. Heneralnoiu Asambleieiu OON, ratyfikovano Ukazom Prezhydii Verkhovnoi Rady Ukrainskoi RSR [ratified by Decree of the Presidium of the Verkhovna Rada of the Ukrainian SSR] № 2148-VIII vid 19 zhovtnia 1973 r. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (accessed: 20.11.2017) (in Ukrainian).
3. Pro drukovani zasoby masovoi informatsii (presu) v Ukraini [On the Printed Mass Media (the Press) in Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 16 lystopada 1992 r. № 2782- KhII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1993. № 1. st. 1 (in Ukrainian).
4. Pro informatsiiu [On Information]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 2 zhovtnia 1992 r. № 2657-KhII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1992. № 48. st. 650 (in Ukrainian).
5. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2003. №№ 40–44. St. 356 (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

6. Kokhanovska O, *Teoretychni problemy informatsiinykh vidnosyn u tsyvilnomu pravi [Theoretical Issues of Information Relations in Civil Law]* (Vydavnycho-polihrafichnyi tsentr “Kyivskiy universytet” 2006) (in Ukrainian).
7. Shevchenko Ya, *Tsyvilne pravo Ukrainy [Civil Law of Ukraine]*, T 1 (Kontsern “Vydavnychi Dim “In Yure” 2003) (in Ukrainian).

Edited books

8. Bro Ju, *Problemy primenenija prava [Issues of Law Application]* (Al’bert Pigolkin red, Irkutskij gosudarstvennyj universitet imeni A A Zhdanova 1980) (in Russian).
9. Lazarev V (red), *Obshhaja teoriija prava i gosudarstva [General Theory of Law and State]* (2-e izd, Jurist” 1996) <<http://www.kursach.com/biblio/0010007/000.htm>> accessed 28 November 2017 (in Russian).
10. Pigolkin A (red), *Obshhaja teoriija prava [General Theory of Law]* (2-e izd, Izdatel’stvo Moskovskogo gosudarstvennogo tehničeskogo universiteta imeni N Je Baumana 1998) <<https://lawbook.online/prava-gosudarstva-teoriya/obschaya-teoriya-prava-uchebnik-dlya.html>> accessed 28 November 2017 (in Russian).

Olena Kokhanovska

ISSUES OF IMPLEMENTATION OF INFORMATION RIGHTS IN UKRAINE
(PRIVATE LAW ASPECT)

ABSTRACT. Forming of the civil theory of information rights implementation is associated with a number of issues ensuing from the specific nature of the object of information relations as well as from the specific powers enjoyed by the subjects of information rights through which an information civil right is implemented. Hence the need to elaborate a uniform or at least a generalizing approach regarding the issues of compliance, implementation, use and application of the provisions of an information right, to define, in the most elaborate possible manner, all of the powers of the civil law subjects with a view to implementing their rights in the information field.

The purpose of this article is to analyze the approaches to understanding of the principles, forms and methods of civil rights implementation, which have been so far formed in the civil law doctrine, with due regard for the legislative and practical aspects, with the aim of developing a whole picture about the specifics of implementation of powers enjoyed by the subjects of information relations in civil law, their forms and methods, as well as to describe own vision of the objectives and the ways, most effective in terms of private law positions, for implementing information rights in Ukraine.

It is established that the national civil law doctrine has so far developed the general theory of civil rights implementation, and an extensive and comprehensive theory of civil information relations. However, civil law aspects of information rights implementation, in particular, the principles, forms and methods of their implementation, still wait for a further study. It is found that in the modern context of information society development not only the consolidation of the provisions of information legislation is important, but also the compliance, implementation, use, and application thereof are no less significant.

The author arrives at the conclusion that private law, given its inherent discretionary method of social relations regulation, entitles the subject of information relations under civil law to select at own discretion the goals and the ways and means of implementation of information rights. The main forms of information civil rights implementation are simple (compliance, implementation, use) and complex (application) forms of implementation of a right. The information civil right is implemented through a range of powers enjoyed by the information relations subject, the main of which being the right to create, make, search for, collect, get familiarized with, receive (obtain), record, be aware of, transfer, use, disseminate (distribute), store, ensure the security of and protect information etc.

KEYWORDS: information; implementation of information rights; forms and methods of information rights implementation; powers of the subject of informational relations.



Анатолій Кодинець

доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри інтелектуальної власності
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(м. Київ, Україна)
a_kodynets@ukr.net

УДК 347.4(477):347.771.78:004

ЗАСАДИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНФОРМАЦІЙНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена розгляду теоретичних і практичних аспектів визначення інформаційних зобов'язань у системі цивільно-правових відносин, характеристиці їх видів та особливостей, окресленню специфіки договорів, на підставі яких виникають, змінюються та припиняються інформаційні відносини.

Метою статті є аналіз (із позиції юридичної доктрини) ознак інформаційних зобов'язань, визначення концепції цивільно-правового регулювання інформаційних відносин, тенденцій і перспектив правового регулювання інформаційних зобов'язань у законодавстві України.

Наведено тлумачення категорії “інформаційне зобов'язання” як цивільного правовідношення, в якому одна сторона (кредитор) має право вимагати від іншої сторони (боржника) надання чи передання майнових прав на інформацію або утримання від вчинення дій щодо надання чи передання таких прав іншим особам, а боржник зобов'язаний виконати вимоги кредитора.

Автор дійшов висновку, що інформаційні зобов'язання мають договірну природу, вони виникають, змінюються та припиняються на підставі договору. Інформація як результат інтелектуальної діяльності людини може існувати і як самостійний об'єкт, і у формі результатів творчої діяльності, що охороняються системою права інтелектуальної власності. Концепція інформації як результату інтелектуальної діяльності дає змогу оцінити через призму інформаційних відносин систему інтелектуальної власності й одночасно надає можливість поширити на інформаційні відносини приватноправового характеру, система регулювання яких тільки формується у вітчизняному законодавстві, окремі положення законодавства про інтелектуальну власність.

Ключові слова: інформація; інформаційні відносини; інформаційне зобов'язання; персональні дані; інтелектуальна власність.

В умовах поширення інформаційних технологій, становлення й розвитку інформаційного суспільства відбувається переосмислення ролі

та значення інформації як соціального блага і правового феномена. Інформація із категорії, що характеризує систему знань та уявлень про людину і навколишню її дійсність, трансформується в базову умову життєдіяльності особи, невід'ємний атрибут її функціонування в суспільстві.

У сучасному світі складно уявити існування особи без засобів зовнішньої комунікації, сприйняття та передачі інформації. Радіо, телефон, телебачення, Інтернет – все це явища сучасної епохи, які докорінно змінили умови нашого повсякденного буття. Невипадково науковці різних галузей знань, які характеризують сучасний етап розвитку людства як епоху інформаційного суспільства, вказують на збільшення комунікативних можливостей особи і водночас дедалі більшу її залежність від джерел отримання та передачі інформації. Поступово у нормативно-правових актах право на інформацію виокремилася із системи природних прав і сформувався як основоположне, первинне право людини, яке визнається та гарантується міжнародною спільнотою.

Наведені фактори зумовлюють потребу в формуванні сучасної теоретико-методологічної основи регулювання інформаційних відносин у цивільному праві, визначення поняття та особливостей інформаційних зобов'язань, системи інформаційних зобов'язань, специфіки захисту прав учасників інформаційних відносин. Створення законодавчої бази регламентації інформаційних відносин передбачає приведення національного законодавства у відповідність до міжнародних стандартів і вимог нормативних актів Європейського Союзу, закріплення та деталізацію у цивільному законодавстві положень Угоди про асоціацію. Розв'язання зазначених проблем законодавчого регулювання інформаційних відносин є перспективним завданням вітчизняної правової системи, що потребує нагального ефективного виконання.

Проблемам правового регулювання інформаційних відносин присвячено наукові дослідження вітчизняних і зарубіжних авторів: М. Галянтича, Б. Гоголя, О. Городова, В. Дозорцева, В. Жукова, В. Калятіна, В. Копилова, Ю. Носіка, В. Петрова, О. Сергєєва, І. Спасибо-Фатєєвої, М. Рассолова, В. Цимбалюка й інших учених. Наукове підґрунтя дослідження проблем зобов'язальних інформаційних відносин становлять праці О. Кохановської – розробника вітчизняної доктрини цивільно-правової регламентації інформаційних відносин.

Мета дослідження полягає в розкритті поняття та визначенні місця інформаційних зобов'язань у системі цивільно-правових відносин, їх видів і особливостей, а також окресленні специфіки договорів, на підставі яких виникають, змінюються та припиняються інформаційні зобов'язальні відносини.

Інформаційні цивільні відносини неоднорідні за змістом. Значна їх кількість виникає у зв'язку з реалізацією інформаційних прав особи з набуття та використання інформації. Це передусім – абсолютні інформаційні відносини, в яких праву однієї особи на інформацію протистоїть обов'язок усіх інших членів суспільства не порушувати інформаційні права суб'єкта. Такі відносини виникають, зокрема, під час використання інформації, її обробки чи збереження. За цих відносин уповноважений суб'єкт має можливість вимагати захисту своїх інформаційних прав від будь-якої особи, яка їх порушить. Значну питому вагу у сфері інформаційних відносин становлять також правові відносини між конкретними особами, в межах яких задоволення інтересів однієї особи здійснюється за рахунок виконання свого обов'язку іншою стороною правовідносин. При цьому суб'єктивному праву однієї сторони протистоїть конкретний обов'язок іншої сторони інформаційних відносин. Зазначені відносини можуть бути визначені як інформаційні зобов'язальні відносини.

Інформація є об'єктом багатьох цивільно-правових договірних зобов'язань, проте не всі вони можуть бути беззастережно віднесені до групи інформаційних зобов'язань. Так, згідно із договором купівлі-продажу продавець зобов'язаний попередити покупця про всі права третіх осіб на товар, що продається (права наймача, право застави, право довічного користування тощо). У разі невиконання цієї вимоги відповідно до ст. 659 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) покупець має право вимагати зниження ціни або розірвання договору купівлі-продажу, якщо він не знав і не міг знати про права третіх осіб на товар¹⁷. За договором найму (оренди) наймодавець зобов'язаний попередити наймача про особливі властивості та недоліки речі, які йому відомі та які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна наймача чи інших осіб або призвести до пошкодження самої речі під час користування нею (ч. 2 ст. 767 ЦК України) та про всі права третіх осіб на річ, що передається у найм (ч. 2 ст. 769 ЦК України)¹⁸.

Можна зазначити й про інші випадки законодавчого регулювання відносин, у яких обов'язок сторони договору полягає в наданні певної інформації, необхідної для виконання договору, або з метою попередження негативних правових наслідків для іншої сторони. Проте у наведених випадках договірні правовідносини, об'єктом яких є інформація, не можна віднести безпосередньо до групи інформаційних договірних зобов'язань.

¹⁷ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.

¹⁸ Там само.

Інформаційними зобов'язаннями є правовідносини, в яких одна сторона має право вимагати від іншої надання чи передання майнових прав на інформацію або утримання від вчинення дій, спрямованих на надання чи передання таких прав іншим особам. Лише певна кількість договірних зобов'язань, об'єктом яких є інформація, може бути віднесена до категорії “інформаційні договірні зобов'язання”. У більшості врегульованих положеннями ЦК України договорів обов'язок повідомити певну інформацію виникає у силу прямої вказівки закону та супроводжує основне зобов'язання сторони, спрямоване на передачу майна у власність, надання речі у користування, виконання робіт чи надання певних послуг.

Необхідно наголосити, що в ЦК України не міститься правових положень регламентації зобов'язальних інформаційних договірних відносин. Ні договори про конфіденційність, ні договори про створення та надання інформації, ні договори про надання інформаційних послуг не дістали наразі свого легального закріплення у нормах цього кодифікованого акта. Лише окремі положення ЦК України присвячено регламентації договорів у сфері інтелектуальної власності.

Незважаючи на те, що на практиці досить часто зміст будь-якого договору передбачає положення про конфіденційність, на сьогодні договір про нерозголошення інформації (договір про конфіденційність) законодавчо не закріплений у положеннях ЦК України. Зазначене стосується також іншого, досить поширеного на практиці договору, який має інформаційну природу, – договору консалтингу (договору про надання консалтингових послуг). Договірні відносини консалтингу, як й інших договорів про надання інформаційних послуг (про проведення маркетингових досліджень, про інформаційне консультування та супровід, про проведення інформаційних пошуків, у тому числі патентних), належать до групи непоіменованих договорів, законодавче регулювання яких – перспективне завдання вітчизняної системи цивільного законодавства.

Також однією з причин інертності законодавця в регулюванні договорів у сфері інформаційних відносин є відсутність у межах юридичної науки усталених правових поглядів і сформованих цілісних концепцій щодо питання особливостей та видового різноманіття договірних інформаційних зобов'язань і договорів, які опосередковують виникнення, зміну чи припинення інформаційних цивільних відносин. У межах цивілістики, як правило, договори у сфері інформаційних відносин досліджувалися на рівні наукових статей, монографій або дисертацій, присвячених окремим видам таких договорів. Зокрема, проводячи

дослідження одного із найпоширеніших різновидів договорів про надання інформаційних послуг, яким є договір консалтингу, Г. Шаркова слушно наголошує на тому, що «вітчизняна доктрина цивільного права та спеціальна юридична література не містять досліджень, пов'язаних із договором консалтингу»¹⁹.

Зазначене положення може стосуватися загалом усіх видів договорів у сфері інформаційних відносин. Тому, незважаючи на активне використання на практиці договірних інформаційних зобов'язань, потребу законодавчого регулювання основних, базових договірних конструкцій в сучасних умовах розвитку інформаційного суспільства, варто зауважити про недостатність наукового аналізу системи, особливості й істотні умови таких договорів у межах цивілістики. Доцільно також вказати, що багато науковців під час аналізу системи договірних зобов'язань загалом не виділяють в окремий вид договори про надання інформації чи обмежуються наданням правової характеристики тільки поіменованих договорів²⁰. Лише до фундаментальної праці з договірного права²¹ увійшло дослідження договору про конфіденційність.

Наявний стан поверхневого нормативного регулювання договірних інформаційних відносин у ЦК України та недостатній рівень їх доктринального дослідження у межах вітчизняної цивілістики дає підстави окремим науковцям формулювати висновки щодо поширення на опосередкування договорів у сфері інформаційних відносин положень спеціального законодавства – господарського, адміністративного тощо. Зокрема, Ю. Бурило, аналізуючи природу зобов'язань із договорів на виконання інформаційних та інформаційно-інфраструктурних робіт, доходить висновку, що зазначені договори утворюють відповідні підтипи підрядних договорів і договорів про надання послуг, які необхідно розглядати в контексті укладення організаційних та майнових договорів, передбачених у Господарському кодексі України²².

За таких обставин відбувається досить небезпечне для цивілістики явище: відсутність необхідного рівня регулювання інформаційних відносин у цивільному законодавстві призводить до їх поступового «розпошення», «перетікання» до сфери інших галузей права. Регламентацію зобов'язань у сфері інформаційних відносин, суто цивілістичних за своєю природою, прагнуть підвести під правовий інструментарій інших

¹⁹ Ганна Шаркова, 'Договір консалтингу' (автореф дис канд юрид наук, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України 2011) 3.

²⁰ О Дзера та Н Кузнецова та Р Майданик (ред), *Цивільне право України Особлива частина* (3-тє вид, Юрінком Інтер 2010).

²¹ Т Боднар та інші, *Договірне право України Особлива частина* (Олександр Дзера ред, Юрінком Інтер 2009).

²² Ю Бурило, 'Договірне регулювання робіт і послуг в інформаційній сфері господарювання' (2013) 3 (39) *Правова інформатика* 60.

галузей права, нівелюючи їх приватноправову сутність, що може призвести до виникнення проблем у межах практичної площини.

На підтвердження зазначеного варто навести такий приклад. На сьогодні досить поширені випадки надання згоди на обробку та використання персональних даних. Згідно зі статтями 10 та 11 Закону України “Про захист персональних даних” (далі – Закон) використання персональних даних здійснюються за згодою суб’єкта персональних даних чи відповідно до закону. Підставами для обробки персональних даних є: 1) згода суб’єкта персональних даних на обробку його персональних даних; 2) дозвіл на обробку персональних даних, наданий володільцю персональних даних згідно із законом; 3) укладення та виконання правочину, стороною якого є суб’єкт персональних даних або який укладено на користь суб’єкта персональних даних²³. Отже, законодавець виокремлює категорії “згода на обробку персональних даних”, “дозвіл на обробку персональних даних” і “правочин”, штучно розмежовуючи правове регулювання інформаційних відносин за ЦК України та їх регламентацію згідно із Законом. У цьому зв’язку виникає низка наведених далі запитань. Який правовий режим такої згоди (дозволу) на обробку персональних даних? Чи застосовуються до неї загальні положення цивільного законодавства про правочини й умови їх дійсності? Які істотні умови подібної згоди? Чи може особа, яка надала згоду, згодом її відкликати? У Законі не міститься на них чіткої відповіді.

За таких умов можна вважати, що поширення на відносини з використання персональних даних положень цивільного законодавства про форми, види й умови ліцензії (ліцензійного договору) сприятиме правовій визначеності інформаційних відносин. Адже переважну більшість умов ліцензійного договору сформульовано законодавцем у Гл. 75 ЦК України як диспозитивні, тобто такі, що застосовуються у разі, якщо сторони не домовилися про інше. Так, у договорі має бути зазначено вид ліцензії на використання результату інтелектуальної, творчої діяльності, проте, якщо сторони не погодять таку умову, застосовується презумпція надання прав на використання на підставі невиключної ліцензії, територією дії такої ліцензії є територія України (ч. 7 ст. 1109 ЦК України)²⁴. Кожна зі сторін може відмовитися від договору у разі порушення другою стороною його умов (ч. 2 ст. 1110 ЦК України)²⁵.

²³ Про захист персональних даних: Закон України від 1 червня 2010 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 34. Ст. 481.

²⁴ Цивільний кодекс України (н 1).

²⁵ Там само.

Вітчизняні науковці, аналізуючи договірні форми реалізації інформаційних прав, також допускають можливість застосування для розпорядження правами на інформацію договорів, які використовуються у системі права інтелектуальної власності²⁶. Урешті-решт, регулювання відносин щодо використання персональних даних на підставі норм цивільного законодавства не лише сприятиме визначеності прав і обов'язків сторін, а й забезпечить додаткові гарантії захисту прав та інтересів учасників інформаційних відносин завдяки застосуванню інструментарію цивільного права. У цьому зв'язку можна пригадати влучний вислів відомого цивіліста Й. Покровського про те, що однією з перших і найбільш суттєвих вимог, яка пред'являється до права розвинутою людською особистістю, є вимога визначеності правових норм²⁷. Зазначене повною мірою стосується сфери регулювання інформаційних зобов'язань.

Висновки. Інформаційне зобов'язання може бути визначене як цивільне правовідношення, в якому одна сторона (кредитор) має право вимагати від іншої сторони (боржника) надання чи передання майнових прав на інформацію або утримання від вчинення дій щодо надання чи передання таких прав іншим особам. У цивільному праві інформаційні зобов'язання насамперед є різновидом договірних зобов'язань, оскільки виникають, трансформуються та припиняються в силу договору.

Враховуючи, що результати інтелектуальної, творчої діяльності, які охороняються системою права інтелектуальної власності, мають інформаційну правову природу, пропонується поширити на регулювання договірних відносин щодо надання чи передачі інформаційних прав визначених (поіменованих) у цивільному законодавстві договірних форм – ліцензійного договору та договору про передання прав. Екстраполяція зазначених договірних конструкцій на регламентацію відносин стосовно розпоряджання інформаційними правами не суперечить юридичній природі таких прав і відповідає загальним засадам цивільного законодавства, яке, встановлюючи принцип свободи договору як основоположної засади регламентації договірних відносин, надає сторонам конкретного договірного зобов'язання можливість регулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, не врегульовані цими актами.

²⁶ Опанас Підпригора, *Законодавство України про інтелектуальну власність* (Фірма "Консум" 1997) 166; Олена Кохановська, *Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві* (Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет" 2006) 284-5.

²⁷ Иосиф Покровский, *Основные проблемы гражданского права* (3-е изд., Статут 2001) 89.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Pro zakhyt personalnykh danykh [On Personal Data Protection]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 1 chervnia 2010 r. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2010. № 34. St. 481 (in Ukrainian).
2. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2003. №№ 40–44. St. 356 (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

3. Pidopryhora O, *Zakonodavstvo Ukrainy pro intelektualnu vlasnist [Intellectual Property Legislation of Ukraine]* (Firma “Konsum” 1997) (in Ukrainian).
4. Kokhanovska O, *Teoretychni problemy informatsiinykh vidnosyn u tsyvilnomu pravi [Theoretical Issues of Information Relations in Civil Law]* (Vydavnycho-polihrafichnyi tsentr “Kyivskiy universytet” 2006) (in Ukrainian).
5. Pokrovskij I, *Osnovnye problemy grazhdanskogo prava [Major Issues of Civil Law]* (3-e izd, Statut 2001) (in Russian).

Edited books

6. Dzera O ta Kuznietsova N ta Maidanyk R (red), *Tsyvilne pravo Ukrainy Osoblyva chastyna [Civil Law of Ukraine Special Section]* (3-tie vyd, Yurinkom Inter 2010) (in Ukrainian).
7. Bodnar T ta inshi, *Dohovirne pravo Ukrainy Osoblyva chastyna [Contract Law Ukraine Special Section]* (Oleksandr Dzera red, Yurinkom Inter 2009) (in Ukrainian).

Articles

8. Burylo Yu, ‘Dohovirne rehuliuвання robot i posluh v informatsiinii sferi hospodariuvannya’ [‘Contractual Regulation of Works and Services in the Information Sector of Economic Activities’] (2013) 3 (39) *Pravova informatyka* 60 (in Ukrainian).

Thesis abstracts

9. Sharkova H, ‘Dohovir konsaltnyhu’ [‘A Consulting Contract’] (avtoref dys kand yuryd nauk, Naukovo-doslidnyi instytut pryvatnoho prava i pidpriemnytstva Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy 2011) (in Ukrainian).

Anatolyi Kodnyets

THE FUNDAMENTALS OF REGULATION OF INFORMATION OBLIGATIONS UNDER CIVIL LAW: ISSUES OF THEORY AND PRACTICE

ABSTRACT. The article is focused on theoretical and practical aspects defining information obligations in the system of relations under civil law, as well as on the characterization of their types and specific features, outlining of the specific nature of contracts on the basis of which information relations arise, change and terminate.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 1 • 72-80

Анатолій Кодинець

The purpose of the article is to analyze (from the standpoint of legal doctrine) the signs of information obligations, define the concept of regulation of information relations under civil law, as well as the trends and prospects of legal regulation of information obligations in the legislation of Ukraine.

The article provides an interpretation of such a category as “information obligation” as a civil-law relationship in which one party (the creditor) is entitled to demand that the other party (the debtor) grant or transfer proprietary rights to information or refrain from taking actions associated with the granting or transferring of such rights to other persons, and the debtor is under the obligation to comply with the creditor’s requirements.

The author has arrived at the conclusion that information obligations have a contractual nature, they arise, change and terminate based on a contract. Information as an outcome of human intellectual activity can exist as an independent object, as well as in the form of results of creative efforts which are protected by the system of intellectual property law. The concept of information as an outcome of intellectual activity allows evaluating, through the prism of informational relations, the system of intellectual property and, at the same time, it provides an opportunity to apply certain provisions of intellectual property law to information relations of a private-law nature while a respective regulatory system in the national legislation is only being formed.

KEYWORDS: information; information relations; information obligation; personal data; intellectual property.

III. Авторські права суб'єктів у IT-праві



Олександра Яворська

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри інтелектуальної власності,
інформаційного та корпоративного права
Львівського національного університету
імені Івана Франка
(м. Львів, Україна)
olyavorska@gmail.com

УДК 343.533.9(477):004.77

ОХОРОНА АВТОРСЬКИХ І СУМІЖНИХ ПРАВ У РАЗІ ЇХ ПОРУШЕННЯ З ВИКОРИСТАННЯМ МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

АНОТАЦІЯ. Згідно із Законом України “Про державну підтримку кінематографії в Україні” Розділ V “Захист авторського права і суміжних прав” Закону України “Про авторське право і суміжні права” доповнено новими статтями, у яких визначено порядок припинення порушень авторського права і (або) суміжних прав із використанням мережі Інтернет. Ці норми містять багато спірних моментів, що зумовлюють різне правозастосування. Зважаючи на невелику кількість праць, присвячених дослідженню вказаної проблематики, необхідно констатувати, що у юридичній літературі не сформовано уніфікованого підходу до позасудового порядку захисту авторських (суміжних) прав, порушених у мережі Інтернет.

Метою статті є характеристика позасудового порядку припинення порушень авторського права і (або) суміжних прав із використанням мережі Інтернет, обґрунтування пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання таких відносин.

З'ясовано, що внесені до Закону України “Про авторське право і суміжні права” зміни та доповнення покликані сприяти ефективній правовій охороні авторських і (або) суміжних прав, порушення яких відбулося з використанням мережі Інтернет. Обґрунтовано, що, безумовно, позитивними моментами таких нововведень є визначення суб'єктів, до яких може бути звернено вимогу у формі заяви про усунення порушень, чітка регламентація як змісту власне заяви, так і дій та строків її розгляду.

Зроблено висновок, що розгляд заяв про усунення порушень авторських і (або) суміжних прав із використанням мережі Інтернет, звернених до власників веб-сайтів (веб-сторінок), постачальників послуг хостингу, не може слугувати передумовою звернення за захистом безпосередньо до суду. Законодавче закріплення необхідної участі адвоката у поданні заяви власнику веб-сайту (веб-сторінки), постачальнику послуг хостингу про усунення порушень, вчинених із використанням мережі

© Олександра Яворська, 2018

Олександра Яворська

Інтернет, убачається необґрунтованим обмеженням права особи на захист. Ефективному захисту порушених прав не сприятиме зайва формалізація вимог щодо змісту, форми подання заяви та деяких процедурних моментів їх розгляду.

Ключові слова: захист; авторські права; Інтернет; власник веб-сайту; інтелектуальна власність.

Згідно із Законом України “Про державну підтримку кінематографії в Україні”¹ Розділ V “Захист авторського права і суміжних прав” Закону України “Про авторське право і суміжні права” (далі – Закон) доповнено новими статтями: 52-1 “Порядок припинення порушень авторського права і (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет” та 52-2 “Зобов’язання постачальника послуг хостингу щодо забезпечення захисту авторського права і (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет”, які визначають особливості захисту авторських і суміжних прав, що порушені в мережі Інтернет, в позасудовому порядку². Проте й указані норми мають недоліки, оскільки містять досить багато спірних моментів, які зумовлюють різне правозастосування. З огляду на це представлене наукове дослідження вбачається актуальним.

У науковій літературі немає монографічних досліджень про особливості розгляду справ щодо захисту авторських і суміжних прав у цифровому середовищі. Зважаючи на нещодавнє прийняття відповідних законодавчих змін, лише в окремих працях здійснено науковий аналіз окресленої проблематики³. Крім того, не вироблено й позицій вищих судових інстанцій стосовно розгляду і вирішення спорів щодо авторського права чи суміжних прав, які порушені в мережі Інтернет.

Метою дослідження є характеристика позасудового порядку припинення порушень авторського права і (або) суміжних прав із використанням мережі Інтернет, обґрунтування пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання таких відносин.

Відповідно до нововведень, передбачених статтями 52¹, 52² Закону у разі порушення будь-якою особою авторських і (або) суміжних прав, вчиненого з використанням мережі Інтернет, суб’єкт таких прав (заявник) має право звернутися до власника веб-сайту та (або) веб-сторінки, на якому (якій) розміщено або в інший спосіб використано відповідну електронну (цифрову) інформацію, із заявою про припинення порушення.

www.pravo.ua.com.ua

¹ Про державну підтримку кінематографії в Україні: Закон України від 23 березня 2017 р. № 1977-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1977-19> (дата звернення: 22.11.2017).

² Про авторське право та суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 22.11.2017).

³ Анна Штефан та Костянтин Зеров, ‘Припинення порушень авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет: огляд законодавчих новел’ 2017 (3) Теорія і практика інтелектуальної власності 18; Олена Сулима, ‘Захист авторських прав в мережі Інтернет по-новому’ (Юрліга, 18 Травень 2017) <<http://jurliga.ligazakon.ua/news/2017/5/18/159941.htm>> дата звернення 23 Листопад 2017; Олександра Яворська та інші, *ІТ ПРАВО* (Олександра Яворська ред, Видавництво “Левада” 2017) 260-275.

У ч. 1 ст. 52-1 Закону зазначено, що порядок захисту авторського права і (або) суміжних прав, визначений цією статтею, застосовується до відносин, пов'язаних із використанням аудіовізуальних творів, музичних творів, комп'ютерних програм, відеограм, фонограм, передач (програм) організацій мовлення. За такого підходу можуть виникнути проблеми практичного характеру, як-от: чи підлягатимуть застосуванню норми ст. 52-1 Закону у випадку порушення авторських прав на інші об'єкти, перелік яких закріплено в ст. 8 цього ж Закону в разі їх неправомірного використання у мережі Інтернет (наприклад, фотографії, літературні твори різного жанрового спрямування, бази даних). Убачається, що неправильно визначати вичерпний перелік об'єктів, щодо яких можуть застосовуватися особливі способи та порядок захисту від порушень прав на них у мережі Інтернет. Адже практично у цифровому середовищі можуть розміщуватися будь-які об'єкти авторського і (або) суміжних прав із порушенням прав їх суб'єктів. Ураховуючи закритий перелік об'єктів, викладений у ч. 1 ст. 52-1 Закону, постає питання про можливість використання пропонованих у нормах статті механізмів стосовно захисту прав на інші (не перелічені) об'єкти. Можна допустити, що законодавець, пропонуючи аналізовані новели, не ставив за мету обмежити їх застосування саме до об'єктів, зазначених у переліку.

Встановлено, що заявник (посадова особа заявника) несе відповідальність за надання завідомо недостовірної інформації щодо наявності у нього майнових прав інтелектуальної власності, про порушення яких ідеться у заяві. Однак невідомо, який характер та обсяг такої відповідальності, а також перед ким вона настає. Адже може йтися про публічну відповідальність, зокрема у формі штрафних санкцій, які стягуються до бюджету. Можливе й відшкодування збитків власнику веб-сайту, спричинених розглядом заяви про порушення прав, звернення з якою ґрунтувалося на недостовірній інформації.

Заявник надсилає заяву про припинення порушень власнику веб-сайту з одночасним направленням її копії постачальнику послуг хостингу, який надає послуги і (або) ресурси для розміщення відповідного веб-сайту. Тобто заявник зобов'язаний навести відомості про постачальника послуг хостингу. Проте права заявника порушено не постачальником послуг хостингу, а через розміщення певної інформації на конкретному сайті, неправомірне використання об'єктів авторського і (або) суміжних прав на веб-сайті.

За відсутності обставин для відмови у розгляді заяви власник веб-сайту невідкладно, не пізніше 48 годин з моменту отримання заяви про припинення порушення, зобов'язаний унеможливити доступ до електронної

(цифрової) інформації, щодо якої подано заяву, та надати заявнику і постачальнику послуг хостингу інформацію про вжиті заходи відповідно до встановлених вимог.

Підстави для відмови у задоволенні заяви визначено у ч. 4 ст. 52-1 Закону. Про відмову в задоволенні заяви про припинення порушення власник веб-сайту впродовж 48 годин із моменту її отримання направляє повідомлення заявнику, а також постачальнику послуг хостингу.

Якщо власник веб-сайту, який отримав заяву про припинення порушення, не є власником веб-сторінки, на якій розміщено електронну (цифрову) інформацію і щодо унеможливлення доступу до якої заявлено, встановлено певні особливості розгляду. В цьому разі власник веб-сайту впродовж 24 годин з моменту отримання заяви про припинення порушення зобов'язаний направити її копію засобами електронної пошти (або іншою прийнятою на відповідному веб-сайті системою відправлення повідомлень) власнику веб-сторінки.

Заяву необхідно направляти за контактними даними, які власник веб-сторінки повідомив власнику веб-сайту. Власник веб-сайту одночасно з направленням заяви про припинення порушення власнику веб-сторінки надсилає заявнику повідомлення, в якому інформує, що він не є власником веб-сторінки, зазначає час відправлення копії заяви власнику веб-сторінки та надає гіперпосилання на умови публічного правочину, в якому визначено правила користування веб-сайтом третіми особами.

Власник веб-сторінки, розглянувши отриману від власника веб-сайту заяву про припинення порушення, зобов'язаний надати відповідь власнику веб-сайту протягом 48 годин з моменту отримання заяви із зазначенням гіперпосилання на веб-сторінку, на якій розміщено відповідну електронну (цифрову) інформацію. При цьому власник веб-сторінки здійснює права та виконує обов'язки, встановлені для власника веб-сайту.

Власник веб-сайту впродовж 24 годин із моменту отримання від власника веб-сторінки відповіді на заяву про припинення порушення надсилає її заявнику та постачальнику послуг хостингу.

Якщо впродовж 48 годин із моменту направлення власнику веб-сторінки заяви про припинення порушення власник веб-сторінки не надав власнику веб-сайту відповіді відповідно до встановлених вимог, власник веб-сайту самостійно унеможливорює доступ до зазначеної у заяві про припинення порушення електронної (цифрової) інформації.

Про вжиті заходи власник веб-сайту повідомляє заявника та постачальника послуг хостингу впродовж 72 годин із моменту отримання власником веб-сайту заяви про припинення порушення та надає відомості про себе згідно із встановленими вимогами.

Якщо протягом 48 годин із моменту направлення власнику веб-сторінки заяви про припинення порушення власник веб-сторінки надав повідомлення про відмову з підстав і за формою відповідно до встановлених вимог, копія такого повідомлення надсилається власником веб-сайту заявнику упродовж 72 годин із моменту отримання власником веб-сайту заяви про припинення порушення.

Згідно із нормами ч. 7 ст. 52-1 Закону заявник має право звернутися із заявою про припинення порушення безпосередньо до постачальника послуг хостингу, який надає послуги і (або) ресурси для розміщення відповідного веб-сайту, за двох умов:

1) власник веб-сайту у встановлені строки не вчинив чи вчинив не в повному обсязі необхідні дії або якщо власник веб-сайту, який не є власником веб-сторінки, не вчинив відповідних дій чи вчинив їх не в повному обсязі;

2) на веб-сайті та в публічних базах даних записів про доменні імена (WHOIS) не міститься відомостей про власника веб-сайту в обсязі, що дає змогу звернутися до нього із заявою про припинення порушення.

У разі звернення заявника до постачальника послуг хостингу в будь-яких інших випадках його заява залишається без розгляду відповідно до п. в) ч. 8 ст. 52-1 Закону.

Якщо заявник звертався до власника веб-сайту, але той не вчинив відповідних дій, у заяві постачальнику послуг хостингу має бути зазначено час направлення власнику веб-сайту та постачальнику послуг хостингу заяви про припинення порушення, час, коли власник веб-сайту мав вчинити визначені дії, а також пояснення, яким чином заявник визначав контактні дані власника веб-сайту.

Якщо строки розгляду заяви, що подається власнику веб-сайту, чітко визначено у законі, то чому заявник у заяві, адресованій постачальнику послуг хостингу, повинен їх вказувати. Для чого потрібні пояснення про те, як заявник визначив контактні дані власника веб-сайту? Якщо заявник дотримуватиметься усіх формальних вимог щодо змісту та форми подання заяви про усунення порушень (а їх потрібно дотримуватися, оскільки це імперативні приписи), то він буде більше стурбований саме цими вимогами, а не реальними шансами на захист порушених прав.

Як і при поданні заяви власнику веб-сайту, заява постачальнику послуг хостингу подається винятково за представництвом (посередництвом) адвоката. Така імперативна вимога законодавця убачається необґрунтованою. З одного боку, наведений законодавчий підхід забезпечить кваліфіковані (грамотні) звернення до власників веб-сайтів про усунення порушень, а з другого – це обмеження прав заявників на звернення

за захистом порушеного права. Адже заявник звертається не до суду, де фахова допомога адвоката вкрай необхідна, а тільки до власника веб-сайту.

За відсутності підстав для залишення заяви без розгляду постачальник послуг хостингу зобов'язаний невідкладно, не пізніше 24 годин із моменту її отримання, надіслати власнику веб-сайту копію заяви. Згідно із Законом постачальнику послуг хостингу необхідно пояснити власнику веб-сайту його права й обов'язки, пов'язані з цією заявою, а також правові наслідки невчинення ним необхідних дій. Якщо права й обов'язки власника веб-сайту, а також перелік необхідних дій, що мають бути ним вчинені щодо усунення порушення, чітко прописані у законі, виникає питання щодо того, з якою метою постачальник послуг хостингу повинен їх пояснювати власнику веб-сайту.

Імперативно встановлено, що власник веб-сайту впродовж 24 годин із моменту отримання від постачальника послуг хостингу копії заяви вчиняє необхідні дії, спрямовані на усунення порушення, і повідомляє про це постачальника послуг хостингу шляхом направлення повідомлення про вжиті заходи або повідомлення про відмову.

Якщо протягом 24 годин із моменту направлення власнику веб-сайту копії заяви про припинення порушення він не вчинив необхідних дій, постачальник послуг хостингу самостійно унеможлиблює доступ до електронної (цифрової) інформації, зазначеної у заяві про припинення порушення, допущеного власником веб-сайту. Про вжиті заходи постачальник послуг хостингу повідомляє заявника та власника веб-сайту впродовж 48 годин із моменту отримання ним заяви про припинення порушення, допущеного власником веб-сайту.

Однак, якщо заявник уже звертався до власника веб-сайту про усунення порушення та не отримав адекватного захисту, то чому при зверненні безпосередньо до постачальника послуг хостингу останній знову направляє заяву до власника веб-сайту. Адже власник веб-сайту уже розглядав заяву. Заявник звертається до постачальника послуг хостингу тому, що власник веб-сайту у встановлені строки не вчинив або вчинив не в повному обсязі необхідні дії (п. а) ч. 7 ст. 52-1 Закону). Тому в разі звернення безпосередньо до постачальника послуг хостингу у випадку, встановленому у п. а) ч. 7 ст. 52-1 Закону, постачальник послуг хостингу мав би самостійно, без спрямування заяви до власника веб-сайту, вжити необхідні дії для захисту прав заявника.

Заявник може звернутися безпосередньо до постачальника послуг хостингу через відсутність відомостей про власника веб-сайту в обсязі, достатньому для звернення до нього із заявою (п. б) ч. 7 ст. 52-1 Закону). І в цьому випадку логічно, що постачальник послуг хостингу скерує

заяву до власника веб-сайту, даючи йому можливість самому усунути допущені порушення.

Власник веб-сайту, який отримав інформацію від постачальника послуг хостингу про усунення заявлених порушень, має право звернутися до нього з повідомленням про відмову, вимагаючи відновлення доступу до електронної (цифрової) інформації. Якщо таке повідомлення відповідає встановленим вимогам, постачальник послуг хостингу повинен невідкладно, не пізніше як через 48 годин після його отримання, надіслати заявнику копію повідомлення. У разі невідповідності його встановленим вимогам постачальник послуг хостингу інформує про це власника веб-сайту.

Якщо заявник не надасть постачальнику послуг хостингу підтвердження щодо відкриття судового провадження про захист його прав, постачальник відновлює доступ до електронної (цифрової) інформації на десятий робочий день із дня надсилання заявнику копії повідомлення.

Таким чином, заявник повинен встигнути подати позовну заяву до суду, судове провадження за таким позовом має бути відкритим. Усі ці дії необхідно вчинити упродовж 10 робочих днів із дня надсилання заявнику копії повідомлення (а не з дня отримання ним цієї інформації!). Категоричність таких законодавчих вимог не є обґрунтованою.

Важливими убачаються положення ч. 11 ст. 52-1 Закону, згідно з якими власники веб-сайтів і постачальники послуг хостингу, крім фізичних осіб, які не є суб'єктами господарювання, зобов'язані розміщувати у вільному доступі на власних веб-сайтах та (або) в публічних базах даних записів про доменні імена достовірну інформацію про себе визначеного обсягу. Аналогічно й фізичні особи, які не є суб'єктами господарювання, розміщують у вільному доступі на власних веб-сайтах відповідну інформацію про себе.

Власне фіксація на законодавчому рівні вимог щодо інформування про власників веб-сайтів – крок позитивний. Однак у законі не встановлено жодного правового наслідку в разі недотримання таких вимог.

В усіх повідомленнях, які необхідно направляти заявнику за наслідками розгляду його заяви, має міститися крім інформації по суті розгляду достовірної та повної інформації про зазначеного в заяві власника веб-сайту чи інформації про постачальника послуг хостингу (ч. 12 ст. 52-1 Закону).

На підставі вказаної вище статті допускається унеможливлення доступу винятково до електронної (цифрової) інформації, зазначеної в заяві про припинення порушення. Якщо доступ до такої інформації не можна унеможливити з технічних причин, власник веб-сайту або постачальник послуг хостингу може унеможливити доступ до веб-сторінки, на якій міститься відповідна електронна (цифрова) інформація.

Згідно з ч. 14 ст. 52-1 Закону заяву про припинення порушення треба викласти письмово у формі паперовій та (або) електронній. Заяву в електронній формі необхідно оформити відповідно до встановлених вимог у сфері електронного документообігу з обов'язковим використанням технічних засобів засвідчення електронного цифрового підпису адвоката, який надає правову допомогу заявнику. Враховуючи складнощі в отриманні електронного цифрового підпису, а також обставину, що не усі адвокати мають такі підписи, зазначена вимога утруднить доступ до ефективного захисту в разі порушень прав у мережі Інтернет.

Одночасно з направленням заяви в електронній формі заявник направляє за тією ж адресою її копію у звичайній електронній формі без використання електронного цифрового підпису. Якщо за змістом такі заяви різняться, заява вважається такою, що не подавалася. Заяву в паперовій формі потрібно оформити з обов'язковим власноручним підписом адвоката й надіслати рекомендованим листом із повідомленням про вручення.

Власник веб-сайту, веб-сторінки не несе відповідальності за порушення авторського і (або) суміжних прав, вчинені з використанням мережі Інтернет, якщо він вчасно учинив усі необхідні дії, спрямовані на усунення заявлених порушень.

Якщо ж власник веб-сайту (власник веб-сторінки, який не є власником веб-сайту) впродовж трьох місяців, незважаючи на отримані та задоволені ним заяви про припинення порушень, допустив не менше двох випадків використання на одній чи декількох веб-сторінках, власником яких він є, одного й того самого об'єкта авторського і (або) суміжних прав на одному й тому самому веб-сайті, він нестиме відповідальність у встановленому порядку.

Законодавчо визначено обов'язки постачальників послуг хостингу щодо забезпечення захисту авторського і (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет. Так, відповідно до ч. 1 ст. 52-2 Закону постачальники послуг хостингу зобов'язані передбачати у договорах про надання таких послуг умови і правила, що забороняли б замовникам послуг вчиняти дії з розміщення електронної (цифрової) інформації із порушенням авторського і (або) суміжних прав третіх осіб, а також зобов'язували б замовників послуг вказувати достовірну та коректну інформацію про себе, зокрема й свої контактні дані, а у випадку їх зміни – невідкладно інформувати про це у встановленому порядку.

Постачальник послуг хостингу не несе перед їх замовником відповідальності за наслідки вжиття відповідних заходів на усунення заявлених порушень авторських і (або) суміжних прав. Також він не несе відповідальності за порушення авторського і (або) суміжних прав у разі

вжиття встановлених заходів на усунення порушень згідно зі ст. 52-1 Закону.

Фактично з аналізу законодавчих новел випливає, що йдеться суто про припинення порушень авторського і (або) суміжних прав, якщо такі порушення вчинено з використанням мережі Інтернет. Що ж до способів захисту прав суб'єктів у разі їх порушення, то доцільно брати до уваги зміст ст. 52 Закону.

Висновки. Внесені до Закону зміни та доповнення мають сприяти ефективній правовій охороні авторських і (або) суміжних прав, порушення яких відбулося з використанням мережі Інтернет. Безумовно, позитивними моментами таких нововведень є визначення суб'єктів, до яких може бути звернено вимогу у формі заяви про усунення порушень, чітка регламентація як змісту власне заяви, так і дій та строків її розгляду. Розгляд заяв про усунення порушень авторських і (або) суміжних прав із використанням мережі Інтернет, звернених до власників веб-сайтів (веб-сторінок), постачальників послуг хостингу, не може слугувати передумовою звернення за захистом безпосередньо до суду. Законодавче закріплення необхідної участі адвоката у поданні заяви власнику веб-сайту (веб-сторінки), постачальнику послуг хостингу про усунення порушень, вчинених із використанням мережі Інтернет, убачається необґрунтованим обмеженням права особи на захист. Ефективному захисту порушених прав не сприятиме зайва формалізація вимог щодо змісту, форми подання заяви та деяких процедурних моментів їх розгляду.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Pro avtorske pravo ta sumizhni prava [On Copyright and Related Rights]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 23 hrudnia 1993 r. № 3792-XII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (accessed: 22.11.2017) (in Ukrainian).
2. Pro derzhavnu pidtrymku kinematohrafii v Ukraini [On the State Support of Cinematography in Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 23 bereznia 2017 r. № 1977-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1977-19> (accessed: 22.11.2017) (in Ukrainian).

Bibliography

Edited books

3. Yavorska O ta inshi, *IT PRAVO [IT LAW]* (Oleksandra Yavorska red, Vydavnytstvo "Levada" 2017) (in Ukrainian).

Articles

4. Shtefan A ta Zerov K, 'Prypynennia porushen avtorskoho prava i sumizhnykh prav u merezhi Internet: ohliad zakonodavchykh novel' ['Elimination of Infringements of Copyright and Related Rights in the Internet: a Review of Novel Legislation'] 2017 (3) *Teoriia i praktyka intelektualnoi vlasnosti* 18 (in Ukrainian).

Websites

5. Sulyma O, 'Zakhyst avtorskykh prav v merezhi Internet po-novomu' ['Copyright Protection on the Internet Anew'] (*Yurliha*, 18 Traven 2017) <<http://jurliga.ligazakon.ua/news/2017/5/18/159941.htm>> accessed 23 November 2017 (in Ukrainian).

Olexandra Yavorska

PROTECTION OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS
INFRINGED THROUGH THE INTERNET

ABSTRACT. According to the Law of Ukraine "On the State Support of Cinematography in Ukraine", Section V "Protection of Copyright and Related Rights", the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights" has been supplemented with new articles defining the procedure for discontinuing the infringements of copyright and (or) related rights through the Internet. However, these provisions contain many controversial issues resulting in differences in the administration of law. Given a small number of works focused on the study of this issue, it should be noted that in the legal literature so far no unified approach has been formed with regard to the out-of-court procedure for the protection of copyright (related rights) infringed through the Internet.

The purpose of the article is to describe the out-of-court procedure for the protection of copyright (related rights) infringed through the Internet and to provide justification of the proposals on the improvement of legal regulation of such relations.

The author shows that the changes and amendments made to the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights" are intended to encourage efficient legal protection of copyright and (or) related rights which are infringed through the Internet. It is proved that the undoubtedly positive aspects of such novelties is the identification of subjects which may be required, on the basis of a respective request, to eliminate an infringement, as well as clear rules as to the content of such a request proper and to the actions to be taken and the timing of its consideration.

The author comes to the conclusion that consideration of requests for elimination of copyright and (or) related rights infringements through the Internet addressed to owners of websites (webpages) and hosting service providers may not serve as a prerequisite for seeking legal protection directly in a court of law. The author believes that there is an unreasonable restriction of a person's right to protection in the legislative provision requiring mandatory involvement of a lawyer in the process of filing a request to a website (webpage) owner or a hosting service provider for elimination of infringements committed through the Internet. Efficient protection of infringed rights will not be facilitated by excessive formalization of requirements to the content and form of the request and its submission, as well as to some of the procedural aspects of their consideration.

KEYWORDS: protection; copyright; the Internet; website owner; intellectual property.



Ірина Венедіктова

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна
(м. Харків, Україна)
venediktova@karazin.ua

УДК 347.781.5:004.946:794

АВТОРСЬКЕ ПРАВО НА ЕЛЕМЕНТИ ЛІТЕРАТУРНОГО ТВОРУ У КОМП'ЮТЕРНІЙ ВІДЕОГРІ

АНОТАЦІЯ. Комп'ютерна відеогра є складним твором, істотними елементами якого будуть ті, що належать саме до літературних творів: сюжет і персонаж. Розуміння відеоігор не може зводитись лише до розуміння їх як комп'ютерних програм – об'єктів авторського права (вихідний та об'єктний коди, які є охоронюваними з точки зору права).

Мета статті полягає в науковому обґрунтуванні авторсько-правової охорони літературного твору, який покладено в основу комп'ютерної відеоігри, крізь такі істотні елементи, як сюжет і персонаж.

Комп'ютерна відеогра містить певні елементи літературного твору, що надає можливість адаптувати її сценарій для створення сценарію кінофільму чи роману або, навпаки, адаптувати сценарії фільмів та літературних творів для створення комп'ютерних відеоігор. Для авторсько-правової охорони важливо виділити кожен елемент відеоігри з метою його аналізу на предмет відповідності критеріям охороноздатності.

Таким чином, в основу більшості комп'ютерних відеоігор покладено літературний твір – сценарій. Персонаж комп'ютерної гри водночас є частиною літературного твору. Поширеним явищем убачається створення на основі комп'ютерних ігор похідних творів, здебільшого кіно- та мультиплікаційних фільмів, що передбачає передання майнових прав на використання сценаріїв, на персонажів комп'ютерних відеоігор.

Ключові слова: авторське право; складний літературний твір; комп'ютерна відеогра; сюжет і персонаж комп'ютерної відеоігри.

Комп'ютерні відеоігри вже давно стали повсякденним явищем. Однак, незважаючи на таку поширеність, на рівні правового регулювання вони залишились поза увагою законодавця, який не виокремлює комп'ютерні відеоігри з-поміж інших комп'ютерних програм. Нормативне визначення комп'ютерної програми надано у Законі України “Про авторське право та суміжні права” (далі – Закон), відповідно до ст. 1 якого:

© Ірина Венедіктова, 2018

Ірина Венедіктова

Комп'ютерна програма – це набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатній для зчитування комп'ютером, які приводять його у дію для досягнення певної мети або результату (це поняття охоплює як операційну систему, так і прикладну програму, виражені у вихідному або об'єктному кодах)¹.

Згідно із Законом комп'ютерні програми охороняються як літературні твори (ст. 18)². Аналогічне визначення комп'ютерної програми міститься в абз. 11 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних”³.

Дослідженню охорони прав на комп'ютерні програми присвятили свої праці Е. Гаврилов, В. Жуков, І. Маміофа, М. Селіванов, О. Філіновських та інші вчені. Водночас комп'ютерна відеогра як об'єкт дослідження фактично залишилась поза увагою вітчизняних науковців.

Комп'ютерна програма як об'єкт авторського права являє собою вихідний та об'єктний коди, які є охоронюваними, а комп'ютерна відеогра – явище більш широке, що охоплює багато елементів, які охороняються авторським правом. Так, О. Іваннющенко виділяє в комп'ютерній програмі такі об'єкти авторського права, як:

Комп'ютерна програма, твори літератури (сюжет, сценарій, текст пісень, текст творів), дизайн (твір художнього дизайну, дизайн веб-сайту), твори образотворчого мистецтва (двовірна анімація, тривимірні декорації, колористичні та композиційні рішення), об'єкти суміжних прав: виконання (дикція, інтонаційна різноманітність, міміка, пластика, жест), фонограми тощо⁴.

Для таких творів у науковій літературі запропоновано використовувати поняття “складний твір”, тобто твір, який об'єднує твори з різних сфер мистецтва, на відміну від законодавчо закріпленого поняття “складений твір”, що являє собою збірку однорідних творів. Відповідно до визначення, запропонованого О. Жилінковою:

¹ Про авторське право та суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-ХІІ. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 23.11.2017).

² Там само.

³ Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних: Закон України від 23 березня 2000 р. № 1587-ІІІ. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1587-14> (дата звернення: 23.11.2017).

⁴ О. Іваннющенко, “Комп'ютерна гра (відеогра) як об'єкт авторського права” *Актуальні проблеми приватного права: Міжнародна науково-практична конференція, присвячена 93-й річниці з дня народження В. П. Маслова* (Право 2015) 232-3.

Складний твір – це твір мистецтва, який складається із різномірних частин (творів різних галузей мистецтв), кожна з яких не є головною щодо інших частин, які первинно створюються як елементи цілого об'єкта авторського права, але після досягнення творчого результату можуть використовуватися як окремі об'єкти авторського права⁵.

Мета дослідження. Істотними елементами комп'ютерної відеогри є елементи, які належать саме до літературних творів – сюжет і персонаж. Тому важливим убачається наукове обґрунтування авторсько-правової охорони літературного твору, покладеного в основу комп'ютерної відеогри.

Комп'ютерна відеогра містить певні елементи літературного твору, що надає можливість адаптувати її сценарій для створення сценарію кінофільму чи роману або, навпаки, адаптувати сценарії фільмів і літературних творів для створення комп'ютерних відеоігор. Зокрема, для створення комп'ютерних відеоігор було адаптовано сюжети відомих літературних творів, як-от: “Гоббіт”, “Володар пернів”, “Пірати Карибського моря”, “Гаррі Поттер” та інших. Такі комп'ютерні відеоігри у розумінні авторського права – похідні твори. Згідно із визначенням, наданим у ст. 1 Закону:

Похідний твір – це твір, що є творчою переробкою іншого існуючого твору без завдання шкоди його охороні (анотація, адаптація, аранжування, обробка фольклору, інша переробка твору) чи його творчим перекладом на іншу мову⁶.

В. Йонас називав подібні твори залежними. На думку цього вченого, ‘залежний твір – твір літератури, мистецтва або науки, автор якого, запозичуючи частково або повністю суттєві елементи з чужого твору, проявляє при цьому власну творчість’⁷. До того ж такі комп'ютерні програми є адаптаціями відповідних літературних творів (романів, кіносценаріїв). Адаптація, в свою чергу, являє собою вид переробки твору. Причому це – міжвидова переробка, оскільки результатом такого процесу є новий об'єкт авторського права, а саме: комп'ютерна програма. Звичайно, якщо комп'ютерну програму у вигляді відеогри розглядати як окремий цілісний об'єкт авторського права. За умови розгляду комп'ютерної відеогри як складного об'єкта, що включає в себе аудіовізуальний твір, сценарій, об'єктний і вихідний коди, комп'ютерну графіку, 3D-візуалізацію тощо, її сценарій є літературним твором, і адаптацію літературного твору для

⁵ Елена Жилинкова, “Сложное произведение” – новый термин’ *Юридическая практика* (Киев, 20 Май 2008) <<http://pravo.ua/article.php?id=100094601>> дата звернення 24 Листопад 2017.

⁶ Про авторське право та суміжні права (н 1).

⁷ Владимир Ионас, *Произведения творчества в гражданском праве* (Юридическая литература 1972) 56.

створення сценарію потрібно розглядати як переробку міжжанрову, у межах одного виду об'єктів авторського права – літературних творів.

Перш ніж спробувати визначити, які елементи літературного твору містяться у комп'ютерній відеогрі, доцільно вказати на сюжет, систему образів (персонажів), оригінальну назву. Одразу варто зауважити, що ці елементи під час адаптації літературного твору до відеогри запозичуються не окремо, а всі разом, комплексно. Проте для авторсько-правової охорони важливо виділити кожен елемент із метою аналізу його на предмет відповідності критеріям охороноздатності.

Сюжет комп'ютерної відеогри. Одразу хотілося б зазначити, що коли йдеться про сюжет кінофільму чи комп'ютерної гри, із поняттям “сюжет” передусім тісно пов'язане поняття “сценарій” як вид літературного твору.

Звичайно, не всі комп'ютерні відеоігри мають певний сценарій. На підставі аналізу Мультимедійного порталу *Golden Bank* з ігровою продукцією виділяють такі типи відеоігор:

Дії (*action*) – 645; аркади (*arcade*) – 152; автомобілі (*cars*) – 145; боротьба (*combat*) – 19; консолі (*console*) – 152; польоти (*fighting*) – 56; боротьба під час польотів (*flight combat*) – 36; ігри для дорослих (*for adults*) – 38; ігри для дітей (*for kids*) – 39; симулювання історичного процесу (*god sim*) – 40; логічні (*logic*) – 196; пошук предметів (*quest*) – 34; гонки (*racing*) – 198; гра в карти (*wargame*) – 32; рольова розважальна гра (*Role-playing game (RPG)*) – 266; стрільба (*shooter*) – 421; симулятор (*simulator*) – 190; спорт (*sport*) – 127; стратегія (*strategy*) – 559; тактика (*tactical*) – 51; пригоди (*adventure*) – 229; настільні, наприклад, шахи (*board*) – 6; перші примітивні ігри (*classic*) – 10; навчальні (*educational*) – 13⁸.

Вважаємо, що серед вказаних типів сценаріїв із певним сюжетом мають бути дії (*action*), симулювання історичного процесу (*god sim*), стратегія (*strategy*), пригоди (*adventure*). Відповідно до кількісних характеристик таких відеоігор переважна більшість.

Тобто неодмінним елементом більшості комп'ютерних відеоігор є сценарій, утілений в опис гри, що охороняється авторським правом як літературний твір.

Отже, важливим убачається питання щодо з'ясування особливостей сценарію комп'ютерної відеогри як об'єкта авторського права. Для відеоігор досить часто створюють оригінальні сценарії, але на практиці на-

⁸ Інформаційна довідка про дотримання законодавства у сфері захисту суспільної моралі при обігу комп'ютерних ігор на території України' (Національна експертна комісія України з питань захисту суспільної моралі, 9 Квітень 2013) <<http://www.moral.gov.ua/upload/inf-dovidka-09-04-13.pdf>> дата звернення 24 Листопад 2017.

явні випадки, коли сценарій відеоігор створено на основі літературних або кінематографічних творів. Тоді такі сценарії відеоігор є похідними творами, права на які у розробників будуть виникати за умови дотримання прав авторів літературних творів і сценаристів кінематографічних творів.

Якщо розглядати сценарій кінофільму, створеного на основі відеогри, необхідно розуміти, що в основі його написання використано сюжет, покладений у сценарій відеогри. Зважаючи на викладене, актуальності набуває питання про те, чи зачіпає використання сюжету відеогри для сценарію кінофільму авторські права розробника відеогри. Для того, аби це з'ясувати варто розглянути погляди вчених на сюжет літературного твору як об'єкт авторського права.

Так, сюжетом називають перебіг дії та послідовність її розвитку, що у творі слугує формою розгортання й конкретизації його фабули⁹. У довідковій науковій літературі з питань інтелектуальної власності вказується, що сюжет сам по собі не охороняється авторським правом, охороняються епізод, діалог, мова, за допомогою яких втілюється сюжет¹⁰.

В. Йонас розглядає структуру сюжету, що містить три види сюжетних елементів: інваріантне ядро, вільні, чи варіантні елементи, “приєднувальні” елементи. Як вважає вчений, така його структура дає змогу розробити юридичну теорію сюжету як правової категорії¹¹.

Однак необхідно розрізняти інваріантне ядро (згідно із термінологією В. Йонаса), або фабулу твору, та власне сюжет.

Фабулою називають основу змісту, перебіг основних подій, що розгортає конфліктне положення, окреслене темою твору, і виступає у ньому предметом розповіді, який сприймається читачем як більш-менш цілісна картина або фрагменти життя певних осіб. Фабула може бути переказана “своїми словами”, й досить часто, розповідаючи ‘про що ця книга, вистава, кінофільм’, переказують саме фабульний перебіг змісту твору¹². На основі однієї фабули може бути створено декілька творів. К. Афанасьєва звертає увагу на те, що взята за основу сюжетна канва чи ідея не обов'язково порушує права авторів оригінальних творів¹³.

Однак у разі створення відеогри на основі літературного твору відбувається запозичення саме фабули, на основі якої пишеться сценарій відеогри. До того ж особливістю сценарію відеогри є те, що, приміром, на

⁹ А Тяпкін, ‘Оригінальність та новизна як умова охоронюваності твору за авторським правом’ (2002) 18 Вісник Національного університету внутрішніх справ 130.

¹⁰ *Інтелектуальна власність* (2000) Т 1 223.

¹¹ Йонас (н 7) 39.

¹² Тяпкін (н 9) 130.

¹³ К Афанасьєва, ‘Авторське право на похідні твори у видавничій діяльності’ (2011) 4 Теорія і практика інтелектуальної власності 21.

відміну від сценарію аудіовізуального твору (кінофільму, мультиплікаційного фільму) її сценарій має, як правило, декілька варіантів розвитку залежно від виконання дій гравцем. Так, якщо суть відеогри полягає у здійсненні певної місії, вона закінчується за умови виконання гравцем усіх завдань, передбачених її правилами. Інакше сценарій відеогри не буде реалізований повністю – матиме місце лише проходження певного її етапу. Тобто сценарій відеогри можна вважати реалізованим повною мірою за умови проходження головним героєм усього шляху та виконання усіх завдань. Якщо ж головного героя під час відеогри вбито, можна вважати, що реалізовано лише частину сценарію, а відеогра закінчилася на певному етапі.

Отже, сценарій комп'ютерної відеогри являє собою певні правила, відповідно до яких відбувається розвиток подій, що передбачає декілька варіантів залежно від вчинків гравця, який уособлює головного героя. У цьому контексті цікавою вбачається точка зору В. Архіпова, який пропонує комп'ютерну гру розглядати не як продукт, що “поглинається” споживачем, а як інструмент для створення певного творчого результату¹⁴. Звідси зрозумілими стають такі явища, як “напрацювання” у процесі гри певним гравцем акаунту, який навіть можливо “продати”, якщо він являє собою певний інтерес для учасників, що хочуть вступити у гру або продовжити її в певному статусі. Якщо гра передбачає участь декількох гравців (*Multi-User Dungeon*), які представляють у грі відповідних персонажів, розвиток подій, передбачених сценарієм, залежить одночасно від вчинків усіх гравців у процесі гри. Може бути створено навіть не сценарій із певним розвитком подій (алгоритм), а середовище (віртуальний світ), в якому діють відповідні закони. Дотримання чи порушення їх призводить до певного ефекту в грі (зокрема, набуття гравцем того чи іншого статусу, отримання бонусів, вихід на новий рівень).

Якщо ж сценарій відеогри являє собою певний алгоритм, серед варіантів розвитку подій у ній є один чи кілька правильних, які призводять до реалізації всього сюжету, передбаченого сценарієм. Такий “правильний” розвиток подій – фабула гри, яку покладено в основу сценарію. У разі створення згодом кінематографічного чи мультиплікаційного фільму шляхом адаптації на основі комп'ютерної відеогри запозичують саме цю фабулу і на її основі пишуть сценарій фільму як новий похідний літературний твір.

¹⁴ Владислав Архипов, ‘Правила игры как нормативная система, или Что общего между юриспруденцией и гейм-дизайном’ (2015) 25(1) ЛОГОС 214.

Так, на основі попередньо згаданої відеогри *Assassin's Creed* було створено кінострічку “Кредо вбивці” (режисер – Джастін Курзель), в основу якої не покладено власне сюжет відеогри. Під час створення кінострічки використано фабулу сценарію відеогри.

Відомі й інші кіноадаптації комп'ютерних ігор. Зокрема, кінострічка “Оселя зла” – це адаптація комп'ютерної відеогри, яку розробила японська компанія *Capcom*, а компанія *Constantin Film* у 1997 р. придбала в неї права на створення фільму. З цього можна зробити хибний висновок, що основна сюжетна лінія (інваріантне ядро), або фабула, та персонажі вважалися охоронюваними у відповідних країнах, оскільки у протилежному випадку згода розробників комп'ютерної гри на створення екранізації була б не потрібна¹⁵.

Однак, як свого часу стверджував М. Гордон, ‘не тема і не сюжет твору, а увесь твір загалом у тому вигляді, в якому він знайшов своє об'єктивне вираження, є об'єктом авторського права’¹⁶. Враховуючи зазначене, фабулу комп'ютерної відеогри не можна вважати охоронюваним об'єктом авторського права.

Сценарій відеогри, як правило, являє собою опис передісторії, правила гри та завдання, що їх має виконати гравець, який уособлює головного героя. Під час кіноадаптації відеогри власне сценарій безпосередньо не запозичують – запозичують його фабулу, яка не є охоронюваним об'єктом авторського права.

Проте, якщо для кіноадаптації використовують не лише сюжет, а й дійових осіб – персонажів, їхній візуальний і літературний образи, обстановку, в якій розгортаються події (інтер'єр, екстер'єр) та яка передає вигаданий світ, в якому триває дія твору, а запозичення відбувається не лише на рівні змісту (зовнішньої форми твору), але й на рівні системи образів (внутрішньої форми), можна стверджувати, що в цьому разі потрібно набувати права на переробку літературного твору (сценарію відеогри).

Так, наприклад, було адаптовано відому комп'ютерну відеогру *Warcraft* для кінострічки “Варкрафт”, в якій використано цілий вигаданий всесвіт гри (режисер – Данкан Джонс). У 2006 р. компанія *Legendary Pictures* набула права на створення стрічки з використанням всесвіту комп'ютерної гри *Warcraft* у компанії *Blizzard*. Відому кінострічку “Принц Персії: піски часу” створено на основі однойменної комп'ютерної відеогри, розробленої компанією *Ubisoft*, але зі значними змінами в сюжеті. Кінострічка *Doom* (2005) також являє собою екранізацію відомої комп'ютерної

¹⁵ І Тарасова, ‘Переробка як об'єкт авторського права’ (2014) 1 Підприємництво, господарство і право 21.

¹⁶ Михайл Гордон, *Советское авторское право* (Юридическая литература 1955) 62.

відеоігри¹⁷. В усіх наведених прикладах права на екранізацію придбалися у компаній-розробників комп'ютерних відеоігор. Інакше про виникнення у кінокомпаній авторських прав на похідні твори – кінострічки, не можна було б говорити.

Персонаж комп'ютерної відеоігри. У законодавстві про авторське право не міститься визначення терміна “персонаж” і не передбачено спеціального регулювання охорони авторських прав на персонаж. Однак саме авторське право активно оперує цим поняттям, як і судова практика у справах щодо захисту авторських прав. Персонаж літературного твору, який являє собою певний створений автором образ літературного твору, належить до внутрішньої форми твору, відповідно, є охоронюваним об'єктом. Якщо розглядати персонаж у структурі сценарію відеоігри, то він – частина твору. Відповідно до ст. 9 Закону частина твору, яка може використовуватися самостійно, у тому числі й оригінальна назва твору, розглядається як твір і охороняється згідно з положеннями Закону. Враховуючи викладене, створення кінострічки із використанням персонажа комп'ютерної відеоігри має передбачати придбання майнових авторських прав на використання персонажа літературного твору – сценарію відеоігри.

На сторінках юридичної літератури наведено думки про встановлення на законодавчому рівні деталізації ознак персонажа твору, за якими можливо було б визначити, чи можна віднести цей персонаж до об'єктів авторського права¹⁸. Убачається, що такі ознаки персонажа як об'єкта авторського права були б корисними для відповідних експертиз щодо порушення авторських прав на літературний твір.

Особливістю персонажа відеоігри як частини твору є те, що його створюють одночасно розробник сценарію відеоігри, який працює над описом персонажа та визначає його роль у сценарії, і художник-дизайнер, який створює тривимірну модель персонажа згідно із нарисами художника, що створив його візуальний образ. Тобто створений персонаж – це водночас і частина літературного твору (сценарію), і художній твір – результат праці художника-3D-дизайнера. Утім, визначальною є його “літературна” природа, оскільки саме в результаті роботи сценариста створюється літературний образ, що, зокрема, передбачає загальний опис зовнішності, характер, поведінку, фізичні та метафізичні можливості. Й уже на основі літературного образу створюється візуальна тривимірна модель, що включає зовнішній вигляд персонажа, його одяг, зброю, міміку, ха-

¹⁷ David Greenspan and S Gregory Boyd and Jas Purewal, ‘Video Games and IP: A Global Perspective’ (2014) 2 WIPO Magazine 6.

¹⁸ К Савицкая, ‘Персонаж компьютерной игры как охраняемый объект авторского права’ (*Отрасли права Аналитический портал*, 28 Январь 2017) <<http://отрасли-права.рф/article/21856>> дата звернення 25 Листопад 2017.

рактерні рухи тощо. Це дає змогу використовувати персонажі відеоігор для створення кіно- та мультиплікаційних фільмів.

Так, відомий персонаж серії комп'ютерних ігор *Tomb Raider* компанії *Square Enix* Лара Крофт стала головною героїнею кінострічки “Лара Крофт: розкрадача гробниць”. Однак кінострічки, у яких зі сценаріїв ігор запозичено лише персонажів, не можна вважати похідними творами. У таких випадках має місце лише створення “за мотивами”, використання теми, персонажів. Ці сценарії та кінострічки – цілком самостійні твори.

Досить поширеною є практика створення мультиплікаційних фільмів із використанням персонажів комп'ютерних відеоігор (наприклад, *Max Payne* – розробником є компанія *Remedy Entertainment* (1998); *Angry Birds* у кіно – за мотивами дуже відомої комп'ютерної відеоігри компанії *Rovio* – *Angry Birds*)¹⁹. Мультиплікаційне зображення персонажів набагато більше наближене до зображень персонажів відповідних комп'ютерних відеоігор. Тому у випадку запозичення персонажів для створення мультфільмів зачіпаються права не лише на персонаж сценарію як літературного твору, а й права на зображення персонажа, тобто права художника-дизайнера, який створював образ персонажа у відеоігрі.

Серед фанатів комп'ютерних відеоігор поширене явище, що має назву “косплей”, інакше кажучи, детальне відтворення образу відеоігри за допомогою костюмів. Популярними для косплею є герої комп'ютерних і консольних ігор *Fallout*, *Overwatch*, *Mortal Combat*, *Devil May Cry*, *Final Fantasy*, *The Witcher*²⁰. Однак у цьому разі, як правило, права на використання персонажа комп'ютерної відеоігри не передаються.

Ще одна характерна особливість персонажа комп'ютерної відеоігри така: у створенні певного персонажа літературного героя, передбаченого сценарієм, може брати участь гравець, для якого у грі з цією метою передбачено відповідні можливості (вибір одягу, зачіски, зброї, амуніції тощо). Тобто гравець створює власний “аватар”, під яким він виступає у грі. Відомий навіть випадок реєстрації аватару гравця як торгової марки. Так, приміром, користувач відомого віртуального світу *Second Life* Аліса Ла Роше зареєструвала свій аватар під іменем *Aimee Weber*²¹. У цьому зв'язку постає питання про охорону авторським правом результатів творчої діяльності гравців, яке розглядає у своїй праці Г. Ластовка²². До речі, вказане питання майже не висвітлено у науковій літературі з авторського права, а тому може вважатися перспективним напрямом дослідження.

¹⁹ Савицкая (н 18).

²⁰ О Улігіна та Є Якуша, ‘Косплей і авторське право’ (2016) 6 Теорія і практика інтелектуальної власності 25.

²¹ Архипов (н 14).

²² Greg Lastowka, ‘Copyright Law and Video Games: A Brief History of an Interactive Medium’ (SSRN, October 2013) <<https://ssrn.com/abstract=2321424>> accessed 25 November 2017.

Висновки. В основу більшості комп'ютерних відеоігор покладено літературний твір – сценарій, який має певні особливості порівняно зі сценарієм кінофільмів, оскільки являє собою правила гри, реалізується за участю гравця (гравців), а сюжет, передбачений сценарієм, має декілька варіантів розвитку залежно від поведінки гравця (гравців) під час гри. Персонаж комп'ютерної відеогри є водночас і частиною літературного твору – сценарію, і результатом творчої праці художника-дизайнера. У комп'ютерній відеогрі візуальний образ персонажа може навіть створювати гравець, якщо це передбачено розробником. Поширеним явищем убачається створення на основі комп'ютерних відеоігор похідних творів, здебільшого кіно- та мультиплікаційних фільмів, що передбачає передання майнових прав на використання сценаріїв, на персонажів комп'ютерних відеоігор.

Отже, стрімкий розвиток комп'ютерної ігрової індустрії ставить перед авторським правом нові завдання, які чекають на сміливі наукові розробки у сфері ІТ-права.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Pro avtorske pravo ta sumizhni prava [On Copyright and Related Rights]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 23 hrudnia 1993 r. № 3792-XII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (accessed: 23.11.2017) (in Ukrainian).
2. Pro rozpovsiudzhennia prymirnykh audiovizualnykh tvoriv, fonohram, videohram, kompiuternykh prohram, baz danykh [On Distribution of Copies of Audiovisual Works, Phonograms, Videograms, Computer Programs, Databases]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 23 bereznia 2000 r. № 1587-III. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1587-14> (accessed: 23.11.2017) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

3. Gordon M, *Sovetskoe avtorskoe pravo [Soviet Copyright]* (Juridicheskaja literatura 1955) (in Russian).
4. Ionas V, *Proizvedeniya tvorchestva v grazhdanskom prave [Creative Pieces in Civil Law]* (Juridicheskaja literatura 1972) (in Russian).

Glossary

5. *Intelektualna vlasnist [Intellectual Property]* (2000) T 1 (in Ukrainian).

Articles

6. Greenspan D and Boyd S G and Purewal J, 'Video Games and IP: A Global Perspective' (2014) 2 WIPO Magazine 6 (in English).

7. Afanasieva K, 'Avtorske pravo na pokhidni tvory u vydavnychii diialnosti' ['Copyright to Derivative Works in Publishing'] (2011) 4 Teoriia i praktyka intelektualnoi vlasnosti 21 (in Ukrainian).
8. Arhipov V, 'Pravila igry kak normativnaja sistema, ili Chto obshhego mezhdru jurisprudenciej i gejmdizajnom' ['Rules of a Game as a Normative System, or What the Common Features of Law and Game Design are'] (2015) 25(1) LOGOS 214 (in Russian).
9. Tarasova I, 'Pererobka yak ob'iekt avtorskoho prava' ['Processing as an Object of Copyright'] (2014) 1 Pidpriemnytstvo, gospodarstvo i pravo 21 (in Ukrainian).
10. Tiapkin A, 'Oryhinalnist ta novyzna yak umova okhonorivuvannosti tvoriv za avtorskym pravom' ['Originality and Novelty as a Condition of a Work's Eligibility for Copyright Protection'] (2002) 18 Visnyk Natsionalnoho universytetu vnutrishnikh sprav 130 (in Ukrainian).
11. Ulitina O ta Yakusha Ye, 'Kosplei i avtorske pravo' ['Cosplay and Copyright'] (2016) 6 Teoriia i praktyka intelektualnoi vlasnosti 25 (in Ukrainian).

Conference papers

12. Ivaniuchenko O, 'Kompiuterna hra (videohra) yak ob'iekt avtorskoho prava' ['Computer Game (Video Game) as an Object of Copyright'] *Aktualni problemy pryvatnoho prava: Mizhnarodna naukovo-praktychna konferentsiia, prysviachena 93-y richnytsi z dnia narodzhennia V P Maslova [Topical Issues of Private Law: International Scientific and Practical Conference Dedicated to the 93rd Anniversary of V P Maslov's Birth]* (Pravo 2015) (in Ukrainian).

Websites

13. Lastowka G, 'Copyright Law and Video Games: A Brief History of an Interactive Medium' (SSRN, October 2013) <<https://ssrn.com/abstract=2321424>> accessed 25 November 2017 (in English).
14. 'Informatsiina dovidka pro dotrymannia zakonodavstva u sferi zakhystu suspilnoi morali pry obihu kompiuternykh ihor na terytorii Ukrainy' ['Information Brief on Compliance with Public Morals Protection Laws within the Framework of Circulation of Computer Games in Ukraine'] (*Natsionalna ekspertna komisiiia Ukrainy z pytan zakhystu suspilnoi morali*, 9 Kviten 2013) <<http://www.moral.gov.ua/upload/inf-dovidka-09-04-13.pdf>> accessed 24 November 2017 (in Ukrainian).
15. Savickaja K, 'Personazh komp'juternoj igry kak ohranjaemyj ob'ekt avtorskoho prava' ['Computer Game Character as a Copyright Protected Object'] (*Otrasli prava Analiticheskij portal*, 28 Janvar 2017) <<http://отрасли-права.рф/article/21856>> accessed 25 November 2017 (in Russian).

Newspaper articles

16. Zhilinkova E, "'Slozhnoe proizvedenie" – novyj termin' [“Complex Piece” – a new Term] *Juridicheskaja praktika* (Kiev, 20 Maj 2008) <<http://pravo.ua/article.php?id=100094601>> accessed 24 November 2017 (in Russian).

COPYRIGHT TO LITERARY PIECE ELEMENTS
IN A COMPUTER VIDEO GAME

ABSTRACT. A computer video game is a complex work, with its essential elements being the same as are typical for a literary piece: plot and character. It would be inappropriate to understand a video game merely as a computer program – a copyright protected object (source and object codes which are protected by virtue of law).

The purpose of this article is to present a scientific justification of copyright protection of a literary piece upon which a computer video game is based, via such essential elements as plot and character.

A computer video game contains certain elements of a literary piece allowing to adapt a computer game script with a view to creating a movie or novel script or, visa versa, to adapt a script of a movie or a literary piece to make a computer video game. In terms of copyright protection, each element of a video game should be identified with the aim of analyzing its compliance with the criteria of eligibility for being protected.

Thus, most computer video games are based on a certain literary piece – script. A computer game's character is at the same time a part of a literary piece. Creating of derivative works, mainly of movies and cartoons, on the basis of computer games seems to be a common situation, and this envisages a transfer of proprietary rights to the use of scripts and to characters of computer video games.

KEYWORDS: Copyright; a complex literary piece; computer video game; computer video game's plot and character.



Леонід Тарасенко

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри інтелектуальної власності,
інформаційного та корпоративного права
Львівського національного університету імені Івана Франка,
адвокат
(м. Львів, Україна)
tarasenkoleo@gmail.com

УДК 347.771.78.025:004.774

ІНТЕРНЕТ-САЙТ ЯК ОБ'ЄКТ ІТ-ПРАВА

АНОТАЦІЯ. Питання про правовий режим веб-сайту практично не висвітлено у науковій літературі. Зважаючи на невелику кількість праць, присвячених дослідженню Інтернет-сайту як об'єкта ІТ-права та права інтелектуальної власності, необхідно констатувати, що у юридичній літературі не сформовано уніфікованого підходу до розуміння його правової сутності.

Метою статті є характеристика Інтернет-сайту як об'єкта ІТ-права та права інтелектуальної власності, з'ясування його правового режиму, характеристика ознак Інтернет-сайту, а також викладення власного бачення щодо вдосконалення правового регулювання цих відносин.

З'ясовано, що веб-сайт як об'єкт ІТ-права не існує поза межами Інтернету. Встановлено, що за змістом веб-сайт є сукупністю даних, електронної (цифрової) інформації та інших об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, а всі інформаційні матеріали Інтернет-сайту пов'язані між собою та структуровані у межах адреси веб-сайту і (або) облікового запису власника цього веб-сайту, доступ до веб-сайту здійснюється через адресу мережі Інтернет (доменне ім'я, запис про каталоги чи виклики і (або) числової адреси за Інтернет-протоколом).

Автор доходить висновку, що Інтернет-сайт – складний об'єкт ІТ-права та права інтелектуальної власності, оскільки: містить програмні засоби (відповідні комп'ютерні програми, завдяки яким веб-сайт функціонує), має інформаційне наповнення (тексти, зображення тощо) й унікальне доменне ім'я (яке зазвичай відображає знак для товарів і послуг, комерційне найменування або ім'я фізичної особи), інформація, що міститься на веб-сайті, зберігається на віддаленому комп'ютері (хостингу), а доступ до нього можливий із будь-якого комп'ютера (чи іншого пристрою), підключеного до мережі Інтернет, завдяки використанню відповідного програмного забезпечення (публічний доступ будь-якої особи).

Ключові слова: Інтернет; веб-сайт; веб-сторінка; авторське право; ІТ-право, інтелектуальна власність.

У науковій і практичній літературі часто вживається два поняття: “цифрове середовище” та “мережа Інтернет”. Визначення поняття

© Леонід Тарасенко, 2018

Леонід Тарасенко

“цифрове середовище” у законодавстві України не міститься. Однак це словосполучення є нормативним, оскільки у тексті міжнародних договорів Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право та про виконання і фонограми використовується поняття “цифрове середовище”, що вживається для охоплення широкого кола комп’ютерних мереж, у яких можуть використовуватися такі майнові права суб’єктів авторського права і суміжних прав, як право на відтворення та на розповсюдження серед широкої публіки, право зробити записані виконання і фонограми доступними. Поняттям “цифрове середовище” оперують у частині характеристики місця та багатьох способів здійснення прав інтелектуальної власності, міститься воно і в численних директивах Європейського Союзу (далі – ЄС). У ст. 244 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, також передбачено положення про захист прав інтелектуальної власності у цифровому середовищі¹.

“Цифрове середовище” є ширшим поняттям, ніж поняття “мережа Інтернет” та “Інтернет-сайт”. Цифрове середовище охоплює і веб-сайти (зокрема, й веб-сторінки як складові веб-сайтів), і електронні документи, файли, в тому числі оцифровані об’єкти інтелектуальної власності, які використовуються на відповідних пристроях, що не передбачають паперової форми документообігу (комп’ютери, ноутбуки, планшети, телефони, інші види так званих гаджетів). Тому об’єкти права інтелектуальної власності й ІТ-права можуть мати цифрове вираження, інакше кажучи, можливе їх прочитання, відтворення та передавання через відповідні вказані вище технічні пристрої із використанням зазвичай мережі Інтернет, тобто певних веб-сайтів, які є складовими частинами всесвітньої інформаційної мережі.

Правовий режим веб-сайту в науковій літературі майже не висвітлено. Лише в окремих підручниках із ІТ-права, права інтелектуальної власності порушується питання про його правову природу². У фахових періодичних виданнях автори здебільшого аналізують лише окремі аспекти, пов’язані з використанням веб-сторінки як складової частини Інтернет-сайту в судовому провадженні³. На рівні дисертаційних дослі-

www.pravo.ua.com.ua

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: ратифіковано із заявою Законом України від 16 вересня 2014 р. № 1678-VII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 27.11.2017).

² Олександра Яворська та інші, *ІТ ПРАВО* (Олександра Яворська ред, Видавництво “Левада” 2017) 36; Євген Харитонов та Олена Харитонova (ред), *ІТ-право: теорія та практика* (Фенікс 2017) 192; Руслан Еннан, *Право інтелектуальної власності* (Алерта 2016) 317.

³ Руслан Еннан, ‘Правове регулювання відносин у мережі Інтернет’ *ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні: Науково-практична конференція* (НУ “Львівська політехніка” 2016) 172-182;

джен заслуговує на увагу робота В. Гури, проте вона стосується цивільно-правової охорони веб-сайту загалом⁴. Відтак, тема представленого наукового дослідження вбачається актуальною для подальшого аналізу.

Метою дослідження є характеристика Інтернет-сайту як об'єкта ІТ-права та права інтелектуальної власності, з'ясування його правового режиму, характеристика ознак Інтернет-сайту, обґрунтування пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання таких відносин.

Інтернет-сайт як об'єкт ІТ-права та права інтелектуальної власності – складне явище, яке містить елементи різних правових понять. Окрім поняття “Інтернет-сайт” у науковій літературі та в чинному законодавстві вживається також поняття “веб-сайт”. Ці поняття є синонімами, отож немає потреби їх розмежовувати.

Веб-сайт як об'єкт ІТ-права потребує інтелектуальної творчої праці для створення та належного функціонування. Інтернет-сайт не існує поза межами Інтернету. У законодавстві України визначення Інтернет-сайту вперше було надано в Порядку інформаційного наповнення та технічного забезпечення Єдиного веб-порталу органів виконавчої влади, затвердженого наказом Державного комітету інформаційної політики, телебачення і радіомовлення України й Державного комітету зв'язку та інформатизації України. Так, відповідно до абз. 3 п. 1.3 Порядку інформаційного наповнення та технічного забезпечення Єдиного веб-порталу органів виконавчої влади:

Веб-сайт (Інтернет-сайт) – це сукупність програмних та апаратних засобів з унікальною адресою у мережі Інтернет разом із інформаційними ресурсами, що перебувають у розпорядженні певного суб'єкта й забезпечують доступ юридичних і фізичних осіб до цих інформаційних ресурсів, та інші інформаційні послуги через мережу Інтернет. Веб-сайт як системне багаторівневе об'єднання різних ресурсів і сервісів для забезпечення максимальної можливості доступу до інформації та послуг є веб-порталом⁵.

¹ Черкашин, ‘Проблеми юридичного факту в Інтернеті в контексті права інтелектуальної власності’ *Актуальні проблеми інтелектуального права: І Всеукраїнська науково-практична конференція* (Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка 2016) 154; Костянтин Зеров, ‘Фіксація змісту веб-сторінки в мережі Інтернет як елемент здійснення права на захист авторських прав на твори, розміщені в мережі Інтернет’ 2015 (2) *Адвокат* 17; М Галабала, ‘Фіксація доказів, що підтверджують порушення прав інтелектуальної власності в мережі Internet’ 2009 (5) *Теорія і практика інтелектуальної власності* 39; Ю Атаманова, ‘Захист прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет: світовий досвід та вітчизняні перспективи’ 2014 (3) *Право та інновації* 7.

⁴ Максим Гура, ‘Цивільно-правова охорона Інтернет-сайту в Україні’ (автореф дис канд юрид наук, Інститут держави і права імені В М Корецького Національної академії наук України 2006).

⁵ Порядок інформаційного наповнення та технічного забезпечення Єдиного веб-порталу органів виконавчої влади: затверджений наказом Державного комітету інформаційної політики, телебачення і радіомовлення України, Державного комітету зв'язку та інформатизації України 25 листопада 2002 р. № 327/225, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 29 грудня 2002 р. за № 1021/7309. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1021-02> (дата звернення: 28.11.2017).

Леонід Тарасенко

У науковій літературі вчені (зокрема, Ю. Атаманова), розвиваючи це визначення, наголошують, що:

Досягнення формальної та змістовної єдності веб-сайтом здійснюється завдяки трьом основним його складовим, а саме: 1) програмним та апаратним засобам (серверним програмним засобам; програмним засобам сайту); 2) адресі у мережі Інтернет або доменному імені; 3) інформаційному наповненню, яке охоплює текстову інформацію, графічну інформацію, аудіовізуальну інформацію⁶.

Вказана позиція заслуговує на увагу, оскільки Інтернет-сайт має власне унікальне ім'я (домен), функціонує завдяки засобам програмування та містить візуалізацію через інформацію, придатну для використання користувачами Інтернету.

М. Гура у своєму дисертаційному дослідженні наводить власне визначення Інтернет-сайту, розуміючи під ним:

Відокремлений, логічно завершений елемент мережі Інтернет, який створений на основі технології гіперпосилань, розташований на сервері (*host*), має унікальну адресу (*url*), за якою до нього може отримати доступ будь-який користувач мережі Інтернет (інколи з цього правила наявні винятки, зокрема, можливе блокування доступу до певного веб-сайту окремих користувачів або користувачів певної країни тощо. – Л. Т.), та у своїй основі містить Інтернет-сторінки, які мають графічний вигляд і можуть бути переглянуті за допомогою спеціальних комп'ютерних програм (браузерів)⁷.

У Законі України “Про авторське право і суміжні права”⁸ (далі – Закон) в березні 2017 р. також з'явилося визначення веб-сайту, із якого вбачаються такі його ознаки:

- за змістом веб-сайт є сукупністю даних, електронної (цифрової) інформації та інших об'єктів авторського права і (або) суміжних прав;
- всі інформаційні матеріали пов'язані між собою і структуровані у межах адреси веб-сайту та (або) облікового запису власника цього веб-сайту;
- доступ до веб-сайту здійснюється через адресу мережі Інтернет (доменне ім'я, запис про каталоги чи виклики і (або) числової адреси за Інтернет-протоколом).

www.pravo.ua.com.ua

⁶ Атаманова (н 3) 7.

⁷ Гура (н 4) 8.

⁸ Про авторське право та суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-ХІІ. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 28.11.2017).

На законодавчому рівні (у цьому ж Законі) з'явилося також визначення поняття електронної (цифрової) інформації, під якою розуміються аудіовізуальні твори, музичні твори (з текстом або без тексту), комп'ютерні програми, фонограми, відеограми, програми (передачі) організацій мовлення, що знаходяться в електронній (цифровій) формі, придатній для зчитування і відтворення комп'ютером, які можуть існувати і (або) зберігатися у вигляді одного або декількох файлів (частин файлів), записів у базі даних на зберігаючих пристроях комп'ютерів, серверів тощо у мережі Інтернет, а також програми (передачі) організацій мовлення, що ретранслюються з використанням мережі Інтернет. Недоліком цього визначення є те, що воно застосовується лише до правовідносин щодо охорони та захисту авторських і суміжних прав, а відтак, не містить іншої інформації, що не охороняється авторським правом (наприклад, повідомлення про новини дня, повідомлення, які надсилаються електронною поштою). Крім того, вказаним визначенням не охоплено всіх об'єктів авторського права (фотографії, літературні твори, малюнки, які також можуть бути виражені в електронній формі, тощо). Це недолік правового регулювання.

Ідентифікувати користувача в мережі Інтернет загалом та на конкретному веб-сайті дає змогу зроблений ним обліковий запис (наприклад, ідентифікувати користувача соціальних мереж або інших веб-ресурсів можна за допомогою облікового запису в *Google*).

Доцільно зазначити, що Інтернет-сайт – це складний об'єкт ІТ-права та права інтелектуальної власності, оскільки:

- містить програмні засоби (відповідні комп'ютерні програми, завдяки яким веб-сайт функціонує);
- має інформаційне наповнення (тексти, зображення тощо);
- має унікальне ім'я (доменне ім'я);
- інформація, що міститься на веб-сайті, зберігається на віддаленому комп'ютері (цей процес характеризується як хостинг);
- доступ до Інтернет-сайту можливий із будь-якого комп'ютера (чи іншого пристрою), підключеного до мережі Інтернет, завдяки використанню відповідного програмного забезпечення (публічний доступ будь-якої особи).

Із наведених ознак убачається, що без відповідного програмного забезпечення функціонування Інтернет-сайту з технічної точки зору неможливе. Йдеться, зокрема, про комп'ютерні програми, які працюють “всередині” веб-сайту. Відповідно до загального правила правова охорона комп'ютерної програми здійснюється авторським правом. Водночас комп'ютерна програма може бути складовою винаходу (корисної

моделі), що виконує певну функцію в межах винайденого технічного рішення. Про це свідчить і судова практика. Так, у справі за позовом винахідників до Міжнародного науково-навчального центру інформаційних технологій і систем НАН та МОН України про стягнення винагороди суд встановив, що позивачі (винахідники) створили службовий винахід “Спосіб комп’ютерної ідентифікації особи за зображенням її обличчя”⁹. Такий спосіб комп’ютерної ідентифікації особи (чи інший подібний процес) можливо використовувати як складову веб-сайту. Тому програмні засоби Інтернет-сайту містять об’єкти авторського права та можуть містити певне технічне рішення, яке є винаходом або корисною моделлю.

Інформаційне наповнення Інтернет-сайту – це, як правило, інтелектуальна власність певної особи. На веб-сайті можуть бути розміщені об’єкти авторського права (тексти, малюнки, музичні твори тощо), суміжних прав (приміром, фонограми, відеограми), об’єкти патентного права (наприклад, зображення промислового зразка), засоби індивідуалізації (зокрема, комерційне найменування, зображення знака для товарів і послуг) тощо. У більшості випадків на веб-сайтах розміщують саме об’єкти авторського права, зважаючи на те, що в основному веб-сторінки – це текстова інформація.

Інтернет-сайт має доменне ім’я, яке є унікальним. Зазвичай доменне ім’я відображає або знак для товарів і послуг, або комерційне найменування, або ім’я фізичної особи. Відтак, у багатьох випадках використання домену (як назви Інтернет-сайту) – спосіб використання таких об’єктів права інтелектуальної власності, як торговельна марка чи комерційне найменування. Відповідно до ст. 20 Закону України “Про охорону прав на знаки для товарів і послуг” порушенням прав власника свідоцтва на знак для товарів і послуг вважається використання знака без його згоди в доменних іменах¹⁰. Доменне ім’я становить частину системи доменних імен та функціонально забезпечує адресацію в мережі Інтернет. У науковій літературі наявна позиція, згідно з якою доменне ім’я є самостійним об’єктом права інтелектуальної власності як засобу індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг у всесвітній мережі Інтернет¹¹. Такий погляд заслуговує на увагу, хоча судова практика його не підтримує, оскільки доменне ім’я може бути складовою торговельної марки, іншого засобу індивідуалізації учасників цивільного обороту чи самостійним комерційним або некомерційним позначенням. Із визна-

⁹ Рішення Апеляційного суду м. Києва від 16 вересня 2015 р. № 50793926 у справі № 752/9813/13. URL: <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/50793926>> (дата звернення: 29.11.2017).

¹⁰ Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3689-ХІІ. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3689-12> (дата звернення: 29.11.2017).

¹¹ Василь Бонтлаб, “Цивільно-правове регулювання доменних імен” (автореф дис канд юрид наук, Київський національний університет імені Тараса Шевченка 2006) 8.

чення домену, наведеного в Законі України “Про телекомунікації”¹², вбачаються ознаки (вимоги) доменного імені: це – частина ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, тобто воно використовується для адресації комп’ютерів і ресурсів в Інтернеті; наявність унікальної назви, що його ідентифікує; відповідність технічним вимогам (визначена кількість символів, обмеження щодо застосування окремих символів тощо); не повинно порушувати законодавство про торговельні марки, інші засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту; обов’язкова реєстрація; обслуговується групою серверів доменних імен; централізоване адміністрування; не існує поза мережею Інтернет; екстериторіальний характер, зумовлений особливостями мережі Інтернет.

Інформація, розміщена на веб-сайті, повинна зберігатися на певному комп’ютері, так званому сервері, що має назву “хостинг”. Хостинг включає надання дискового простору на сервері для зберігання інформації (інформаційного наповнення Інтернет-сайту), а також забезпечує постійне підключення до мережі Інтернет, завдяки чому інформація, наявна на веб-сайті, стає публічно доступною. Визначення хостингу в законодавстві України не наведено, проте відповідно до ст. 1 Закону постачальником послуг хостингу є особа, яка надає власникам веб-сайтів послуги і (або) ресурси для розміщення веб-сайтів чи їх частин у мережі Інтернет та із забезпечення доступу до них через мережу Інтернет¹³.

Доступ до Інтернет-сайту є можливим не лише зі стаціонарного комп’ютера, а й із будь-якого іншого пристрою, завдяки якому особа може підключитися до мережі Інтернет (йдеться про ноутбуки, планшети, телефони тощо). На сьогодні недоречно обмежувати можливість доступу до мережі Інтернет шляхом використання тільки комп’ютера, позаяк кількість пристроїв, які підтримують функції доступу до мережі Інтернет, щороку збільшується.

Також доступ до веб-сайту можливий із будь-якого місцезнаходження особи, де є підключення до мережі Інтернет, незалежно, приміром, від країни, населеного пункту, що зумовлено екстериторіальним характером Інтернету.

Власник веб-сайту – це особа, яка є володільцем облікового запису та встановлює порядок і умови використання веб-сайту. У законодавстві встановлено презумпцію, відповідно до якої за відсутності доказів іншого, власником веб-сайту вважається реєстрант відповідного доменного імені, за яким здійснюється доступ до веб-сайту, і (або) отримувач послуг хостингу. Наведене припущення може бути спростоване, оскільки

¹² Про телекомунікації: Закон України від 18 листопада 2003 р. № 1280-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1280-15> (дата звернення: 30.11.2017).

¹³ Про авторське право та суміжні права (н 8).

досить часто здійснюється реєстрація веб-сайту на іншу особу, яка насправді його не використовує, ним не управляє. Такою особою може бути, зокрема, працівник юридичної особи, яка має власний веб-сайт – візитку чи власний веб-портал, розробник сайту, який первісно зареєстрував сайт на власне ім'я. Таким чином, реальний володілець сайту та реєстрант можуть не збігатися. Тому доцільним убачається підхід законодавця, який лише встановлює презумпцію щодо того, хто вважається власником веб-сайту.

Необхідно звернути увагу, що веб-сайт складається із веб-сторінок, а власник веб-сайту – не завжди власник веб-сторінки. Згідно зі ст. 1 Закону 'власник веб-сайту не є власником веб-сторінки, якщо останній володіє обліковим записом, що надає йому можливість самостійно, незалежно від власника веб-сайту, розміщувати інформацію на веб-сторінці й нею управляти'¹⁴. Такий підхід також цілком виправданий, адже часто користувачі веб-ресурсів мають технічну можливість самостійно наповнювати контент (певний веб-сайт) інформацією, власниками якого вони не є. Прикладом зазначеного може слугувати обліковий запис у соціальних мережах, на веб-порталах, завдяки чому користувач самостійно формує інформаційну складову свого облікового запису, виставляючи на загал ту інформацію, яку вважає за потрібне. Крім того, наведена норма є важливою з огляду на потенційний суб'єктний склад спору, що може виникнути у разі порушення цією особою авторських або суміжних прав (у такому разі саме власник веб-сторінки повинен бути відповідачем у вказаній категорії справ).

Висновки. Веб-сайт як об'єкт ІТ-права потребує інтелектуальної творчої праці для створення і належного функціонування та не існує поза межами Інтернету. За змістом веб-сайт є сукупністю даних, електронної (цифрової) інформації та інших об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, а всі інформаційні матеріали Інтернет-сайту пов'язані між собою та структуровані у межах адреси веб-сайту і (або) облікового запису власника цього веб-сайту.

Доступ до веб-сайту здійснюється через адресу мережі Інтернет (доменне ім'я, запис про каталоги чи виклики і (або) числової адреси за Інтернет-протоколом).

Інтернет-сайт – складний об'єкт ІТ-права та права інтелектуальної власності, оскільки: містить програмні засоби (відповідні комп'ютерні програми, завдяки яким веб-сайт функціонує), має інформаційне наповнення (тексти, зображення тощо) й унікальне доменне ім'я (яке зазвичай відображає знак для товарів і послуг, комерційне найменування

¹⁴ Про авторське право та суміжні права (н 8).

або ім'я фізичної особи), інформація, що міститься на веб-сайті, зберігається на віддаленому комп'ютері (хостингу), а доступ до нього можливий із будь-якого комп'ютера (чи іншого пристрою), підключеного до мережі Інтернет, завдяки використанню відповідного програмного забезпечення (публічний доступ будь-якої особи).

Доступ до веб-сайту можливий із будь-якого місцезнаходження особи, де є підключення до мережі Інтернет, незалежно, наприклад, від країни, населеного пункту, що зумовлено екстериторіальним характером Інтернету.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Poriadok informatsiinoho napovnennia ta tekhnichnoho zabezpechennia Yedynoho veb-portalu orhaniv vykonavchoi vlady [Procedure Regarding Information Contents and Technical Support of the Unified Web Portal of Executive Authorities]: zatverdzhenni nakazom Derzhavnogo komitetu informatsiinoi polityky, telebachennia i radiomovlennia Ukrainy, Derzhavnogo komitetu zviazku ta informatyzatsii Ukrainy [approved by Order of the State Committee for Information Policy, Television and Radio Broadcasting of Ukraine, the State Committee for Communications and Informatization of Ukraine] 25 lystopada 2002 r. № 327/225, zareiestrovany u Ministerstvi yustytzii Ukrainy 29 hrudnia 2002 r. za № 1021/7309. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1021-02> (accessed: 28.11.2017) (in Ukrainian).
2. Pro avtorske pravo ta sumizhni prava [On Copyright and Related Rights]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 23 hrudnia 1993 r. № 3792-XII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (accessed: 28.11.2017) (in Ukrainian).
3. Pro okhoronu prav na znaky dlia tovariv i posluh [On the Protection of Rights to Trademarks for Goods and Services]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 15 hrudnia 1993 r. № 689-XII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3689-12> (accessed: 29.11.2017) (in Ukrainian).
4. Pro telekomunikatsii [On Telecommunications]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 18 lystopada 2003 r. № 1280-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1280-15> (accessed: 30.11.2017) (in Ukrainian).
5. Uhoda pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniiei storony, ta Yevropeiskym Soiuzom, Yevropeiskym spivtovarystvom z atomnoi enerhii i yikhnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony [The Association Agreement between Ukraine, on the one part, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, on the other part]: ratyfikovano iz zaiavoju Zakonom Ukrainy [Ratified with the Statement by the Law of Ukraine] vid 16 veresnia 2014 roku № 1678-VII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (accessed: 27.11.2017) (in Ukrainian).

Cases

6. Rishennia Apeliatsiinoho sudu m. Kyieva [Award of the Kyiv City Court of Appeal] vid 16 veresnia 2015 r. № 50793926 u spravi № 752/9813/13. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/50793926> (accessed: 29.11.2017) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

7. Ennan R, *Pravo intelektualnoi vlasnosti [Intellectual Property Law]* (Alerta 2016) (in Ukrainian).

Edited books

8. Kharytonov Ye ta Kharytonova O (red), *IT-pravo: teoriia ta praktyka [IT-Law: Theory and Practice]* (Feniks 2017) (in Ukrainian).
9. Yavorska O ta inshi, *IT pravo [IT-Law]* (Oleksandra Yavorska red, Vydavnytstvo "Levada" 2017) (in Ukrainian).

Articles

10. Atamanova Yu, 'Zakhyst prav intelektualnoi vlasnosti u merezhi Internet: svitovyi dosvid ta vitchyzniani perspektyvy' ['Protection of Intellectual Property Rights on the Internet: International Experience and National Prospects'] 2014 (3) *Pravo ta innovatsii* 7 (in Ukrainian).
11. Halabala M, 'Fiksatsiia dokaziv, shcho pidtverdzhuiut porushennia prav intelektualnoi vlasnosti v merezhi Internet' ['Recording of Evidence Supporting Infringement of Intellectual Property Rights on the Internet'] 2009 (5) *Teoriia i praktyka intelektualnoi vlasnosti* 39 (in Ukrainian).
12. Zerov K, 'Fiksatsiia zmistu veb-storinky v merezhi Internet yak element zdiisnennia prava na zakhyst avtorskykh prav na tvory, rozmishcheni v merezhi Internet' ['Recording of an Internet Webpage's Contents as an Element of Exercise of the Right to the Protection of Copyright to Works Published on the Internet'] 2015 (2) *Advokat* 17 (in Ukrainian).

Conference papers

13. Cherkashyn I, 'Problemy yurydychnoho faktu v Interneti v konteksti prava intelektualnoi vlasnosti' ['Issues Relating to the Legal Fact on the Internet in the Context of Intellectual Property Law'] *Aktualni problemy intelektualnogo prava: I Vseukrainska naukovo-praktychna konferentsiia [Topical Issues of Intellectual Law: the First All-Ukrainian Scientific and Practical Conference]* (Yurydychnyi fakultet Lvivskoho natsionalnogo universytetu imeni Ivana Franka 2016) (in Ukrainian).
14. Ennan R, 'Pravove rehuliuвання vidnosyn u merezhi Internet' ['Legal Regulation of Relations on the Internet'] *IT pravo: problemy i perspektyvy rozvytku v Ukraini: Naukovo-praktychna konferentsiia [IT-Law: Development Issues and Prospects in Ukraine: Scientific and Practical Conference]* (NU "Lvivska politekhnika" 2016) (in Ukrainian).

Thesis abstracts

15. Bontlab V, 'Tsyvilno-pravove rehuliuвання domennykh imen' ['Regulation of Domain Names under Civil Law'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Kyivskiy natsionalnyi universytet imeni Tarasa Shevchenka 2006) (in Ukrainian).
16. Hura M, 'Tsyvilno-pravova okhorona Internet-saitu v Ukraini' ['Protection of an Internet Web-Site in Ukraine under Civil Law'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Instytut derzhavy iprava imeni V M Koretskoho Natsionalnoi akademii nauk Ukrainy 2006) (in Ukrainian).

Leonid Tarasenko

AN INTERNET WEBSITE AS THE OBJECT OF IT-LAW

ABSTRACT. The issue of the legal regime of a website actually remains almost disregarded in the scientific literature. Given an insignificant number of works focused on the study of an Internet website as the object of IT-law and intellectual property law, it should be noted that in the legal literature no unified approach to the understanding of its legal essence has been formed so far.

The purpose of this article is to characterize a website as the object of IT-law and intellectual property law, to elucidate its legal regime, describe the characteristic signs of an Internet website, and to present own vision about the improvement of legal regulation of these relations.

It is found that a website as the object of IT-law does not exist beyond the Internet. It is established that by its contents, a website is a collection of data, electronic (digital) information and other objects of copyright and (or) related rights, and all of the information materials of an Internet website are interrelated and structured within the address of a website and (or) the account of this website's owner, and the website is accessed via the address on the Internet (domain name, a record of directories or calls and (or) a numeric address according to the Internet protocol).

The author arrives at the conclusion that an Internet website is a complex object of IT-law and intellectual property law, because it comprises software tools (relevant computer programs making a website operational), has its information contents (texts, pictures) and a unique domain name (which usually reflects a trademark of goods and services, a commercial name or a name of an individual), the information on the website is stored on a remote computer (hosting) and may be accessed from any computer (or another device) connected to the Internet through the use of relevant software (public access of any person).

KEYWORDS: Internet; website; webpage; copyright; IT-law; intellectual property.

IV. Інформаційні технології у юридичній практиці (Legal Tech)



Максим Селіванов

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна,
партнер юридичної фірми “Arbitis”
(м. Харків, Україна)
selivanov_m@ukr.net

УДК347.99:004

ЕЛЕКТРОННИЙ СУД: ІТ-ТЕХНОЛОГІЇ В СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ ЯК СПОСІБ ПОКРАЩЕННЯ ПРОГНОЗОВАНOSTІ СУДОВИХ РІШЕНЬ

Анотація. Як убачається з практики правозастосування (навіть із використанням електронного документообігу), рішення судових органів, зокрема й вищих судових інстанцій, у подібних ситуаціях різняться. Один із варіантів розв'язання окресленої проблеми – заміна висновків суддів висновками статистичних, евристичних алгоритмів.

Метою статті є виявлення та обґрунтування напрямів і підходів до введення у судові процедури машинних (обчислювальних) алгоритмів, висвітлення можливостей ІТ-технологій у судовому процесі як способу покращення прогнозованості судових рішень, а також наведення окремих випадків із практики застосування ІТ-технологій у судовому процесі.

На прикладі процесуальної дії – порушення провадження в справі, встановлено, що у сучасний період застосування ІТ-системи дає змогу скоротити кількість процесуальних помилок, пов'язаних із неухважністю, та зводить нанівець такий спосіб зловживання процесуальним правом, як вільне подання позовів із метою обрати “потрібного” суддю. Обґрунтовано необхідність зміни підходів до вирішення справи судом. Згідно з принципами змагальності та диспозитивності суд має розглядати справу в межах заявлених сторонами вимог, обраної ними норми права та на підставі наданих сторонами доказів. Це надасть можливість суттєво спростити алгоритмізацію, адже визначеності набудуть не тільки фактичні обставини (менша посилка), а й норма права (більша посилка).

Таким чином, за допомогою сучасних ІТ-технологій суттєво можна покращити прогнозованість судових рішень, що вплине на їх надійність, допомогти судді в судовому процесі, зменшити навантаження на окремого суддю та знизити рівень ризиків суддівських помилок.

Ключові слова: ІТ-технології у судовому процесі; прогнозованість судових рішень.

© Максим Селіванов, 2018

Із прийняттям в Україні нових редакцій процесуальних кодексів (господарського, цивільного, адміністративного судочинства) у юридичній спільноті розпочалася жвава дискусія щодо електронного суду. Проте аналіз прийнятих новел дає змогу стверджувати, що, по суті, в судових процедурах лише закріплюється електронний документообіг. Одразу варто зазначити, що електронний документообіг у судах – це не електронний суд.

Від суддів у однакових чи подібних правових ситуаціях очікують однакових або подібних рішень, тобто єдності судової практики. Однак, як убачається з практики правозастосування (навіть із використанням електронного документообігу), рішення судових органів, включаючи вищі судові інстанції, у подібних ситуаціях різняться.

Нещодавно Д. Канеман, Е. Розенфілд, Л. Ганді і Т. Блейзер описали концепцію “шумів”, яка пояснює вплив зовнішніх чинників на прийняття рішень фахівцями, зокрема й суддями, і що можна зробити, аби зменшити чи усунути такий вплив. Автори цієї концепції наводять результати низки незалежних досліджень, згідно з якими висновки фахівців часто суперечать попередньо зробленим ними висновкам, якщо їм дати ті ж вихідні дані, але в інших обставинах. Так, було підтверджено, що судді часто грішать непослідовністю. Їхні рішення дуже відрізняються від рішень колег, власних попередньо прийнятих рішень і правил, яких вони, на їхню думку, дотримуються¹.

Це є результатом впливу “шумів”, які в нинішніх національних умовах досить часто помилково ототожнюють із корупцією.

Яке ж радикальне рішення щодо зменшення впливу сторонніх чинників на висновки фахівців пропонують автори концепції “шумів”? Окреслену проблему вони радять розв’язувати шляхом заміни висновків фахівців висновками алгоритмів, оскільки висновки, отримані за допомогою статистичних алгоритмів, часто точніші від висновків, складених експертами, навіть у тих випадках, коли алгоритмічні формули оперують великим обсягом інформації².

На сьогодні існує твердження, що лікувати, вчити та судити будуть тільки люди, оскільки кінцевий результат цих процесів залежить від особистості виконавця. Машини можуть лише допомагати, вони уже допомагають під час діагностування хвороби та призначення курсу лікування. Їх використовують в освітньому процесі, а стрімкий розвиток дистанційного навчання є тому підтвердженням.

¹ Деніел Канеман та інші, ‘Шуми, или всегда ли правы эксперты?’ (*Harvard Business Review – Россия*, Декабрь 2016) <<http://hbr-russia.ru/management/prinyatie-resheniya/a18418/>> дата звернення 30 Листопад 2017.

² Там само.

Успішне застосування алгоритмів в одних галузях експертних знань надає можливість звернути увагу на їх можливе застосування і в судовому процесі.

Метою дослідження є виявлення та обґрунтування напрямів і підходів до введення у судові процедури машинних (обчислювальних) алгоритмів, висвітлення можливостей ІТ-технологій у судовому процесі як способу покращення прогнозованості судових рішень, а також наведення окремих випадків із практики застосування ІТ-технологій у судовому процесі.

Вчені-процесуалісти дійшли згоди, що процесуальна форма завжди обов'язково має нормативний і системний характер, вона, по суті, передбачає “алгоритм” поведінки кожного суб'єкта при розгляді та вирішенні судової справи³.

Якщо на рівні процесуальної науки і судової практики визначено існування “судових алгоритмів”, то цілком можливою убагацьється реалізація цих алгоритмів за допомогою сучасних ІТ-технологій.

Розглянемо можливу реалізацію судових алгоритмів на прикладі господарського судового процесу як найбільш формального.

Першою стадією господарського процесу є порушення провадження у справі.

Відомо, що порушення провадження у справі – це сукупність процесуальних дій суду та осіб, які в ній беруть участь, спрямованих на визначення підстав їх звернення до суду, та передбачає перевірку, зокрема, дієздатності позивача й відповідача, і дотримання належної форми позовної заяви (дотримання формальних вимог, як-от: сплата судового збору).

Процесуальні дії суду під час здійснення відповідної перевірки у більшості випадків передбачають перевірку на наявність відомостей про сторони (позивача та відповідача) у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців та громадських формувань (далі – Реєстр) (Одразу варто вказати, що для простоти демонстрації вказано випадки звернення до господарського суду не суб'єктів господарювання (у справах про банкрутство, корпоративних спорах), при цьому потрібно враховувати, що і ці випадки можуть бути алгоритмізовані та комп'ютеризовані.) Доступ державних органів, зокрема судів до відомостей з Реєстру визначено у Порядку надання відомостей з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань⁴.

³ Олег Ткачук, ‘Реалізація судової влади у цивільному судочинстві України: структурно-функціональний аспект’ (автореф дис д-ра юрид наук, Харківський національний університет імені В Н Каразіна 2016).

⁴ Порядок надання відомостей з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань: затверджено наказом Міністерства юстиції України 10 червня 2016 р. № 1657/5, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 10 червня 2016 р. за № 839/28969. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0839-16/paran10#n10> (дата звернення: 30.11.2017).

На сьогодні суддя (насправді – помічник або секретар) у ручному режимі отримує відомості з Реєстру. За відсутності у ньому відомостей, як правило, відповідно до шаблону готується ухвала про відмову у відкритті провадження в справі.

Під час автоматизації цього процесу машина при внесенні даних про позивача та відповідача до ІТ-системи суду самостійно зробить електронні запити до Реєстру (відповідні технічні умови та API взаємодії з реєстром уже розроблено). *За відсутності відомостей у Реєстрі машина ще до розподілу справи між суддями може сформулювати за тим же шаблоном ту саму ухвалу про відмову у відкритті провадження в справі.*

Так само за інформацією, наявною в Реєстрі, можливо перевірити дані про особу, яка може діяти від імені позивача без довіреності, повні найменування сторін, їх поштові адреси та порівняти з відомостями, викладеними у позовній заяві. *Під час встановлення невідповідності ще до розподілу справи між суддями машина може сформулювати за тим же шаблоном ту саму ухвалу про повернення позовної заяви.*

Автоматично можна перевірити сплату судового збору (шляхом доступу до відомостей казначейського рахунку), надсилання копії позовної заяви відповідачеві (через доступ до систем відстеження поштових компаній) – відповідне API або вже існує, або його розробка не потребує значних витрат.

Переваги автоматизації на стадії порушення провадження очевидні:

а) перевірка відбувається в автоматичному режимі, без задіяння людини, зменшується навантаження на суддю та його помічників;

б) ймовірність помилки мінімальна – машина “не забуде” перевірити дані з реєстрів;

в) повністю унеможливується такий спосіб зловживання процесуальним правом, як віяльне подання позовів із метою обрання “потрібного” судді.

Якщо ж слідувати від простого до складного, можна побачити, що алгоритмізації можливо піддати не тільки стадію відкриття провадження у справі.

Правозастосування у більшості випадків зводиться до побудови судження в його простішій формі – простого категоричного силлогізму (таблиця 1).

Таблиця 1

Простий категоричний силлогізм

Більша послілка	→	Менша послілка	→	Висновок
Норма права	→	Фактичні обставини	→	Рішення

Алгоритмізація простого категоричного силлогізму в сучасних умовах не є надскладним завданням.

При цьому, безумовно, кількість помилок зменшиться.

Помилки, які допускають судді сьогодні, можна звести до трьох типів, а саме: 1) неправильно встановлено фактичні обставини; 2) правильно встановлено фактичні обставини, але неправильно обрано (застосовано) норму права; 3) правильно встановлено фактичні обставини, правильно обрано (застосовано) норму права, але суд зробив неправильний висновок.

Як мінімум машина не зможе допустити помилки останнього типу, адже ніколи не зробить неправильний висновок за правильно встановлених фактичних обставин і правильно обраної (застосованої) норми права.

Помилки першого та другого типів машина може допустити. На відміну від людини, на яку впливають “шуми”, помилки пов’язані зі складністю машинного евристичного аналізу мовної форми та створенням відповідних евристичних алгоритмів.

Зменшенню кількості таких помилок сприятимуть як мінімум два наведені нижче напрями.

По-перше, – вдосконалення евристичних алгоритмів. Евристичний алгоритм – алгоритм вирішення задачі, правильність якого для всіх можливих випадків не доведено, але про який відомо, що він видає досить хороше рішення в більшості випадків. Так, евристичний алгоритм не видає 100% правильних рішень, проте він видає неправильний результат тільки в окремих випадках, досить рідкісних і добре виокремлених. У результаті описування таких випадків і відповідного вдосконалення алгоритмів їхня якість постійно поліпшуватиметься.

По-друге, це те, що скорочення, або навіть унеможливлення, помилок другого типу можна досягти, віднісши вирішення “питання права” до принципів змагальності та диспозитивності судового процесу.

На сьогодні посилання суду в рішенні на інші норми права, ніж зазначені у позовній заяві, не може розумітися як вихід суду поза межі позовних вимог. Так, господарський суд, з’ясувавши під час розгляду справи, що сторона (чи інший учасник) судового процесу в обґрунтування своїх вимог або заперечень послалася (послався) не на ті норми, що фактично регулюють спірні правовідносини, самостійно здійснює правильну правову кваліфікацію останніх та застосовує у прийнятті рішення саме такі норми матеріального і процесуального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини.

Це призводить до того, що в судовому процесі позивач обґрунтовує свої вимоги одними нормами та надає докази відповідно до предмета доказування, визначеного цими нормами, відповідач будує власну правову позицію, виходячи саме з норм, обраних позивачем, а суд в судовому

рішенні застосовує інші норми права. Тобто суд обирає та застосовує норми права, на які не посилався ані позивач, ані відповідач.

Із позицій змагальності (в розумінні “дії суду залежать від вимог позивача та заперечень відповідача”) і диспозитивності, через положення “*хто хоче здійснити свої права, повинен сам потурбуватися про це*”, дії суду – нонсенс. У цій частині судовий розгляд має змінитися.

Відповідно до ст. 59 Конституції України кожен має право на професійну правничу допомогу⁵. Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення (ст. 131-2 Основного Закону України)⁶. Особа сама обирає собі адвоката і має нести ризики власного вибору. Адвокат здійснює вибір норм права та має нести ризики неправильного обрання норми права. Тобто вирішення “питання права” має бути віднесено до диспозитивності сторін.

Суд за таких умов повинен розглядати справу *в межах заявлених вимог, обраної норми права та на підставі наданих йому доказів*.

Наведене надасть можливість суттєво спростити алгоритмізацію, адже визначеності набудуть не тільки фактичні обставини (менша посилка), а й норма права (більша посилка).

Насамкінець варто наголосити, що остаточне рішення має приймати саме суддя, оскільки повне вирішення спору машиною може налякати суспільство. Проте за правильного введення даних у автоматизовану “формулу” суддя може відхилити результати алгоритму, проте лише у певних випадках (наприклад, під час випадкової зміни розглянутої правової ситуації). Лише в подібних випадках алгоритм не береться суддею до уваги під час винесення ним остаточного рішення. В усіх інших випадках алгоритм буде аналізувати спірну ситуацію і “видавати” рішення.

Заміна більшої частини процесуальних дій судді алгоритмом може допомогти у вирішенні проблеми щодо точності й прогнозованості судових рішень в певній категорії спорів і мінімізувати суб’єктивність висновків судді.

Висновки. Сучасні ІТ-технології можуть суттєво покращити прогнозованість судових рішень та їх надійність, допомогти судді в судовому процесі, зменшити навантаження на окремого суддю і знизити рівень ризику суддівських помилок.

Електронний суд – це суд, де логічні алгоритми вирішать справу швидко, по суті, унеможливлять виникнення корупційних ризиків і допущення людських помилок.

⁵ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. ст. 141.

⁶ Там само.

Необхідно два-три роки для того, аби з Єдиного державного реєстру судових рішень вибрати їх еталонну базу (певну кількість беззаперечних судових рішень і правових позицій), для напрацювання алгоритмів правової кваліфікації та алгоритмів виявлення нових судових рішень, які неможливо віднести до категорії беззаперечних (їх можна назвати “аномальні” судові рішення).

За вказаний проміжок часу можливо створити програму, що аналізуватиме документи сторін, і на підставі емпіричної бази надавати сторонам та суду найбільш прогнозоване судове рішення.

Причому програму може створювати не тільки держава, а й будь-який сторонній розробник (конкуренція у розробках є гарним стимулом; наявні сподівання, що новоутворений Верховний Суд зможе закласти у свою діяльність принципи відкритого API до судових рішень і надати будь-якій заінтересованій особі доступ до Реєстру).

Суддя, який отримав найбільш прогнозоване судове рішення, може його прийняти. Це буде підтвердженням правильності алгоритму. Суддя вправі відхилити запропоноване рішення, але обов'язково вказати, з яких причин алгоритм не приймається, що надасть можливість вдосконалювати програму та алгоритм.

Окремим (побічним) ефектом є використання алгоритмів із виявлення нових судових рішень, які неможливо віднести до категорії беззаперечних. На підставі цих алгоритмів можливо дуже швидко виявляти “аномальні” судові рішення з метою проведення компетентними органами (Національне антикорупційне бюро України, Спеціалізована антикорупційна прокуратура тощо) аналізу на наявність корупційної складової під час їх прийняття.

Зараз не йдеться про заміну судді-людини машиною. Безумовно, це може налякати суспільство. Суддя-людина має перевіряти машину. Проте кількість суддівських помилок суттєво зменшиться.

Якщо виходити з розподілу парето 80/20, то з усіх судових справ 80% є типовими: факти встановлюються доказами відповідно до певних норм права. У цих справах критична, розумова діяльність судді мінімальна. Такі справи легко алгоритмізуються та впроваджуються. Суддя-людина розглядає 20% справ.

Вимоги до учасників процесу (адвокатів) і суддів якісно змінюються. Вони мають стати творцями права, щоразу застосовувати критичне мислення та доводити, чому вже усталений підхід вирішення спору не відповідає вимогам верховенства права.

У результаті матимемо користь в усьому: судові алгоритми забезпечать єдність судової практики; судді не матимуть рутинної роботи; судді

та адвокати перебуватимуть у стані, що потребуватиме систематичного самовдосконалення, та постійно покращуватимуть судові алгоритми.

За п'ять років позитивного впровадження можна буде запропонувати сторонам обирати спосіб вирішення справи, а саме: машинний або людський. Стимулом електронного вирішення справи може бути зменшення розміру судового збору, наприклад 50% загального розміру.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 30. st. 141 (in Ukrainian).
2. Poriadok nadання vidomosti z Yedynoho derzhavnogo reiestru yurydychnykh osib, fizychnykh osib-pidpriyemstiv ta hromadskykh formuvan [Procedure for Providing Data from the Unified State Register of Legal Entities, Individual Entrepreneurs and Non-Governmental Associations]: zatverdzhenyi nakazom Ministerstva yustytzii Ukrainy [approved by Order of the Ministry of Justice of Ukraine] 10 chervnia 2016 r. № 1657/5, zareiestrovanyim v Ministerstvi yustytzii Ukrainy 10 chervnia 2016 r. za № 839/28969. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0839-16/paran10#n10> (accessed: 30.11.2017) (in Ukrainian).

Bibliography

Thesis abstracts

3. Tkachuk O, 'Realizatsiia sudovoi vlady u tsyvilnomu sudochynstvi Ukrainy: strukturno-funktsionalnyi aspekt' ['Exercise of Judicial Power in Civil Proceedings of Ukraine: Structural and Functional Aspect'] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, Kharkivskiy natsionalnyi universytet imeni V N Karazina 2016).

Websites

4. Kaneman D ta inshi, 'Shumy, ili vsegda li pravy jeksperty?' ['Noises, or Are the Experts Always Right?'] (*Harvard Business Review – Rossija*, Dekabr' 2016) <<http://hbr-russia.ru/management/prinyatie-resheniy/a18418/>> accessed 30 November 2017.

Maksym Selivanov

ELECTRONIC COURT: IT-TECHNOLOGIES IN THE JUDICIAL PROCESS AS A MEANS TO INCREASE THE PREDICTABILITY OF COURT DECISIONS

ABSTRACT. The law enforcement practice (even involving electronic document circulation) demonstrates that decisions made by judicial bodies, including those by higher courts, in similar situations may vary. One of the options to deal with this

Максим Селіванов

issue is to change the findings made by judges with the findings generated by statistical, heuristic algorithms.

The purpose of this article is to identify and justify the areas of the judicial process in which machine (computational) algorithms may be introduced, with relevant approaches, and also to elucidate the potential of IT-technologies in the judicial process as a means to increase the predictability of court decisions, and to illustrate this with some cases from the practice of IT-technologies use in the judicial process.

Using the example of a procedural action – commencement of proceedings in a case, it is established that currently the use of an IT-system allows reducing the number of procedural errors ensuing from inattention and, besides, excludes the possibility of such an abuse of procedural law as “rolling” litigation with the aim of selecting a “convenient” judge. The author gives reasons for changing the approaches used for deciding a case in a court of law. According to the principles of competitiveness and disposition, a court of law should try the case within the framework of claims submitted by the parties and the rule of law chosen by them, and also based on the evidence provided by the parties. This will allow simplifying the introduction of algorithms significantly, since not only factual circumstances (smaller renvoi) but also the rule of law (larger renvoi) will become clearer.

Therefore, modern IT-technologies are able to increase significantly the predictability of court decisions, with a further increase in their reliability, and also to help a judge in a trial, reduce the load on a single judge and mitigate the risk of judicial errors.

KEYWORDS: IT-technologies in the judicial process; predictability of court decisions.



Олександр Радутний

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)
radut12@gmail.com

УДК 343.22(477):004.8

СУБ'ЄКТНІСТЬ ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

АНОТАЦІЯ. З огляду на реальну можливість створення найближчим часом штучного інтелекту, який дорівнює інтелекту людини або перевищує його, вбачаються підстави для визнання “електронної особи (особистості)” суб'єктом кримінально-правових відносин і суб'єктом злочину.

Мета статті полягає в дослідженні ознак штучного інтелекту в контексті кримінального права і відповідної йому доктрини, що є перспективним для вказаної галузі та сприятиме налагодженню і розвитку системних зв'язків в інших суміжних напрямках, реагуючи своєчасно на упередження суспільно небезпечним викликам сьогодення та майбутнього.

Наділення штучного інтелекту статусом “електронна особа (особистість)” як суб'єкта правовідносин не повинно зустріти несприйняття у сфері правової доктрини та на законодавчому рівні, так само, як це стабілізувалося щодо юридичних осіб. Тому доволі прогнозованою вбачається поява в КК України розділу за номером XIV-2 з умовною назвою “Заходи кримінально-правового характеру щодо електронних осіб (особистостей)”. Ознаками штучного інтелекту як суб'єкта злочину *de lege ferenda* можуть бути: 1) електронна особа (особистість); 2) здатність у момент вчинення злочину усвідомлювати свої дії (або бездіяльність) і керувати ними.

Разом із тим, визнання штучного інтелекту суб'єктом кримінально-правових відносин і суб'єктом злочину може бути доцільним та обґрунтованим лише за умови виваженого аналізу пропозицій щодо повного перероблення всієї системи, їх узгодження на рівні галузевих і міжгалузевих зв'язків у нерозривній єдності з основоположними конституційними принципами та міжнародними зобов'язаннями України.

Важливим напрямом є завдання захисту прав потерпілого, який використовує імплантати на базі штучного інтелекту, та протидія злочинній діяльності осіб, які можуть бути більш суспільно небезпечними через використання аналогічних імплантатів на базі сучасних технологій.

Ключові слова: штучний інтелект; суб'єкт кримінально-правових відносин; суб'єкт злочину; електронна особа (особистість); імплантат; об'єкт робототехніки; заходи кримінально-правового характеру щодо електронних осіб; Резолюція Європейського парламенту з рекомендаціями Комісії з норм цивільного права в робототехніці.

© Олександр Радутний, 2018

У лютому 2017 р. Європейський парламент прийняв Резолюцію з рекомендаціями Комісії з норм цивільного права в робототехніці (2015/2103(INL))¹ (далі – Резолюція), в якій розглянуто окремі питання страхування та цивільної відповідальності роботизованих об'єктів під керуванням штучного інтелекту і запропоновано серед уже відомих категорій суб'єктів правовідносин (фізичні особи та юридичні особи) утворити нову – “електронна особа (особистість)”, що матиме власні специфічні права й обов'язки.

Відповідно до чинного законодавства України сьогодні суб'єктами правовідносин у кримінально-правовій сфері визнаються, зокрема, фізичні особи, юридичні особи та держава, а суб'єктом злочину – тільки фізична особа (ст. 18 Кримінального кодексу України (далі – КК України)). Водночас питання щодо визнання юридичної особи суб'єктом злочину має дискусійний характер, гіпотеза про можливість застосування до держави (або юридичних осіб державної форми власності) заходів кримінально-правового характеру поки що не висувається як така, що посягає на глибоко вкорінене відчуття сакральності останньої. Дослідження щодо можливості визнання штучного інтелекту суб'єктом правовідносин у галузі кримінального права активно започатковуються (В. Мисливий, М. Карчевський, Н. Савінова), в тому числі в окремій науковій роботі висловлено теоретичну пропозицію про визнання штучного інтелекту суб'єктом злочину².

При цьому можливість створення штучного інтелекту (англ. *Artificial Intelligence, AI*), який дорівнює інтелекту людини або перевищує його, є доволі реальною та такою, що може бути досягнута у найближчому майбутньому. Це викликає необхідність певного переосмислення змісту й ознак поняття суб'єкта кримінально-правових відносин і суб'єкта злочину.

На сьогодні дослідження правових питань щодо штучного інтелекту є одним із актуальних напрямів, у якому плідно працюють О. Баранов, В. Брижко, К. Мельник, В. Пилипчук та інші; аналізу особливостей феномена суб'єкта злочину присвячено належну увагу в роботах таких вчених, як: П. Андрушко, М. Бажанов, В. Борисов, Н. Гуторова, В. Ємельяненко, О. Зайцев, М. Коржанський, М. Панов, Ю. Пономаренко, В. Сташис, Є. Стрельцов, В. Тацій, В. Тютюгін, В. Устименко, М. Хавронюк; наукові розвідки щодо інформаційної безпеки в аспекті кримінального права відображено у роботах Д. Азарова, В. Грищука, М. Карчевського,

¹ ‘Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))’ (European Parliament, 16 February 2017) <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>> accessed 15 December 2017.

² Олександр Радутний, ‘Штучний інтелект як суб'єкт злочину’ (2017) 4 Інформація і право 106.

Є. Лащука, С. Лихової, А. Музики, В. Навроцького, Н. Савінової, П. Фріса, В. Харченко й інших, але через складність і мінливість оточуючого середовища зазначені питання потребують подальшого дослідження.

Мета дослідження. Науковий розгляд задля пізнання ознак штучного інтелекту в контексті кримінального права і відповідної йому доктрини є перспективним для вказаної галузі та сприятиме подальшому налагодженню і розвитку системних зв'язків в інших суміжних напрямках, реагуючи своєчасно на запобігання суспільно небезпечним викликам сьогодення і майбутнього.

Якщо узагальнити численні прогнози, то до 2022 р. штучний інтелект мислитиме як людина (а не лише в окремих напрямках) на 10%, до 2040 р. – на 50%, до 2075 р. його процеси мислення неможливо буде відрізнити від людських, так само, як невдовзі складно буде розрізнити штучні та біологічні об'єкти, віртуальні світи стануть більш захопливими, ніж реальність. При цьому також варто зважати на об'єктивні явища постійного пришвидшення процесів обміну інформацією, розвитку економічних відносин і революційних технологій, що сьогодні є потужнішими порівняно з минулими часами.

Значний перехід до віртуальних світів невдовзі стане не розвагою, а нагальною потребою і виконуватиме функцію своєрідного соціального клапана. Так, завдяки спрощенню доступу до значного обсягу відомостей та інформаційних потоків неминуче підвищиться рівень обізнаності широких верств населення про нерівність можливостей (неоднаковий доступ до досягнень біології, фармакології, покращення таких когнітивних властивостей, як пам'ять, зір, слух, увага та сила людини, здатність обробляти значні обсяги інформації тощо) і приховані схеми перерозподілу ресурсів, що збільшить відстань між певними колами суспільств та посилить невдоволення і ворожнечу. Це утворюватиме підґрунтя для можливого соціального вибуху, зняти напругу якого можливим буде саме через відвернення уваги та перенесення її вглибину віртуальних світів.

Тому вже потрібно звикати до думки про те, що неминуче наближається час, коли середовище свого існування людство буде поділяти зі штучним інтелектом.

Штучний інтелект сьогодні використовують в алгоритмах, які підказують водіям правильний напрям руху за навігаційними картами, здійснюють пропозиції споживачам на підставі аналізу їх попередніх замовлень, пропонують новини й аналітичні огляди певної спрямованості за технологією *Big Data*, підтримують процес прийняття рішень щодо лікування онкологічних захворювань молочної залози, розшифровують

електрокардіограми, проводять хірургічні операції краще, ніж лікарі-початківці³.

Юридична фірма *Baker & Hostetler* оголосила, що приймає на роботу штучний інтелект *ROSS* для ведення справ про банкрутство, чим раніше опікувалися майже п'ятдесят юристів. Вказана програма, розроблена на когнітивному комп'ютері *Watson* компанії *IBM*, цілодобово відслідковує законодавство і правову ситуацію, вміє читати й розуміти мову, висувати гіпотези, досліджувати, а потім генерувати відповіді з належними посиланнями та цитатами, навчається зі свого досвіду тощо.

Учені з Університетського коледжу Лондона і Університету Шеффілда створили комп'ютерного суддю, який передбачає рішення Європейського суду з прав людини із точністю до 79%⁴.

За повідомленням видання *Bloomberg*, штучний інтелект перевершив людину у здібностях до читання та розуміння тексту: результати людини у відповідному тесті становлять 82.304, штучного інтелекту компанії *Alibaba* – 82.440, компанії *Microsoft* – 82.650⁵.

Свого часу в *The Economist* було надруковано першу статтю, підготовлену штучним інтелектом⁶.

Штучний інтелект проекту *Project Maven* дав змогу Пентагону в стислі терміни переглянути кілометри відеоматеріалів із 11 тис. безпілотних повітряних розвідувальних апаратів армії Сполучених Штатів Америки (далі – США) у Сирії⁷. Одна з основних вимог у межах вказаного проекту полягала в тому, щоби штучний інтелект мав здатність діяти не тільки відповідно до програми, первісно закладеної людиною, а й самонавчатися і здійснювати дії, які не були запрограмовані розробниками та (або) користувачами від початку.

За повідомленням Агенції з перспективних оборонних науково-дослідницьких розробок США (*Defense Advanced Research Projects Agency in the United States, DARPA*), програма *DART* у галузі планування та постачання, що була використана під час операції “Буря у пустелі”, повні-

³ Executive Summary of World Robotics 2011 Industrial Robots & World Robotics 2011 Service Robots (*SlideShare*, 3 December 2011) <<https://www.slideshare.net/alanek/world-robotics-2011-executive-summary>> accessed 25 December 2017.

⁴ Sarah Knapton, ‘Artificially intelligent ‘judge’ developed which can predict court verdicts with 79 per cent accuracy’ (*The Telegraph*, 24 October 2016) <<http://www.telegraph.co.uk/science/2016/10/23/artificially-intelligent-judge-developed-which-can-predict-court/>> accessed 15 December 2017.

⁵ Robert Fenner, ‘Alibaba’s AI Outguns Humans in Reading Test’ (*Bloomberg Technology*, 15 January 2018) <<https://www.bloomberg.com/technology>> accessed 17 January 2018.

⁶ ‘How soon will computers replace The Economist’s writers?’ (*The Economist*, 19 December 2017) <<https://www.economist.com/news/science-and-technology/21732805-weve-got-few-years-left-least-how-soon-will-computers-replace-economists>> accessed 21 January 2018.

⁷ Gregory C Allen, ‘Project Maven brings AI to the fight against ISIS’ (*Bulletin of the Atomic Scientists*, 21 December 2017) <<https://thebulletin.org/project-maven-brings-ai-fight-against-isis11374>> accessed 18 January 2018; Cheryl Pellerin, ‘Project Maven to Deploy Computer Algorithms to War Zone by Year’s End’ (*U.S. Department of Defense*) <<https://www.defense.gov/News/Article/Article/1254719/project-maven-to-deploy-computer-algorithms-to-war-zone-by-years-end/>> accessed 18 January 2018.

стю виправдала тридцятирічне фінансування Міністерством оборони досліджень у галузі штучного інтелекту⁸.

Продовжує активно фінансуватися розробка дронів, які замінять вимираючих бджіл⁹ і можуть бути використані не тільки у сільському господарстві, а й з іншою (військовою, цивільною) метою.

Нові потокові котування цінних паперів спеціально формують під інтелектуальні автоматизовані системи. Завдяки алгоритмічному високочастотному трейдингу, на який припадає значна частка фондового ринку США, існує можливість отримувати прибутки на незначних коливаннях цін у межах декількох мілісекунд. Крім того, окремі спостерігачі з Уолл-стріт висловлюють припущення про те, що зазначені алгоритми сигналізують один одному та поширюють між собою інформацію за допомогою цих самих мілісекундних угод поза контролем з боку людини¹⁰, а відповідальність за так званий миттєвий обвал фондових індексів 6 травня 2010 р. покладено саме на алгоритмічну торгівлю¹¹.

До загальної концепції штучного інтелекту також необхідно віднести Інтернет речей (англ. *Internet of Things, IoT*), що являє собою систему взаємодії всіх “розумних” приладів і технологій між собою та (або) із зовнішнім середовищем без участі людини (смартфон, комп'ютер, системи охорони та життєзабезпечення окремого будинку чи мегаполіса, хмарні структури, робочі місця тощо).

За штучним інтелектом визнають більшість важливих властивостей (когнітивних функцій) людини, зокрема: 1) сприйняття інформації, пам'ять без прогалин, обмін, аналіз, зіставлення, оцінювання певних даних; 2) узагальнення і найбільш оптимальне використання інформації для вирішення завдань або прийняття рішень; 3) розпізнавання об'єктів та їх класифікація, сприйняття всіх без винятку сигналів оточуючого світу (наприклад, людина як біологічна істота сприймає своїм органом зору приблизно 2% повного електромагнітного діапазону¹²); 4) об'єктивна оцінка ситуації; 5) вибір стратегії і тактики конкретної поведінки, планування; 6) генерування нових знань; 7) повна

⁸ Sara Reese Hedberg, 'Dart: Revolutionizing Logistics Planning' (2002) 17 (3) IEEE Intelligent Systems 81 <<http://ieeexplore.ieee.org/document/1005635>> accessed 19 January 2018.

⁹ Svetlana A Chechetka, 'Materially Engineered Artificial Pollinators' (2017) 2(2) Chem 224 <[http://www.cell.com/chem/fulltext/S2451-9294\(17\)30032-3](http://www.cell.com/chem/fulltext/S2451-9294(17)30032-3)> accessed 19 January 2018.

¹⁰ Джеймс Баррат, *Последнее изобретение человечества: искусственный интеллект и конец эры Homo sapiens* (Альпина нон-фикшн 2015) 10.

¹¹ 'Findings Regarding the Market Events of May 6, 2010 Report of the Staffs of the CFTC and SEC to the Joint Advisory Committee on Emerging Regulatory Issues' (*U.S. Securities & Exchange Commission* <<https://www.sec.gov/news/studies/2010/marketevents-report.pdf>> accessed 19 January 2018.

¹² Георгий Козулько, 'Иллюзия восприятия: ограниченность зрения, слуха и других органов чувств человека' (*LiveJournal*, 23 Июль 2012) <<http://bp21.livejournal.com/103392.html>> дата звернення 19 Січень 2018.

обізнаність у принципах своєї побудови і роботи; 8) самонавчання; 9) саморозвиток, самоперебудова, самовдосконалення (перша версія утворює вдосконалену версію самої себе і так переписує програму до нескінченності); 10) надвисока швидкість прийняття рішень (секунди та мілісекунди); 11) обробка значних обсягів інформації та оперативне їх використання; 12) концентрація уваги; 13) побудова ціннісних суджень; 14) самостійність прийняття рішень та їх безпосереднє виконання; 15) наявність самоорганізації.

Якщо штучний інтелект самостійно (без участі людини) створить нову програму (суперштучний інтелект або інший об'єкт робототехніки), результати його діяльності можуть бути навіть незрозумілими для людини. Так, алгоритми, розроблені професором Стенфордського університету, піонером у використанні генетичного програмування для оптимізації складних проблем, творцем скретч-карти Д. Коза (*J. R. Koza*), десятки разів самостійно повторно відтворювали винаходи, які були раніше запатентовані, а інколи пропонували зайві компоненти, з якими пристрої працювали краще, ніж запропоновані винахідниками-людьми.

Здатність до самонавчання, самовдосконалення та саморозвитку є стрижнем всієї архітектури штучного інтелекту.

Саме з цього витікає одна з правових проблем, на яку було звернено увагу в Резолюції: у перспективі можливості штучного інтелекту можуть, врешті-решт, перевершити інтелектуальні здібності людини (п. "Р" Вступу); роботи дедалі стають більш подібними до агентів, які можуть взаємодіяти зі своїм середовищем і вносити в нього значні зміни; постає питання про правову відповідальність за шкоду, спричинену діями робота (п. "Z" Розд. "Відповідальність"); автономність робота можливо визначити як його здатність приймати рішення та реалізовувати їх самостійно, поза зовнішнім контролем і впливом (п. "AA" Розд. "Відповідальність"); чим вищий ступінь автономності робота, тим меншою мірою його можна розцінювати як простий інструмент у руках третіх осіб – виробника, оператора, володільця, користувача тощо; це порушує питання про те, чи є достатніми звичайні правила правової відповідальності <...> необхідно розробити нові принципи та правила, що надавали б прозорості правовій відповідальності третіх осіб за дії чи бездіяльність роботів, які не дають змоги встановити причинно-наслідкові зв'язки з поведінкою конкретної людини (п. "AB" Розд. "Відповідальність"); стандартні правила настання відповідальності не є достатніми у разі, коли шкоду було нанесено внаслідок прийняття рішень, які робот прийняв самостійно; у цих випадках не буде можливо визначити

сторону, яка має сплачувати компенсацію та відшкодовувати спричинену шкоду (п. “АГ” Розд. “Відповідальність”)¹³ тощо.

Якщо чинна версія штучного інтелекту суттєво відрізнятиметься від тієї, що свого часу вийшла від розробника або виробника (які обов'язково попередять майбутнього користувача про вказану обставину, адже це у їх власних інтересах), складно буде на моральному рівні й у правовій площині покласти відповідальність на такого розробника (виробника) через відсутність фактичної її підстави – суспільно небезпечної поведінки з боку зазначених осіб.

Крім того, притягнення розробника (виробника) до юридичної відповідальності будь-якого виду в ситуації саморозвитку та самовдосконалення його виробу (повна чи суттєва зміна його характеристик і властивостей) буде грубим порушенням принципу правової держави і принципу правової визначеності, ознаки яких розкрито в рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Багінського Артема Олександровича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) в контексті вимог до спеціальних технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису чи засобів фото- і кінозйомки, відеозапису, дані яких можуть використовуватися як доказ вини власників (співвласників) транспортних засобів¹⁴.

Інший учасник розглядуваних правовідносин – користувач об'єкта робототехніки під керуванням штучного інтелекту – може бути навіть не обізнаним у певних правилах поведінки. Так, наступні покоління пасажирів – власників безпілотних транспортних засобів, можуть просто не знати правил дорожнього руху та (або) не мати хоча б мінімальних навичок керування чи бути суттєво менш ефективними у здійсненні певної діяльності (приміром, жоден лікар не зможе конкурувати з роботом-хірургом, жоден водій не зможе конкурувати у виваженості та швидкості реакції зі штучним інтелектом) тощо.

Дії штучного інтелекту вже сьогодні розглядають як більш законослухняні та передбачувані порівняно з поведінкою звичайної людини: за повідомленням видання *The Guardian*, в Лондоні перші автомобілі *Volvo*

¹³ ‘Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))’ (n 1).

¹⁴ Рішення Конституційного Суду України від 22 грудня 2010 р. № 1-34/2010 у справі № 23-рп/2010 за конституційним зверненням громадянина Багінського Артема Олександровича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-10> (дата звернення: 19.01.2018).

з автопілотом з'являться на дорогах без будь-яких відмітних знаків, що має на меті запобігти можливій зміні поведінки інших учасників дорожньо-транспортного руху. Адже значна кількість опитаних респондентів заявили, що схильні розглядати безпілотні авто як більш простий об'єкт для взаємодії, ніж ті транспортні засоби, якими керує людина, оскільки вони так чи інакше будуть завжди й неухильно дотримуватись усіх вимог правил безпеки руху, що може спонукати водіїв – фізичних осіб до певних зловживань.

Якщо під час здійснення певної діяльності прийняття остаточного рішення стане прерогативою штучного інтелекту, а не людини, так само будуть відсутні фактичні підстави для притягнення користувача об'єкта робототехніки під керуванням штучного інтелекту до кримінальної чи іншого виду юридичної відповідальності.

Ситуація з відсутністю особи, на яку може бути покладено відповідальність, створює певний виклик сучасній правовій доктрині. Розв'язання цієї проблеми вбачається у наданні штучному інтелекту статусу суб'єкта правовідносин, зокрема й у галузі кримінального права.

Наділення штучного інтелекту статусом “електронна особа (особистість)” як суб'єкта правовідносин, ймовірно, після першого здивування не повинне викликати несприйняття у сфері кримінально-правових, цивільно-правових та інших відносин, адже усталеним є визнання їх суб'єктом особи юридичної, яка насправді являє собою таке саме віртуальне утворення. Донедавна вважалося, що юридична особа діє не самостійно, а через своїх представників, які, врешті-решт, і мають нести кримінальну відповідальність за власні суспільно небезпечні дії (бездіяльність) та їх наслідки. Проте із внесенням окремих змін до КК України було дещо зміщено традиційні акценти та нормативно закріплено можливість застосування не тільки покарання до конкретних фізичних осіб, а й заходів кримінально-правового характеру до самої юридичної особи (штраф, загальна конфіскація майна, ліквідація) на підставі положень статей 96-3, 96-4, 96-6 Розд. XIV-1 “Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб” КК України внаслідок вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах певної юридичної особи будь-якого зі злочинів, передбачених у статтях 209 і 306, частинах 1, 2 ст. 368-3, частинах 1, 2 ст. 368-4, статтях 369, 369-2 КК України, чи незабезпечення виконання покладених на її уповноважену особу законом або установчими документами юридичної особи обов'язків щодо вжиття заходів із запобігання корупції, що призвело до вчинення будь-якого зі злочинів, передбачених у статтях 209, 306, частинах 1, 2 ст. 368-3, частинах 1, 2 ст. 368-4, статтях 369, 369-2 КК України, чи у випадку

вчинення її уповноваженою особою від імені юридичної особи будь-якого зі злочинів, передбачених у статтях 258–258-5 КК України, або вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого зі злочинів, передбачених у статтях 109, 110, 113, 146, 147, частинах 2–4 ст. 159-1, статтях 160, 260, 262, 436, 437, 438, 442, 444, 447 КК України¹⁵.

Таким чином, доволі прогнозованою вбачається поява у КК України розділу за номером XIV-2 та умовною назвою “Заходи кримінально-правового характеру щодо електронних осіб (особистостей)”, якщо останніх не буде визнано суб'єктом злочину з усіма наступними правовими наслідками такої системної зміни.

Питання про можливість визнання штучного інтелекту (“електронної особи або особистості”) суб'єктом злочину є ще більш провокаційним.

Утім, штучний інтелект, як і людина, може мати здатність усвідомлювати фактичну сторону того, що відбувається, суспільну небезпечність свого діяння, яке реалізується в інформаційному просторі або завдяки роботизованим консолям, пристроям чи механізмам в оточуючому матеріальному середовищі (тобто оцінювати за шкалою “добре – нейтральне – погане”), та, без сумніву, матиме можливість за конкретних умов здійснювати певний вибір між тими чи іншими варіантами поведінки, а також здатність керувати своїми діями або бездіяльністю (адже сьогодні це – одна з головних умов проведення штучним інтелектом хірургічних операцій, допуску його до керування безпілотними транспортними засобами тощо).

Однак указані ознаки та властивості фактично є тим, що на рівні свідомості характеризує фізичну особу як суб'єкта злочину в інтелектуальній і вольовій сферах (при цьому варто зауважити, що вік, будучи ще однією обов'язковою ознакою суб'єкта злочину, перебуває у тісному зв'язку з осудністю і має значення тільки для фізичної особи, яка до 16 років, а в окремих випадках – до 14 років, виховувалася у суспільстві й за будь-яких умов уже ознайомила з його внутрішніми законами, традиціями, правилами співжиття та вимогами до суспільно значущої поведінки), що може слугувати підставою для визнання штучної форми інтелекту та (або) штучної високоорганізованої форми життя (органічної чи неорганічної) не тільки суб'єктом кримінально-правових відносин, а й суб'єктом злочину.

Ознаками штучного інтелекту як суб'єкта злочину *de lege ferenda* можуть бути: 1) електронна особа (особистість); 2) осудність, тобто

¹⁵ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 19.01.2018).

здатність у момент вчинення злочину усвідомлювати свої дії (або бездіяльність) і керувати ними. Ознака віку, як уже зазначалося, пов'язана з осудністю, тому для штучного інтелекту вбачається зайвою.

Наявність інтелекту та особистості не тільки у людини, а й у іншої істоти, визнана на державному рівні в одній із країн сучасного світу: в Індії статус “особистість, яка не відноситься до людського роду” нормативно закріплено за одним із представників загону водних ссавців – дельфінами, водночас заборонено проведення заходів за участю дельфінів у дельфінаріях, акваріумах, океанаріумах. У відповідному рішенні наголошено, що дельфіни є високоінтелектуальними істотами з високо розвинутою соціальною організацією, їм властиві людиноподібне самоусвідомлення та залучення до складної системи комунікацій, у зв'язку з чим вони повинні мати власні особливі права¹⁶. До речі, у Давньому Римі або США колоніальних часів людину-раба також не розглядали як суб'єкта правовідносин чи злочину, вона мала лише статус знаряддя (біологічного засобу праці) без власних прав і свобод (останні прояви расової сегрегації в США мали місце у 1950–1960 рр.).

Однак такі тектонічні зрушення у правовій доктрині мають відбуватися не поспіхом, вони можуть бути доцільними й обґрунтованими лише за умови виваженого аналізу пропозицій щодо повного переоблення всієї системи, їх узгодження на рівні галузевих і міжгалузевих зв'язків.

Ще одна проблема полягає у пошуках правильної правової оцінки (а в системі координат кримінального права – криміналізації) симбіозу штучного інтелекту та людини як біологічної істоти, коли остання в результаті використання відповідних імплантатів на базі революційних технологій покращує свої когнітивні здібності та фізичні якості (йдеться, зокрема, про пам'ять, пришвидшену розумову діяльність, спритність, силу, швидкість реакції).

Так, Агенція з перспективних оборонних науково-дослідницьких розробок США (*Defense Advanced Research Projects Agency in the United States, DARPA*) упродовж багатьох років розробляє солдата, який за допомогою високотехнологічних засобів отримує посилені розумові та фізичні здібності¹⁷.

У Резолюції цю стурбованість викладено таким чином (Розд. “Відновлення та вдосконалення організму людини”):

¹⁶ ‘Индия признала дельфинов личностями и запретила дельфинарии’ (*Econet*) <<http://econet.ru/articles/78180-indiya-priznala-delfinov-lichnostyami-i-zapretila-delfinariii>> дата звернення 19 Січень 2018.

¹⁷ Douglas Ernst, ‘Real-life Jason Bourne: SEALs test ‘cognitive enhancement’ (The Washington Times, 3 April 2017) <<https://www.washingtontimes.com/news/2017/apr/3/navy-seals-elite-units-testing-cognitive-enhanceme/>> accessed 19 January 2018.

Медичні роботи та кіберфізичні системи здатні змінити наше уявлення про здоровий організм людини: вони можуть постійно знаходитися на тілі або бути імплантовані в організм (п. 36); високими є ризики, пов'язані з кіберфізичними системами, імплантованими в організм людини; вони зазнають шкідливого впливу, їх можна вимкнути, всі дані про них можливо знищити (п. 39)¹⁸.

Окреслена проблема має два аспекти: 1) захист прав потерпілого, спорядженого імплантатами; 2) протидія злочинній діяльності осіб, які можуть бути більш суспільно небезпечними через використання зазначених імплантатів на базі сучасних технологій.

Висновки. У найближчому майбутньому доволі реальною вбачається можливість створення штучного інтелекту, що дорівнює інтелекту людини чи перевищує його. Це викликає необхідність певного переосмислення змісту й ознак поняття суб'єкта кримінально-правових відносин і суб'єкта злочину.

Наділення штучного інтелекту статусом “електронна особа (особистість)” як суб'єкта правовідносин не повинне зустріти несприйняття у сфері правової доктрини та на законодавчому рівні, так само, як це стабілізувалося щодо місця юридичних осіб у зазначених суспільних відносинах. Тому доволі прогнозованою вбачається поява в КК України розділу за номером XIV-2 та умовною назвою “Заходи кримінально-правового характеру щодо електронних осіб (особистостей)”. Ознаками штучного інтелекту як суб'єкта злочину *de lege ferenda* можуть бути: 1) електронна особа (особистість); 2) осудність, тобто здатність у момент вчинення злочину усвідомлювати свої дії (або бездіяльність) і керувати ними. Однак такі зрушення у правовій доктрині можуть бути доцільними й обґрунтованими лише за умови виваженого аналізу пропозицій, повного перероблення всієї системи, узгодження на рівні галузевих і міжгалузевих зв'язків та у нерозривній єдності з основоположними конституційними принципами і міжнародними зобов'язаннями України. Важливим також є завдання захисту прав потерпілого, який використовує імплантати на базі штучного інтелекту, з одного боку, та протидія злочинній діяльності осіб, які можуть використати зазначені імплантати у суспільно небезпечний спосіб або з антисуспільною метою, – з другого. Розглянуті питання та надана їм авторська оцінка є дискусійними і відкритими для широкого обговорення.

¹⁸ ‘Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))’ (n 1).

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Kryminalnyi kodeks Ukrainy [Criminal Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 5 kvitnia 2001 r. № 2341-III. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (accessed: 19.01.2018) (in Ukrainian).

Cases

2. Rishennia Konstytutsiinoho Cudu Ukrainy vid 22 hrudnia 2010 r. № 1-34/2010 u spravi № 23-rp/2010 za konstytutsiinym zvernenniam hromadianyna Bahinskoho Artema Oleksandrovycha shchodo ofitsiinoho tlumachennia polozhen chastyny pershoi statti 14-1 Kodeksu Ukrainy pro administratyvni pravoporushennia (sprava pro administratyvnu vidpovidalnist u sferi zabezpechennia bezpeky dorozhnoho rukhu) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Petition of Citizen Baginskyi Artem Oleksandrovyh Concerning Official Interpretation of Provisions of Part One, Article 14-1 of the Ukrainian Code of Administrative Offences (Case on Administrative Liability Relating to Road Traffic Safety)]. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-10> (accessed: 19.01.2018) (in Ukrainian).

Authored books

3. Barrat Dzh, *Poslednee izobretienie chelovechestva iskusstvennyj intellekt i konec jery Homo sapiens* [Our Final Invention Artificial Intelligence and the End of the Human Era] (Al'pina non-fikshn 2015) (in Russian).

Articles

4. Chechetka S A, 'Materially Engineered Artificial Pollinators' (2017) 2(2) Chem 224 <[http://www.cell.com/chem/fulltext/S2451-9294\(17\)30032-3](http://www.cell.com/chem/fulltext/S2451-9294(17)30032-3)> accessed 19 January 2018 (in English).
5. Hedberg S R, 'Dart Revolutionizing Logistics Planning' (2002) 17 (3) IEEE Intelligent Systems 81 <<http://ieeexplore.ieee.org/document/1005635>> accessed 19 January 2018 (in English).
6. Oleksandr Radutnyi, 'Shtuchnyi intelekt yak subiekt zlochynu' ['Artificial Intelligence as the Subject of a Crime'] (2017) 4 Informatsiia i pravo 106 (in Ukrainian).

Websites

7. Allen G C, 'Project Maven brings AI to the fight against ISIS' (*Bulletin of the Atomic Scientists*, 21 December 2017) <<https://thebulletin.org/project-maven-brings-ai-fight-against-isis11374>> accessed 18 January 2018 (in English).
8. Ernst D, 'Real-life Jason Bourne: SEALs test 'cognitive enhancement'' (*The Washington Times*, 3 April 2017) <<https://www.washingtontimes.com/news/2017/apr/3/navy-seals-elite-units-testing-cognitive-enhanceme/>> accessed 19 January 2018 (in English).
9. Executive Summary of World Robotics 2011 Industrial Robots & World Robotics 2011 Service Robots (*SlideShare*, 3 December 2011) <<https://www.slideshare.net/alanek/world-robotics-2011-executive-summary>> accessed 25 December 2017 (in English).
10. Fenner R, 'Alibaba's AI Outguns Humans in Reading Test' (*Bloomberg Technology*, 15 January 2018) <<https://www.bloomberg.com/technology>> accessed 17 January 2018 (in English).

11. 'Findings Regarding the Market Events of May 6, 2010 Report of the Staffs of the CFTC and SEC to the Joint Advisory Committee on Emerging Regulatory Issues' (U.S. Securities & Exchange Commission <<https://www.sec.gov/news/studies/2010/marketevents-report.pdf>> accessed 19 January 2018 (in English).
12. 'How soon will computers replace The Economist's writers?' (*The Economist*, 19 December 2017) <<https://www.economist.com/news/science-and-technology/21732805-weve-got-few-years-left-least-how-soon-will-computers-replace-economists>> accessed 21 January 2018 (in English).
13. 'Indija priznala del'finov lichnostjami i zapretila del'finarii' [India Recognized that Dolphins are Persons and Prohibited Dolphinariums] (*Econet*) <<http://econet.ru/articles/78180-indiya-priznala-delfinov-lichnostyami-i-zapretila-delfinariii>> accessed 19 January 2018 (in Russian).
14. Knapton S, 'Artificially intelligent 'judge' developed which can predict court verdicts with 79 per cent accuracy' (*The Telegraph*, 24 October 2016) <<http://www.telegraph.co.uk/science/2016/10/23/artificially-intelligent-judge-developed-which-can-predict-court/>> accessed 15 December 2017 (in English).
15. Pellerin C, 'Project Maven to Deploy Computer Algorithms to War Zone by Year's End' (U.S. Department of Defense) <<https://www.defense.gov/News/Article/Article/1254719/project-maven-to-deploy-computer-algorithms-to-war-zone-by-years-end/>> accessed 18 January 2018 (in English).
16. 'Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))' (*European Parliament*, 16 February 2017) <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>> accessed 15 December 2017 (in English).

Blogs

17. Kozul'ko G, 'Illjuzija vosprijatija: ogranichenost' zrenija, sluha i drugih organov chuvstv cheloveka' ['Illusory Perception: Impaired Vision, Hearing and other Impaired Functions of Human Sensory Organs'] (*LiveJournal*, 23 Ijul' 2012) <<http://bp21.livejournal.com/103392.html>> accessed 19 January 2018 (in Russian).

Oleksandr Radutnyi

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS A SUBJECT IN CRIMINAL LAW

ABSTRACT. Given that it is quite possible that in the near future artificial intelligence equal to or exceeding human intelligence may be created, there are all the grounds to recognize the "e-person (personality)" as the subject of relations under criminal law and the subject (perpetrator) of a crime.

The purpose of this article is to study the characteristics of artificial intelligence in the context of criminal law and the relevant doctrine, this being a promising task for this branch with a potential to facilitate the establishment and development of systemic relations with other related areas as a timely response to the need of preventing socially dangerous challenges of the present day and the future.

The status "e-person (personality)" given to artificial intelligence as the subject of legal relations should not encounter any resistance from the perspective of legal doctrine and at the legislative level, in the same manner as this issue has been stabilized with regard to

Олександр Радутний

legal entities. Therefore, it is quite predictable that in the Ukrainian Criminal Code the section No. XIV-2 has been introduced under the provisional title “Measures at criminal law in respect of electronic persons (personalities)”. The features of artificial intelligence as the subject of a crime de lege ferenda may be as follows: 1) e-person (personality); 2) the ability to understand own actions (or omissions) and control them at the time of committing a crime.

At the same time, it may be appropriate and justified to recognize artificial intelligence as the subject of relations under criminal law and the subject (perpetrator) of a crime only subject to a thorough analysis of proposals for a complete readjustment of the entire system, and subject to their harmonization at the level of branch and inter-branch relations, in the inseparable unity with the fundamental constitutional principles and international commitments of Ukraine.

Besides, an important aspect is the task of protecting the rights of a victim who uses artificial intelligence- based implants, and combating criminal activities of individuals who may be more socially dangerous due to the use of similar implants based on up-to-date technologies.

KEYWORDS: artificial intelligence; subject of relations under criminal law; subject (perpetrator) of a crime; e-person (personality); implant; object of robotics; measures under criminal law in respect of electronic persons; European Parliament Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics.



Олена Жилінкова

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри медіа-комунікацій
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна
(м. Харків, Україна)
ozhylinkova@karazin.ua

УДК 347.4(477):347.77/.78:004

ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЩОДО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У СФЕРІ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ

АНОТАЦІЯ. Результати інтелектуальної діяльності є найціннішою частиною капіталу суб'єктів інноваційних відносин, договори щодо розпорядження правами інтелектуальної власності відіграють особливу роль на практиці. Це зумовлює необхідність наукового дослідження договорів у сфері ІТ із фокусуванням на об'єктах права інтелектуальної власності.

Мета статті полягає у: проведенні теоретичного аналізу договорів щодо розпорядження правами інтелектуальної власності у сфері ІТ; розгляді двох груп договорів, за допомогою яких здійснюється регулювання відносин у сфері ІТ, до першої з них належать договори про створення та використання комп'ютерних програм, до другої – договори, пов'язані з нерозголошенням комерційної таємниці як різновиду конфіденційної інформації.

На відповідних прикладах із законодавства та практики США показано необхідність впровадження у законодавство України основних правових тенденцій і традицій в економічно розвинутих країнах. Проаналізовано внутрішнє законодавство України та міжнародні нормативно-правові акти, за допомогою яких здійснюється регулювання договірних відносин у сфері ІТ.

Автор доходить висновку про необхідність визнання адаптації законодавства та практики України до встановлених в економічно розвинутих державах традицій договірної регулювання відносин у вказаній сфері шляхом: спрощення договірних механізмів, що застосовуються в процесі документальної фіксації змісту правовідносин; ґрунтовного вивчення комерційної таємниці, умов захисту та договірне використання якої є вирішальним фактором економічного розвитку в сфері ІТ.

Ключові слова: право інтелектуальної власності; договори; розпорядження правами інтелектуальної власності; інформаційні технології; комп'ютерні програми; комерційна таємниця.

Зважаючи на те, що результати інтелектуальної діяльності є найціннішою частиною капіталу суб'єктів інноваційних відносин, договори щодо

© Олена Жилінкова, 2018

розпоряджання правами інтелектуальної власності відіграють особливу роль на практиці. Це обумовлює необхідність наукового дослідження договорів у сфері інформаційних технологій (далі – ІТ) із фокусуванням на об'єктах права інтелектуальної власності.

Мета дослідження полягає у: проведенні теоретичного аналізу договорів щодо розпоряджання правами інтелектуальної власності у сфері ІТ; розгляді двох груп договорів, за допомогою яких здійснюється регулювання відносин у сфері ІТ, до першої з них належать договори про створення та використання комп'ютерних програм, до другої – договори, пов'язані з нерозголошенням комерційної таємниці як різновиду конфіденційної інформації.

У представленій роботі досліджено судову практику й роботи таких, зокрема, науковців, як: Г. Андрощук, Е. Бенсен, П. Голдштейн, Ш. Гош, Ю. Капіца, Р. Мілгрім, Ю. Носік, М. Трімбл.

У сфері ІТ договори щодо створення об'єктів права інтелектуальної власності та розпоряджання правами на них можна умовно розподілити на дві основні групи залежно від характеру результату інтелектуальної діяльності:

- 1) договори про створення та використання комп'ютерних програм;
- 2) договори про нерозголошення комерційної таємниці як різновиду конфіденційної інформації.

Договори про створення та використання комп'ютерних програм. На сьогоднішньому етапі розвитку індустрії ІТ в Україні договори з першої групи опосередковують здебільшого досить простий набір правовідносин. Тобто українські компанії, які створюють комп'ютерні програми на замовлення клієнтів, майже автоматично (за відповідним договором) передають усі права інтелектуальної власності на створений результат замовникові та не претендують у подальшому на жодну з додаткових виplat.

Комп'ютерні програми зазвичай розглядаються в договорах як літературні твори, що насамперед відповідає приписам Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (ст. 1)¹, а також у Директиві Ради Європейського співтовариства про правову охорону комп'ютерних програм (91/250/ЄЕС)². У літературі зазначено:

¹ Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів (Паризький акт від 24 липня 1971 р., змінений 2 жовтня 1979 р.). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_051 (дата звернення: 25.11.2017).

² Директива Ради Європейського співтовариства про правову охорону комп'ютерних програм (91/250/ЄЕС) від 14 травня 1991 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_065 (дата звернення: 25.11.2017).

...за Директивою авторське право на комп'ютерну програму належить її автору. Автор розглядається як фізична особа або група осіб, які створили програму. В останньому випадку виключні права на програму належать зазначеним особам спільно. Директива не містить норм щодо майнових прав на програму, створену на замовлення. За відсутності спеціальних норм національного законодавства такі права мають належати автору. Питання майнових прав на програми можуть бути врегульовані зобов'язальним правом держав-членів³.

Встановлені у вказаній Директиві правила цілком безконфліктно співвідносяться із законодавством України. Зокрема, це стосується загального правила про те, що будь-який творчий продукт створюється зусиллями фізичних осіб. Однією з основних ознак авторського договору замовлення є саме особисте створення твору автором. Згідно із ч. 1 ст. 1112 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) відповідно до договору про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності обов'язок створення об'єкта покладено на творця (наприклад, письменника, художника)⁴. Виходячи зі змісту ст. 421 ЦК України⁵, творець є первісним суб'єктом права інтелектуальної власності, тобто фізичною особою. Також згідно з ч. 6 ст. 33 Закону України “Про авторське право і суміжні права” (далі – Закон) за авторським договором замовлення *автор* зобов'язується створити твір і передати його замовникові⁶. Як бачимо, знову йдеться про первісного суб'єкта авторського права, яким визнається лише фізична особа.

На практиці зазвичай замовлення на створення комп'ютерних програм приймають або фізичні особи, які є суб'єктами господарської діяльності, або організації, що спеціалізуються на програмуванні, тестуванні, веб-дизайні. В першому випадку проблеми не виникає. В другому випадку, по суті, проблеми також немає, хоча відносини між замовником і фактичним виконавцем зазвичай опосередковуються більш складною договірною структурою. Якщо автори комп'ютерних програм перебувають в офіційних трудових відносинах, необхідно укладати два договори: перший – між автором об'єкта авторського права та компанією-наймачем; другий – між компанією і кінцевим замовником.

Особливості порядку створення та використання службових об'єктів передбачено спеціальними нормами цивільного законодавства: ст. 429 ЦК України й відповідними законами (зокрема, ст. 16 Закону). Однак зі

³ Ю Капіца та С Ступак та О Жувака, *Авторське право і суміжні права в Європі* (Логос 2012) 141.

⁴ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.

⁵ Там само.

⁶ Про авторське право та суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (дата звернення: 26.11.2017).

змісту цих статей постає багато запитань як на практиці, так і в теорії авторського права. Вказане зумовлено тим, що зміст ст. 16 Закону суперечить змісту ст. 429 ЦК України (в частині визначення суб'єкта, якому належать майнові й особисті немайнові авторські права). Щодо цього питання свого часу висловився Верховний Суд України в п. 24 постанови Пленуму “Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав”⁷.

Зважаючи на такий порядок, практики звертають увагу на необхідність внесення змін до законодавства:

Це положення змушує багатьох розробників софту підписувати чимало договорів, фіксувати технічні завдання, факти створення програм. У зв'язку з тим, що в розробці може бути задіяно багато авторів, роботодавець або витрачатиме багато часу на оформлення документів, або наражатиме компанію на ризик можливих звинувачень у порушенні майнових прав⁸.

Варто зауважити, що у більшості економічно розвинутих зарубіжних країн права на службові твори автоматично переходять до компаній, на які працюють безпосередні автори комп'ютерних програм. І хоча наявні наразі правила, закріплені в ч. 2 ст. 429 ЦК України, не позбавлені сенсу, можна погодитись із тим, що для практики в сфері ІТ корисним буде спрощення процедури відчуження прав на такі об'єкти, як комп'ютерні програми від авторів-працівників до роботодавців.

У контексті наведеного цілком доцільним убачається внесення змін до ст. 16 Закону, запропонованих у законопроекті “Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав”⁹ (далі – законопроект). Згідно із законопроектом ст. 16 Закону пропонується доповнити ч. 5 такого змісту: ‘майнові права на комп'ютерну програму, базу даних, створені у зв'язку з виконанням трудового договору, належать роботодавцю, якщо інше не встановлено трудовим договором’¹⁰.

⁷ Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав: постанова Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 р. № 5. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10> (дата звернення: 26.11.2017).

⁸ Мария Ортынская, ‘Как урегулировать отношения авторов с государством и подтолкнуть развитие IT-индустрии’ *Закон и Бизнес* (Киев, 21 Октябрь 2017) <http://zib.com.ua/ru/130523-kak_uregulirovat_otnosheniya_avtorov_i_podtolknut_razvitiye_i.html#> дата звернення 26 Листопад 2017.

⁹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав: проект Закону України від 26 вересня 2017 р. URL: <http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=732fbde6-d449-4e6a-88e8-4d817e4bc241&title=ProektZakonuUkrainiproVnesenniaZminDoDeiakikhZakonodavchikhAktivSchodoVregulivanniaPitanAvtorskogoPravaISumizhnikhPrav> (дата звернення: 27.11.2017).

¹⁰ Там само.

У відносинах із замовниками компаніям в сфері ІТ і авторам комп'ютерних програм необхідно також пам'ятати про особливості зарубіжного законодавства та договірної практики. Йдеться, зокрема, про уявні ліцензії (*implied license*) – відсутній в Україні механізм встановлення факту надання дозволу на використання об'єктів права інтелектуальної власності або відсутності такого дозволу. Цьому питанню присвячено окрему увагу в літературі¹¹. Так, цікавим прикладом уявної ліцензії можна назвати справу *Attig v. DRG, Inc.* (2005). Відповідно до рішення окружного суду штату Пенсильванія (Сполучені Штати Америки, далі – США) колишні клієнти веб-розробника пана Аттіга мали уявну, невиключну ліцензію на копіювання та перенесення на інші сервери двох веб-сайтів, створених і розміщених розробником на замовлення. Як пояснює Е. Браун, 'суд дійшов висновку про те, що невиключна ліцензія виникла тоді, коли творець об'єкта на вимогу відповідача передав його, маючи на думці, що відповідач буде копіювати та розповсюджувати його'¹².

Зважаючи на те, що в українському законодавстві не визначено такого механізму, вітчизняні компанії мають зважати на те, що згідно із зарубіжним законодавством можуть застосовуватись правила про уявні ліцензії, навіть якщо в договорі замовлення на створення комп'ютерних програм не передбачено дозвіл на використання об'єктів певними способами.

Договори про нерозголошення комерційної таємниці як різновиду конфіденційної інформації є, мабуть, найбільш важливою частиною документації у відносинах між замовниками та виконавцями у сфері ІТ. До різновидів конфіденційної інформації належить такий об'єкт права інтелектуальної власності, як комерційна таємниця. В американській літературі зазначено, що відносини щодо комерційної таємниці становлять більшу частину права інтелектуальної власності¹³.

Визначення комерційної таємниці міститься у ст. 505 ЦК України. В сфері ІТ договори про нерозголошення комерційної таємниці як різновиду конфіденційної інформації укладаються з метою перекриття прогалів, що залишаються після укладання договорів про розпоряджання правами на комп'ютерні програми й інші об'єкти інтелектуальної власності. Саме ці договори відіграють таку важливу роль на практиці. Значення мають обсяг відповідальності за порушення зобов'язань

¹¹ Олена Жилінкова, *Договірне регулювання відносин щодо інтелектуальної власності в Україні та за кордоном* (Юрінком Інтер 2015) 203-211.

¹² Evan Brown, 'Web developer gave implied copyright license to clients; court awards summary judgment to defendants in infringement action' (*Internetcases*, 5 April 2005) <<http://blog.internetcases.com/2005/04/05/web-developer-gave-implied-copyright-license-to-clients-court-awards-summary-judgment-to-defendants-in-infringement-action/>> accessed 27 November 2017.

¹³ Shubha Ghosh and others, *Intellectual Property: Private Rights, the Public Interest, and the Regulation of Creative Activity* (American Casebook Series) (Thomson/West 2007) 7.

із нерозголошення комерційної таємниці, ті випадки, які вважаються такими порушеннями, та багато інших чинників.

Як зазначено у ст. 39 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (англ. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS*), ‘загалом забезпечення ефективної охорони прав на комерційну таємницю покликане сприяти захисту від недобросовісної конкуренції’¹⁴.

Необхідно зауважити, що на сьогодні в нашій державі чинна постанова Кабінету Міністрів України “Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці”¹⁵. Наведений у цьому документі перелік важливий для проведення державних перевірок і передбачає запобігання приховуванню інформації від державних органів суб’єктами комерційної діяльності. Тобто для ринкових відносин цей перелік може застосовуватись лише як “точка відліку”, а не як керівництво для розуміння сутності порушень прав на комерційну таємницю в аспекті запобігання недобросовісній конкуренції.

Зважаючи на те, що в Україні не сформовано самостійних традицій вирішення конфліктів, пов’язаних із порушенням прав на комерційну таємницю, цікавим убачається аналіз законодавства та практики зарубіжних країн у вказаній сфері. Особливий інтерес становлять США як найбільш впливова країна щодо встановлення стандартів розвитку права інтелектуальної власності.

У США відносини, пов’язані з комерційною таємницею, регулюються за допомогою Уніфікованого закону про комерційну таємницю (1979):

Особа, яка розкриває або використовує комерційну таємницю іншої особи без права робити це, несе відповідальність, якщо: а) вона виявила таємницю неналежним чином; б) розголошення або використання інформації є порушенням довіреної від іншої особи комерційної таємниці; в) особа дізналася про таємницю третьої особи з повідомленням про те, що це таємниця, і що третя особа виявила його неправомірними засобами або що розголошення третьою особою було порушенням зобов’язань щодо іншої особи; г) особа дізналася таємницю з повідомленням про те, що це таємниця, і її розкриття було зроблено нею помилково¹⁶.

¹⁴ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981_018 (дата звернення: 28.11.2017).

¹⁵ Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці: постанова Кабінету Міністрів України від 9 серпня 1993 р. № 611. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/611-93-%D0%BF> (дата звернення: 28.11.2017).

¹⁶ M Roger Milgrim and Eric E Bensen, *Milgrim on Trade Secrets* (Matthew Bender 2011) 24.

Як зазначає Г. Андрощук, у США ‘до комерційної таємниці відносять-ся всі види і форми фінансової, комерційної, наукової, технічної та економічної інформації’¹⁷.

Важливе значення для розуміння сутності розголошення комерційної таємниці має судова практика. Так, Р. Мілгрім та Е. Бенсен визнають важливість зазначених далі справ щодо комерційної таємниці у сфері ІТ¹⁸. Справа *United States v. Aleynikov* стосується недобросовісного використання комерційної таємниці у вигляді торговельної комп’ютерної бази вартістю в півмільярда доларів, що була до цього придбана компанією “Голдман Сакс” (*Goldman Sachs*).

Про важливість здійснення дій, спрямованих на забезпечення правової охорони для комерційної таємниці, наголошено у справі *Fail-Safe LLC v. A.O. Smith Corp.* У свою чергу, в справі *Edifecs Inc. v. TIBCO Software, Inc.* судом винесено рішення щодо можливості визнання порушення права на комерційну таємницю факт поглинання однією ІТ-компанією іншої та “змішування” працівників цих двох компаній, у результаті чого інформацію, що належала одній із компаній, розголошено.

Подальшими перспективними розробками у сфері договірного регулювання відносин щодо об’єктів інтелектуальної власності є упровадження в законодавство України основних тенденцій і традицій договірного регулювання відповідного законодавства в економічно розвинутих країнах.

Зважаючи на викладене, постає необхідність визнання адаптації законодавства та практики України до встановлених в економічно розвинутих державах традицій договірного регулювання відносин у сфері ІТ. Це означає, що має відбутися: по-перше, спрощення договірних механізмів, які застосовуються у процесі документальної фіксації змісту правовідносин (насамперед щодо трудових відносин і договорів замовлення); по-друге, ґрунтовне вивчення та з’ясування сутності комерційної таємниці, умови захисту та договірного використання якої є вирішальним фактором економічного розвитку в сфері ІТ.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Bernska konvencija pro okhoronu literaturnykh i khudozhnykh tvoriv (Paryzkyi akt vid 24 lypnia 1971 r., zminenyi 2 zhovtnia 1979 r.) [Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act of July 24, 1971, amended on 2 October 1979)] URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_051 (accessed: 25.11.2017) (in Ukrainian).

¹⁷ Г. Андрощук, ‘Захист комерційної таємниці в США: протидія економічному шпигунству’ (2013) (9) 1 Наука та інновації 80.

¹⁸ Milgrim and Bensen (n 16) 16-7.

2. Dyrektyva Rady Yevropeiskoho spivtovarystva pro pravovu okhoronu kompiuternykh prohram (91/250/YeES) [Council Directive of the European Community on Legal Protection of Computer Programs] vid 14 travnia 1991 r. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_065 (accessed: 25.11.2017) (in Ukrainian).
3. Pro avtorske pravo ta sumizhni prava [On Copyright and Related Rights]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 23 hrudnia 1993 r. № 3792-XII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (accessed: 23.11.2017) (in Ukrainian).
4. Pro perelik vidomostei, shcho ne stanovliat komertsiinoi taiemnytsi [On the List of Information not Regarded as the Trade Secret]: postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 9 serpnia 1993 r. № 611. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/611-93-%D0%BF> (дата звернення: 28.11.2017) (in Ukrainian).
5. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv shchodo vrehuliuвання pytan avtorskoho prava i sumizhnykh prav [On Amendments to Some Acts of Legislation Concerning the Harmonization of Issues of Copyright and Related Rights]: proekt Zakonu Ukrainy [Draft Law of Ukraine] vid 26 veresnia 2017 r. URL: <http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=732fbde6-d449-4e6a-88e8-4d817e4bc241&title=ProektZakonuUkrainiproVnesenniaZminDoDeiakikhZakonodavchikhAktivSchodoVreguliuванняPitanAvtorskogoPravaIsumizhnykhPrav> (accessed: 27.11.2017) (in Ukrainian).
6. Pro zastosuvannia sudamy norm zakonodavstva u spravakh pro zakhyst avtorskoho prava i sumizhnykh prav [On the Application by Courts of the Legislative Provisions in Cases for the Protection of Copyright and Related Rights]: postanova Plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy [Decree of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine] vid 4 chervnia 2010 r. № 5. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10> (accessed: 26.11.2017) (in Ukrainian).
7. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2003. №№ 40–44. St. 356 (in Ukrainian).
8. Uhoda pro torhovelni aspekty prav intelektualnoi vlasnosti [Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights] vid 15 kvitnia 1994 r. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981_018 (accessed: 28.11.2017) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

9. Ghosh S and others, *Intellectual Property: Private Rights, the Public Interest, and the Regulation of Creative Activity (American Casebook Series)* (Thomson/West 2007) (in English).
10. Milgrim M R and Bensen E E, *Milgrim on Trade Secrets* (Matthew Bender 2011) (in English).
11. Kapitsa Yu ta Stupak S ta Zhuvaka O, *Avtorske pravo i sumizhni prava v Yevropi [Copyright and Related Rights in Europe]* (Lohos 2012) (in Ukrainian).
12. Zhylinkova O, *Dohovirne rehuliuвання vidnosyn shchodo intelektualnoi vlasnosti v Ukraini ta za kordonom [Contractual Regulation of Intellectual Property Relations in Ukraine and Abroad]* (Yurinkom Inter 2015) (in Ukrainian).

Articles

13. Androshchuk H, 'Zakhyst komertsiinoi taiemnytsi v SShA: protydiia ekonomichnomu shpyhunstvu' ['Trade Secret Protection in the United States: Combating Economic Espionage'] (2013) (9) 1 Nauka ta innovatsii 80 (in Ukrainian).

Websites

14. Brown E, 'Web developer gave implied copyright license to clients; court awards summary judgment to defendants in infringement action' (*Internetcases*, 5 April 2005) <<http://blog.internetcases.com/2005/04/05/web-developer-gave-implied-copyright-license-to-clients-court-awards-summary-judgment-to-defendants-in-infringement-action/>> accessed 27 November 2017 (in English).

Newspaper articles

15. Ortynskaja M, 'Kak uregulirovat' otnosheniya avtorov s gosudarstvom i podtolknut' razvitie IT-industrii' ['How to Harmonize the Relations of Authors with the State and to Encourage the Development of IT-Industry'] *Zakon i Biznes* (Kiev, 21 Oktjabr' 2017) <http://zib.com.ua/ru/130523-kak_uregulirovat_otnosheniya_avtorov_i_podtolknut_razvitie_i.html#> accessed 26 November 2017 (in Russian).

Olena Zhylinkova

CONTRACTUAL REGULATION OF RELATIONS ASSOCIATED
WITH INTELLECTUAL PROPERTY
IN THE INFORMATION TECHNOLOGIES SECTOR

ABSTRACT. Deliverables of intellectual efforts are the most valuable part of the capital of innovation relations subjects, and in practice the contracts for disposal of intellectual property rights have a special role to play. This necessitates a scientific research into contracts in the IT sector with a focus on the objects of intellectual property rights.

The goal of the article is to make a theoretical analysis of contracts for disposal of intellectual property rights in the IT-sector; to review the two groups of contracts through which relations in the IT-sector are regulated, the first of them comprising the contracts for making and use of computer programs, and the second one – contracts relating to non-disclosure of a trade secret as a type of confidential information.

Based on relevant USA case law and practical examples, the author demonstrates the need for introducing into Ukrainian legislation the main legal trends and traditions existing in the well-developed countries. The article also analyzes the national laws of Ukraine and international provisions and regulations governing the contractual relations in the IT-sector.

The author arrives at the conclusion that currently there is a need to recognize and adapt the Ukrainian legislation and practice to the traditions of contractual regulation of relations in this area, which have been established in economically well-developed countries, through simplification of contractual mechanisms used in the process of documental recording of the contents of relations; through a thorough study of a trade secret, with its terms of protection and contractual use being a decisive factor of economic development in the IT-sector.

KEYWORDS: intellectual property right; contracts; disposal of intellectual property rights; information technologies; computer programs; trade secret.



Тарас Бачинський

кандидат юридичних наук,
асистент кафедри цивільного права та процесу
Навчально-наукового інституту права та психології
Національного університету "Львівська політехніка",
координатор програми з ІТ-права
Українського католицького університету,
адвокат, керуючий партнер
АО "Бачинський, Коломієць та партнери"
(м. Львів, Україна)
tarasbachynskyy@legalaid.ua

УДК 346.5:346.2:004(477.83-25)

АНАЛІЗ ЮРИДИЧНИХ РИЗИКІВ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ІТ-КОМПАНІЙ У ЛЬВОВІ

АНОТАЦІЯ. Галузь ІТ є одним із ключових секторів вітчизняної економіки, що сьогодні стрімко розвивається. Господарська діяльність підприємств у вказаній сфері пов'язана з низкою юридичних ризиків, які спричиняють негативні наслідки для суб'єкта господарювання. Відтак, виникає об'єктивна необхідність вивчення таких ризиків і шляхів їхньому запобіганню. Беручи до уваги динамічний розвиток суспільних відносин, пов'язаних із веденням бізнесу у сфері ІТ, та щоденну появу нових юридичних механізмів провадження діяльності у цьому секторі, доцільним убачається вивчення юридичних ризиків із наукового погляду.

Мета статті полягає у вивченні ризиків, із якими стикаються суб'єкти господарювання міста Львова у галузі ІТ, та визначенні шляхів уникнення таких ризиків.

За результатами проведеного дослідження автором запропоновано власну дефініцію поняття юридичного ризику у сфері господарювання. Визначено, що основними ризиками, з якими стикаються суб'єкти господарювання, є ризики, пов'язані з контрольно-наглядовою діяльністю державних органів, ризики, що виникають із правовідносин з персоналом, та ризики появи заборгованості за виконанні послуги.

Запобігання будь-якому з ризиків, що виникають під час ведення бізнесу у галузі ІТ, є цілком реальним завдяки таким заходам: 1) постійна роз'яснювальна робота з персоналом; 2) укладення договорів про нерозголошення конфіденційної інформації та про неконкуруєнцію; 3) грамотне складання цивільно-правових договорів із підрядниками.

Ключові слова: ІТ-компанія; господарська діяльність ІТ-компанії; юридичні ризики діяльності ІТ-компанії; ризики, пов'язані з контрольно-наглядовою діяльністю державних органів; ризики, що виникають із правовідносин з персоналом; ризики появи заборгованості за виконанні послуги.

Відповідаючи на запитання про сприятливість умов для бізнесу в Україні, доречно звернутися до рейтингу щодо його ведення, в якому наша країна посіла почесне 76 місце (опинившись між Королівством

Бутан і Киргизькою Республікою) зі 190 країн¹. Ризики є невід’ємною складовою будь-якої підприємницької діяльності.

Ризики господарської діяльності – предмет наукових досліджень у галузях і економіки, і правознавства. Зокрема, проблеми, пов’язані з невизначеністю ринкового середовища, що, відповідно, є передумовою виникнення ризиків, висвітлено у працях В. Вітлінського², В. Лук’янової³, С. Наконечного⁴ й інших учених. Серед вітчизняних правників юридичні ризики господарської діяльності саме ІТ-компаній вивчають О. Яворська, Л. Тарасенко, Х. Тарасенко, О. Джочка, В. Мартин, Ю. Самагальська⁵, Є. Харитонов, О. Харитонова⁶.

Мета дослідження полягає у вивченні ризиків, із якими стикаються суб’єкти господарювання міста Львова у галузі ІТ, та визначенні шляхів уникнення таких ризиків.

Поняття юридичного ризику у вітчизняній науковій літературі вживається у контексті банківського права. Юридичний ризик – це наявний або потенційний ризик для надходжень та капіталу, який виникає через порушення або недотримання банком вимог законів, нормативно-правових актів, угод, ustalenoї практики або етичних норм, а також через можливість двозначного тлумачення встановлених законів чи правил⁷.

У свою чергу, поняття юридичного ризику крізь призму господарської діяльності у сфері ІТ потребує окремої дефініції.

Юридичний ризик – це наявна або потенційна можливість настання негативних наслідків для суб’єкта господарювання, спричинена відсутністю належного регулювання або порушенням договірних та (або) законодавчих норм.

Загалом, порівняно з іншими галузями господарства, компанії, що працюють у сфері ІТ, в Україні мають дещо сприятливіші умови провадження господарської діяльності.

У Верховній Раді України (далі – ВРУ) неодноразово точилися дискусії щодо того, чому ІТ-бізнес, який, як правило, працює в основному на 5% єдиного податку через фізичних осіб – підприємців має отримувати ще якісь додаткові податкові чи інші пільги, у той час, як інший бізнес не отримує й цього. До того ж так склалося, що ІТ-бізнес через суспільний розголос зазвичай користується додатковим захистом від багатьох політиків, публічних осіб (наприклад, мер міста Львова Андрій Садо-

¹ 'Doing Business 2018, Reforming to Create Jobs' (*Doing Business*, 31 October 2017) <<http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2018>> accessed 26 November 2017.

² В Вітлінський, *Аналіз, оцінка і моделювання економічного ризику* (ДЕМІУР 1996).

³ В Лук’янова та Т Головач, *Економічний ризик* ("Академвидав" 2007).

⁴ В Вітлінський та С Наконечний, *Ризики у менеджменті* (ТОВ "Борисфен-М" 1996).

⁵ Олександра Яворська (ред), *ІТ-право* (Видавництво "Левада" 2017).

⁶ Євген Харитонов та Олена Харитонова (ред), *ІТ-право: теорія та практика* (Фенікс 2017).

⁷ К Раевський та Л Конопатська та В Домрачев, *Банківський нагляд* (КНЕУ 2003).

Тарас Бачинський

вий закликав ІТ-компанії, що зазнають тиску в Україні, переїжджати до Львова⁸).

Таке лобі наявне не лише на регіональному, а й на загальнодержавному рівнях: низка ІТ-компаній представлені депутатами у ВРУ. Таким чином, сформувався своєрідний суспільний договір, згідно з яким робота ІТ-спеціалістів у форматі фізичних осіб – підприємців (а не найманих працівників за трудовими договорами) акцептується.

Здавалося б, що для ІТ-компаній найбільші загрози виходять від цього ж *Government*. Однак, маючи досвід роботи у сфері ІТ-права та супроводу ІТ-компаній близько 10 років, доводилося стикатися із різноманітними юридичними проблемами та конфліктами у ІТ-компаніях, які можна умовно поділити на зазначені нижче категорії.

Ризики, що виникають із правовідносин з персоналом. Одним із джерел виникнення проблем у ІТ-компаній є конфлікти з найманими працівниками, які працюють за трудовими договорами, або фізичними особами-підприємцями, залученими на підставі цивільно-правових угод про виконання робіт чи надання послуг. Під час проведення *IT Legal Forum* (захід, який із 2015 р. періодично проводить АО “Бачинський, Коломієць та партнери”) один із учасників розповів, що компанія, у якій він працює, через спеціально створений відділ здійснює постійний моніторинг ставлення персоналу до компанії-роботодавця, позаробочих проблем своїх працівників і всіляко допомагає у їх розв’язанні.

Убачається, що причинами розвитку такої діяльності є, по-перше, бажання роботодавця зберегти за своєю компанією позитивну рекрутингову репутацію, а по-друге, профілактика перетворення співробітника на конкурента та, як наслідок, втрати клієнтів.

На практиці траплялися випадки, коли: розробник забирає у ІТ-компанії ноутбуки в рахунок заробітної плати; колишні працівники використовували готові рішення, розроблені в процесі діяльності компанії, та запускали власні стартапи, водночас отримуючи зарплату в компанії. Доволі поширені випадки переманювання усієї команди розробників напряму замовником від ІТ-компанії, причому наслідком таких дій є не лише шкода у вигляді втрати клієнта, а й часто – збитки, пов’язані з подальшим переманюванням інших працівників, закриття інших проектів, які веде фізична особа – підприємець, моральні переживання засновників. І таких прикладів безліч. З огляду на це постає запитання: “Як цьому зарадити?”.

www.pravo.ua.com.ua

⁸ ‘Садовий закликає українські ІТ-компанії, що зазнають тиску, переїжджати до Львова’ (*ZAXID.NET*, 23 Вересень 2015) <https://zaxid.net/sadoviy_zaklikav_ukrayinski_itkompaniyi_shho_zaznayut_tisku_pereyizhdzhati_do_lvova_n1366676> дата звернення 27 Листопад 2017.

Адміністрації компанії (*Chief Executive Officers, CEO*) та засновникам потрібно вибудовувати такі відносини з персоналом, щоб: по-перше, підтримувати дружню атмосферу в стосунках із працівниками та не допускати конфліктів, адже від цього зазнають втрат обидві сторони; по-друге, якщо конфліктна ситуація уже наявна, необхідно мати юридичні засоби для захисту ІТ-компанії (наприклад, договори про нерозголошення та неконкуренцію – *Non-disclosure agreement (NDA)*, *Non-competition agreement (NCA)*), у яких було б враховано українські реалії та визначено санкції (приміром, штрафи за розголошення конфіденційної інформації)⁹.

До того ж необхідно проводити планомірну роз'яснювальну роботу, адже семінар із попередженням про штрафи може мати кращий результат, аніж договір, який ніхто не читав.

Ризики, пов'язані з контролью-наглядовою діяльністю державних органів. Перевірки правоохоронних та інших контролюючих органів – невід'ємна складова провадження підприємницької діяльності у сфері ІТ. Із практики вбачається, що обшуки органами Служби безпеки України, Державної фіскальної служби України (далі – ДФС України) – достатньо поширене явище, що викликає широкий суспільний резонанс. Наприклад, за 2015–2016 рр. зазначеними органами було здійснено 20 обшуків вітчизняних ІТ-компаній¹⁰.

Згідно із оцінками асоціації “ІТ України” збитки, завдані галузі внаслідок таких дій, становлять від 10 до 20 млн доларів. Водночас доцільно також зазначити, що жодне з кримінальних проваджень, у межах яких відбулися такі обшуки, не було доведено до суду¹¹.

У кожному регіоні наявна своя специфіка. Так, у Львові, на відміну від Києва, випадки проведення обшуків у ІТ-компаніях здійснюються не так часто. Однак незалежно від регіону, в якому провадиться підприємницька діяльність, кіберполіція може перевірити, чи використовує суб'єкт господарювання ліцензійне програмне забезпечення; ДФС України може зацікавитися господарськими договорами, пов'язаними із зоною проведення антитерористичної операції (саме такий випадок мав місце в одного з клієнтів АО “Бачинський, Коломієць та партнери” – негласним приводом для проведення позапланової виїз-

⁹ О Петренко, ‘Секрети успішної угоди про нерозголошення (NDA)’ (*Адвокатське об'єднання “Бачинський, Коломієць та партнери”*) <<https://legalaid.ua/ua/article/sekrety-uspishnoji-uhody-pro-nerozholoshennya-nda/>> дата звернення 27 Листопад 2017.

¹⁰ Николай Топалов, ‘Dragon Capital, YouControl, Lucky Labs... А СБУ все шукає’ (*Економічна правда*, 31 Липень 2017) <<https://www.epravda.com.ua/publications/2017/07/31/627626/>> дата звернення 28 Листопад 2017.

¹¹ Анна Косинська, ‘Обшуки в ІТ-компаніях України: жодна справа не завершилася судовим покаранням’ (*24 канал*, 5 Травень 2016) <https://24tv.ua/obshuki_v_itkompaniyah_ukrayini_zhodna_sprava_ne_zavershilasya_sudovim_pokarannjam_n682896> дата звернення 28 Листопад 2017.

ної податкової перевірки стало те, що контрагентом була компанія, зареєстрована у місті Донецьку).

Звичайно, є багато і реальних правопорушників, які намагаються приховувати свою діяльність за фасадом доброчесної “програмної галерії” (наприклад, геймблінг чи так популярне нині ICO, що більш подібне у багатьох випадках до фінансових пірамід). Військкомат може принести повістки до бізнес-центру і його працівник із радістю передасть усі дані осіб, які мають перепустки в офіс. Податкова міліція, як “кіт Шредінгера”, але тим не менше разом з іншими підрозділами поліції знаходить варіанти, як дістатися до IT-бізнесу.

Новий “тренд” – величезні штрафи за неоформленого найманого працівника. І тут варто зазначити, що уже розпочалося формування вітчизняної судової практики щодо визнання цивільно-правової угоди трудовим договором. Зокрема, суди встановлюють, що критерієм розмежування трудового та цивільно-правового договору є предмет таких угод. Предмет трудового договору – це власне праця працівника в процесі виробництва, а предмет договору цивільно-правового характеру – виконання його стороною певного визначеного обсягу робіт¹².

Заборгованість за виконані послуги. Неоплата клієнтами за виконану роботу не дуже поширена проблема серед львівських IT-компаній. Однак ризики, як правило, виникають тоді, коли контрагент української IT-компанії не є резидентом України. У таких випадках суди, які повноважні розглядати спори, досить часто розташовані за кордоном і, відповідно, потрібно шукати юристів у країні знаходження цього суду, що має наслідком значні витрати. Тому кращого результату можна досягти завдяки перемовинам, а не у процесі судової тяганини. На практиці наявні випадки, коли за допомогою електронної переписки директори (CEO) компаній повертали більше коштів, ніж юристи в закордонних судах.

Наведений перелік юридичних загроз (як реальних, так і потенційних) для IT-компаній не є вичерпним.

У контексті викладеного важливим убачається питання про юридичні механізми мінімізації ризиків для діяльності IT-компаній. Тому доцільними є такі рекомендації щодо цього:

– детально та скрупульозно розроблений контракт між виконавцем / підрядником (фізичною особою – підприємцем) та IT-компанією, у якому має бути передбачено якомога більше можливих негативних сценаріїв;

¹² Рішення Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 7 липня 2017 р. у справі № 607/6566/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67786282> (дата звернення: 29.11.2017).

- укладення *NDA*, що не є формальним шаблоном і містить реальні юридичні санкції, оскільки судова практика надзвичайно нормативізована, суди не так часто керуються загальними ідеями та принципами;
 - юридичне пояснення знаходження фізичних осіб – підприємців у офісі ІТ-компанії. Варіантів щодо цього кілька, хоча часто непоганим із них є відсутність документів на кшталт коворкінгу;
 - фізичні заходи безпеки;
 - юридичне узгодження публічного позиціонування (наприклад, часто ІТ-компанії, які мають на меті залучення до роботи саме підрядників фізичних осіб – підприємців оголошують вакансії на *job*-порталах. Це, у свою чергу, автоматично породжує сумніви в тому, що робота буде мати цивільно-правовий, а не трудовий характер;
 - відсутність вказівки на робочий час чи інші ознаки трудових відносин будь-де;
 - розуміння людьми (працівниками) структури компанії;
 - превентивна робота з роз'яснення умов контрактів, що підписують підрядники (контрагенти), позаяк доволі часто вони вчиняють грубі порушення, не знаючи про наявність цієї заборони у договорах.
- Висновки. Питання юридичних ризиків у господарській діяльності ІТ-компаній України (зокрема, міста Львова) є актуальним. Основні ризики, з якими стикаються суб'єкти господарювання, – це ризики, пов'язані з контрольно-наглядовою діяльністю державних органів, ризики, що виникають із правовідносин з персоналом, ризики появи заборгованості за виконані послуги. Зрозуміло, що перелік наведених у статті рекомендацій щодо уникнення таких ризиків не є вичерпним – його варто та потрібно доповнювати, у зв'язку з чим автор представленої публікації запрошує дослідників цього питання до наукової дискусії.

REFERENCES

List of legal documents

Cases

1. Rishennia Ternopilskoho miskraionnoho sudu Ternopilskoi oblasti [Decision of Ternopol City and District Court of Ternopil Region] vid 7 lypnia 2017 r. u spravi № 607/6566/16-ts. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67786282> (accessed: 29.11.2017) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

2. Lukianova V ta Holovach T, *Ekonomichnyi ryzyk [Economic Risk]* ("Akademvydav" 2007) (in Ukrainian).

Тарас Бачинський

3. Raievskiy K ta Konopatska L ta Domrachev V, *Bankivskiy nahliad [Banking Supervision]* (KNEU 2003) (in Ukrainian).
4. Vitlinskyi V ta Nakonechnyi S, *Ryzyky u menedzhmenti [Management Risks]* (TOV "Borysfen-M" 1996) (in Ukrainian).
5. Vitlinskyi V, *Analiz, otsinka i modeliuvannia ekonomichnoho ryzyku [Economic Risk Analysis, Evaluation and Modeling]* (DEMIUR 1996) (in Ukrainian).

Edited books

6. Kharytonov Ye ta Kharytonova O (red), *IT-pravo: teoriia ta praktyka [IT-Law: Theory and Practice]* (Feniks 2017) (in Ukrainian).
7. Yavorska O ta inshi, *IT pravo [IT-Law]* (Oleksandra Yavorska red, Vydavnytstvo "Levada" 2017) (in Ukrainian).

Websites

8. 'Doing Business 2018, Reforming to Create Jobs' (*Doing Business*, 31 October 2017) <<http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2018>> accessed 26 November 2017.
9. 'Sadovyi zaklykav ukrainski IT-kompanii, shcho zaznaiut tysku, pereizhdzhaty do Lvova' ['Sadovyi Called on the Ukrainian IT-Companies Facing Pressure to Move to Lviv'] (*ZAXID.NET*, 23 Veresen 2015) <https://zaxid.net/sadoviy_zaklikav_ukrayinski_itkompaniyi_shho_zaznayut_tysku_pereyizhdzhati_do_lvova_n1366676> accessed 27 November 2017 (in Ukrainian).
10. Kosynska A, 'Obshuky v IT-kompaniiakh Ukrainy: zhodna sprava ne zavershylasia sudovym pokaranniam' ['Searches in IT-Companies of Ukraine: No Case Ended in Legally Imposed Penalties'] (*24 kanal*, 5 Traven 2016) <https://24tv.ua/obshuki_v_itkompaniyah_ukrayini_zhodna_sprava_ne_zavershilasya_sudovym_pokaranniam_n682896> accessed 28 November 2017 (in Ukrainian).
11. Petrenko O, 'Sekrety uspishnoi uhody pro nerozgholoshennia (NDA)' ['Secrets of a Successful Non-Disclosure Agreement'] (*Advokatske obiednannia "Bachynskiy, Kolomiiets ta partnery"*) <<https://legalaid.ua/ua/article/sekrety-uspishnoji-uhody-pro-nero-zholoshennya-nda/>> accessed 27 November 2017 (in Ukrainian).
12. Topalov M, 'Dragon Capital, YouControl, Lucky Labs... A SBU vse shukaie' ['Did the State Security Service of Ukraine Find What It Was Looking For?'] (*Ekonomichna pravda*, 31 Lypen 2017) <<https://www.epravda.com.ua/publications/2017/07/31/627626/>> accessed 28 November 2017 (in Ukrainian).

Taras Bachynskiy

ANALYSIS OF LEGAL RISKS INHERENT IN BUSINESS ACTIVITIES
OF IT-COMPANIES IN LVIV CITY

ABSTRACT. The IT sector is one of the key branches of the national economy, and today it is developing rapidly. Business activities of enterprises in this area are associated with a range of legal risks with adverse consequences for a business entity. Consequently, an urgent need arises to examine such risks and the ways of their mitigation. Given the dynamic development of social relations within the framework of doing business in the IT sector, and also the daily emergence of new legal tools to act in this sector, a study of legal risks from a scientific perspective seems reasonable.

www.pravoua.com.ua

The purpose of this article is to examine the risks encountered by business entities of Lviv city in the IT-sector, and to identify the ways of mitigating such risks.

Based on the results of the conducted research, the author offers own definition of the concept of a legal risk in business. It is found that the main risks faced by business entities are the risks associated with supervisory and regulatory activities of state bodies, the risks ensuing from legal relations with the staff, and the risks of possible debts for the services performed.

It is absolutely possible to mitigate any risk which arises while doing business in the IT-sector by means of the following measures: 1) ongoing explanations and clarifications addressed to the staff; 2) signing of agreements on confidential information non-disclosure and absence of competition; 3) drawing up of appropriate civil contracts with contractors.

KEYWORDS: IT-company; business activities of an IT-company; legal risks faced by an IT-company; risks associated with supervisory and regulatory activities of state bodies; risks ensuing from legal relations with the staff; risks of possible debts for the services performed.

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

ІТ-право, зважаючи на його “нормативне наповнення”, може вживатися у широкому, вузькому та спеціальному значеннях. Під ІТ-правом у широкому сенсі пропонується розуміти сукупність усіх норм і правил, що регулюють діяльність із використання інформаційних технологій та інформаційної правомірної активності в мережі Інтернет. ІТ-право у вузькому сенсі розуміється як регулятивні норми (переважно цивільно-правові), що забезпечують функціонування ІТ-відносин на засадах приватного права.

ІТ-право доречно розглядати як концепт (зовні проявляється у вигляді юридичних алюзій, а також має певне “нормативне наповнення”), за межами якого – норми адміністративного, кримінального, митного, податкового тощо права, які забезпечують впорядкування і охорону різних видів суспільних відносин.

До ІТ-права у спеціальному сенсі можуть бути віднесені лише ті норми та правила, що стосуються суто сфери ІТ: інформаційних відносин; створення і використання програмного забезпечення; Інтернет-відносин та деяких інших.

Таке бачення сутності ІТ-права (з його нормативним наповненням) забезпечує методологічне підґрунтя для вирішення практичних проблем регулювання відносин у ІТ-сфері (Євген та Олена Харитонові “Сутність ІТ-права: пошук парадигми”).

На підставі аналізу світових тенденцій формування “права у сфері інформаційних технологій” (ІТ-права) та “сфери на стику права і технологій” (*Legal Tech*) можна запропонувати три підходи до трактування ІТ-права у правових дослідженнях, навчальному процесі та юридичній практиці. За першого підходу ІТ-право розглядається як юридичне супроводження ІТ-бізнесу, новий напрям індустріальної практики, сучасна спеціалізація юристів. Відповідно до другого підходу ІТ-право визначається як галузь спеціального законодавства, що регулює відносини, пов’язані із застосуванням інформаційних технологій. Згідно із третім підходом ІТ-право претендує на самоідентифікацію як самостійна галузь права майбутнього, що може змінити уявлення про право, його принципи та методологію. Ці зміни пов’язують із диджиталізацією самого суспільства та суспільних відносин (Ольга Сімсон “ІТ-право з позицій теорії та практики, підходи до вивчення і викладання”).

Сучасне законодавство, юридична наука та право в цілому не готові до викликів, які формує бурхлива інтеграція інформаційних технологій у суспільне життя.

Цифровізація суспільного життя людини відбувається у два етапи: цифровізація людини та цифровізація суспільних відносин.

Результатом цифровізації людини має стати створення нового модулю учасника суспільних відносин – електронної (цифрової) особи. Особливу роль при цьому потрібно відвести визначенню правового статусу роботів і штучного інтелекту, встановленню правових наслідків їх включення до суспільних відносин.

Цифровізація суспільних відносин носитиме більш широкий характер та охоплюватиме питання, пов'язані з технологією запровадження низки юридичних ботів як персональних юридичних радників кожного учасника цивільних правовідносин із метою молекулізування, логізації, впорядкування та математизування низки найбільш типових і важливих суспільних відносин, юридичних процесів і процедур.

Посилену увагу необхідно приділити технології *blockchain*, на базі якої формуються невідомі раніше юридичній дійсності конструкції криптовалюти, “розумних” контрактів, цифрового контенту в праві інтелектуальної власності, електронної комерції, інтернету речей, економіки спільної участі тощо (Руслан Стефанчук “Інформаційні технології та право: *quo vadis?*”).

Цифрове середовище – це ширше поняття, ніж мережа Інтернет та Інтернет-сайт, оскільки цифровим середовищем охоплюються як веб-сайти (та веб-сторінки як складові веб-сайтів), так і електронні документи, файли, зокрема й оцифровані об'єкти інтелектуальної власності, які використовуються на відповідних пристроях, що не передбачають паперової форми документообігу (Леонід Тарасенко “Інтернет-сайт як об'єкт ІТ-права”).

Із приватноправових позицій проблеми реалізації інформаційних прав в Україні можна вирішити за умови розуміння інформації як нематеріального немайнового блага особливого роду, яке нерозривно пов'язане із життям, з його виникненням і закінченням, що проявляється як особисте немайнове благо, як результат впливу на людину й інших суб'єктів та об'єктів права, як результат інтелектуальної творчої діяльності та як відомості про осіб, події і явища, предмети, об'єкти й процеси незалежно від форми їхнього представлення. Інформаційні права в сучасних реаліях мають бути не лише законодавчо закріпленими, але й набувати гарантій їх належного дотримання, виконання, використання, а також застосування. Зазначене розглядається в теорії права як прості (дотримання, виконання, використання) і складні (застосування) форми реалізації права. Інформаційні права реалізуються на сьогодні в усьому світі у колосальних можливостях отримання, поширення, зберіган-

ня інформації в інформаційних мережах, водночас треба констатувати зростаючий рівень тривоги суспільства щодо вільного обігу відкритої вільної інформації, належного збереження персональних даних фізичних осіб, дотримання прав усіх учасників глобального інформаційного обміну тощо.

Маючи значні здобутки у питаннях поняття, видів інформаційних відносин, їх об'єктів і суб'єктів, правової природи інформації, особистих немайнових інформаційних прав, різниці між інформаційними правами та правом на інформацію, зобов'язань і договорів у інформаційній сфері, цивільно-правового захисту інформаційних прав, вітчизняна цивілістична наука поки що не виробила єдиного чи принаймні узагальнюючого підходу до проблеми реалізації інформаційних прав і прав на інформацію; при цьому моніторинг практики реалізації інформаційних прав свідчить про неможливість одночасно охопити усі напрями інформаційних відносин, тому опрацьовувати необхідно кожен із них окремо, а потім уже формувати загальне бачення.

Дискусійним залишається у цивілістичній доктрині питання доречності та доведеності виокремлення інформаційного права як окремої галузі права, як і виокремлення ІТ-права в окрему галузь права, галузь публічного права чи комплексну галузь права (упродовж усієї історії розвитку інформаційних відносин так само точилася і точиться дискусія щодо специфіки запропонованих понять “комп'ютерне право”, “електронне право”, “цифрове право” тощо). Термін “ІТ-право” доцільно сприймати як умовний і не відривати від загальної категорії “інформаційне право” (обидва поняття з'явилися фактично шляхом перенесення бачення суті цих відносин від представників природничих наук у правову площину). “Інформаційне право”, або “інформаційні права” – це на сьогодні усталені варіанти позначення комплексної галузі законодавства та комплексного міжгалузевого інституту цивільного права, який включає в себе також ІТ-норми, які у своїй основі мають традиційне для цивільного права розуміння об'єкта цих прав – інформації та усіх похідних і суміжних із ним суб'єктів прав (фізичних та юридичних осіб), предмета (особистих немайнових і майнових прав), найважливішого у цій сфері методу правового регулювання (диспозитивного), принципів і загальних засад цивільного права, функцій тощо.

Оскільки ідеї природного права було покладено в основу побудови ЦК України, ця теорія має безпосередній стосунок і до побудови теорії інформаційних відносин у праві, і до проблем реалізації інформаційних прав – практично всі теоретичні розробки теорії природного права покладено в основу вказаного інституту; при цьому достатньо значний

обсяг норм знаходиться на сьогодні у сфері інших галузей права – адміністративного, кримінального тощо (практично в усіх), створюючи комплексний міжгалузевий інститут, що пояснюється глобальністю власне поняття інформації як явища та як об'єкта права.

Інформаційні права ефективно реалізуються лише за умови розуміння інформації як об'єкта цивільного права у таких її основних проявах: особисте немайнове благо у комплексі благ, перелічених у ст. 201 і Кн. 2 ЦК України; результат творчої інтелектуальної діяльності, тобто як об'єкт виключних прав, закріплених у ст. 199 і Кн. 4 ЦК України; інформаційний продукт, ресурс, документ, тобто об'єкт, який може бути інформаційним товаром і предметом будь-яких правочинів, із урахуванням особливостей і специфіки його як об'єкта особливого роду; інформація як специфічний самостійний особливий об'єкт не може, крім того, ототожнюватися з речами.

Інформаційне цивільне право реалізується за допомогою комплексу правомочностей суб'єкта інформаційних відносин, основними серед яких є, зокрема, право створювати, виробляти, шукати, збирати, ознайомлюватися, одержувати (отримувати), фіксувати, знати, передавати, використовувати, поширювати (розповсюджувати), зберігати, охороняти і захищати інформацію (Олена Кохановська “Проблеми реалізації інформаційних прав в Україні (приватноправовий аспект)”).

Збільшення комунікаційних можливостей призводить до залежності людей від джерел передачі й отримання інформації. Види та особливості інформаційних зобов'язань зумовлені їх суто цивільно-правовою природою і є в основному різновидом договірних зобов'язань. Розпорядження інформаційними правами доцільно оформити ліцензійним договором і договором про передання прав (Анатолій Кодинець “Засади цивільно-правового регулювання інформаційних зобов'язань: проблеми теорії та практики”).

Необхідно внести зміни до ч. 1 ст. 52-1 Закону України “Про авторське право і суміжні права”. Так, формулювання ‘порядок захисту авторського права і (або) суміжних прав, визначений цією статтею, застосовується до відносин, пов'язаних з використанням аудіовізуальних творів, музичних творів, комп'ютерних програм, відеограм, фонограм, передач (програм) організацій мовлення’ варто замінити на: ‘порядок захисту авторського права і (або) суміжних прав, визначений цією статтею, застосовується до відносин, пов'язаних із використанням об'єктів авторського та суміжних прав’.

Також зі ст. 52-1 Закону України “Про авторське право і суміжні права” потрібно вилучити приписи про можливість звернення із заявою до

власника веб-сайту, постачальника послуг хостингу виключно за представництвом (посередництвом) адвоката, оскільки вони обмежують особу в здійсненні права на захист.

Окрім того, необхідно внести відповідні зміни до ч. 7 ст. 52-1 Закону України “Про авторське право і суміжні права” щодо дій постачальника послуг хостингу у разі звернення особи до нього із заявою про порушення прав власником веб-сайту, якщо останній не вчинив законодавчо встановлених дій, спрямованих на усунення порушення (п. а) ч. 7 ст. 52-1). У такому разі постачальник послуг хостингу повинен самостійно вжити необхідних заходів, спрямованих на припинення порушення, а не надсилати заяву власнику веб-сайту для повторного розгляду, як це передбачено у чинній редакції ч. 7 ст. 52-1 (Олександра Яворська “Охорона авторських і суміжних прав у разі їх порушення з використанням мережі Інтернет”).

Убачається цілком доцільним внесення змін до ст. 16 Закону України “Про авторське право і суміжні права”, запропоновані в законопроекті від 26 вересня 2017 р. “Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав”. Так, варто передбачити належність роботодавцеві майнових прав інтелектуальної власності на комп’ютерні програми, створені за трудовим договором.

У відносинах із замовниками компаніям у сфері ІТ та авторам комп’ютерних програм необхідно також пам’ятати про особливості зарубіжного законодавства та договірної практики. Йдеться, зокрема, про уявні ліцензії (*implied license*) – відсутній в Україні механізм встановлення факту надання дозволу на використання об’єктів права інтелектуальної власності або відсутності такого дозволу.

Потребує визнання проблема адаптації законодавства та практики України до встановлених в економічно розвинутих державах традицій договірного регулювання відносин у сфері ІТ. Це означає, по-перше, спрощення договірних механізмів, що застосовуються в процесі документальної фіксації змісту правовідносин (передусім щодо трудових відносин і договорів замовлення), а по-друге, що має відбутися ґрунтовне вивчення та з’ясування сутності комерційної таємниці, умови захисту та договірного використання якої становлять вирішальний фактор економічного розвитку в сфері ІТ (Олена Жилінкова “Договірне регулювання відносин щодо інтелектуальної власності в сфері інформаційних технологій”).

Комп’ютерна програма як об’єкт авторського права являє собою вихідний та об’єктний коди, які є охоронюваними, а комп’ютерна ви-

деогра – явище більш широке й охоплює багато елементів, що охороняються авторським правом. Істотними елементами комп'ютерної відеогри є елементи, які належать саме до літературних творів – сюжет і персонаж. Виключною особливістю сценарію комп'ютерної відеогри є те, що, наприклад, на відміну від сценарію аудіовізуального твору (кінофільму, мультиплікаційного фільму), сценарій комп'ютерної відеогри має, як правило, декілька варіантів розвитку залежно від дій гравця. Якщо ж сценарій комп'ютерної відеогри являє собою певний алгоритм, то серед варіантів розвитку подій у ній є один чи декілька правильних, які призводять до реалізації всього сюжету, передбаченого сценарієм. Цей “правильний” розвиток подій – фабула комп'ютерної відеогри, яку покладено в основу сценарію. Якщо на основі комп'ютерної відеогри згодом створюється шляхом адаптації кінематографічний чи мультиплікаційний фільм, запозичується саме фабула, на основі якої з'являється сценарій фільму як новий похідний літературний твір. Однак фабулу комп'ютерної відеогри не можна вважати охоронюваним об'єктом авторського права. Коли для кіноадаптації використовують не лише сюжет, а й дійових осіб – персонажів, їхні візуальний і літературний образи, обстановку, в якій відбуваються події (інтер'єр, екстер'єр) та яка передає вигаданий світ, у якому розвивається дія твору, тобто запозичення відбувається не лише на рівні змісту (зовнішньої форми твору), а й на рівні системи образів (внутрішньої форми твору), можна стверджувати, що потрібно набувати права на переробку літературного твору (сценарію комп'ютерної відеогри).

Персонаж комп'ютерної відеогри є одночасно частиною літературного твору – сценарію, і результатом творчої праці художника-дизайнера. У комп'ютерній відеогрі візуальний образ персонажа може навіть створювати гравець, якщо це передбачено розробником.

Комп'ютерні програми можуть бути адаптаціями відповідних літературних творів (романів, кіносценаріїв). Адаптація являє собою вид переробки твору, причому це є міжвидова переробка, оскільки в її результаті створюється новий об'єкт авторського права – комп'ютерна програма. Звісно, якщо комп'ютерну програму у вигляді відеогри розглядати як окремий цілісний об'єкт авторського права. За умови розгляду комп'ютерної відеогри як складного об'єкта, що включає в себе аудіовізуальний твір, сценарій, об'єктний і вихідний коди, комп'ютерну графіку, 3D-візуалізацію тощо, сценарій, який є літературним твором, і адаптацію літературного твору для створення сценарію потрібно розглядати як переробку міжжанрову, у межах одного виду об'єктів авторського права – літературних творів. Поширене явище створення на основі комп'ютер-

них відеоігор похідних творів, здебільшого кіно- та мультиплікаційних фільмів, що передбачає передання майнових прав на використання сценаріїв на персонажів комп'ютерних відеоігор (Ірина Венедіктова “Авторське право на елементи літературного твору у комп'ютерній відеогрі”).

Веб-сайт як об'єкт ІТ-права потребує інтелектуальної творчої праці для його створення та належного функціонування; Інтернет-сайт не існує поза межами Інтернету. Він є складним об'єктом ІТ-права та права інтелектуальної власності, оскільки: містить програмні засоби (відповідні комп'ютерні програми, завдяки яким веб-сайт функціонує); має інформаційне наповнення (тексти, зображення тощо, які зазвичай являють собою об'єкти авторського права); має унікальне ім'я (доменне ім'я як засіб індивідуалізації суб'єкта в цифровому середовищі); інформація, що міститься на веб-сайті, зберігається на віддаленому комп'ютері (цей процес характеризується як хостинг); доступ до Інтернет-сайту можливий із будь-якого комп'ютера (чи іншого пристрою), підключеного до мережі Інтернет, завдяки використанню відповідного програмного забезпечення (Леонід Тарасенко “Інтернет-сайт як об'єкт ІТ-права”).

Поступова автоматизація під час вчинення окремих процесуальних дій і у подальшому при вирішенні спору по суті можуть суттєво покращити прогнозованість судових рішень та їх надійність, допомогти судді в судовому процесі, зменшити обсяги навантаження на окремого суддю та знизити рівень ризику суддівських помилок. Йдеться про поступову, початкову автоматизацію, за якої суддя-людина має, безумовно, перевіряти машину. Критерієм оцінки має бути кількість відхилень рішень судді-людини від запропонованого машиною рішення. Після отримання перших практичних результатів можна буде робити висновки щодо подальшого застосування та розвитку машинних алгоритмів у судочинстві (Максим Селіванов “Електронний суд: ІТ-технології в судовому процесі як спосіб покращення прогнозованості судових рішень”).

Юридичний ризик – це наявна або потенційна можливість настання негативних наслідків для суб'єкта господарювання, спричинена відсутністю належного регулювання або порушенням договірних та (або) законодавчих норм. Для уникнення потенційних ризиків важливо проводити превентивні заходи, які умовно можна поділити на такі види: юридичні (укладення скрупульозних договорів про виконання робіт чи надання послуг і договорів про нерозголошення конфіденційної інформації із підрядниками), фізичні та навчальні заходи (особа має розуміти структуру компанії й різницю між своїм статусом як підрядника і як найманого працівника в розумінні трудового законодавства)

(Тарас Бачинський “Аналіз юридичних ризиків господарської діяльності ІТ-компаній у Львові”).

Оскільки штучний інтелект, як і людина, може мати здатність усвідомлювати фактичну сторону того, що відбувається, суспільну небезпечність свого діяння (тобто оцінювати за шкалою “добре – нейтральне – погане”), передбачати наслідки і керувати власними діями (бездіяльністю), за ним можуть бути *de lege ferenda* закріплені такі ознаки суб’єкта злочину: 1) електронна особа (особистість); 2) осудність, що означає у момент вчинення злочину можливість усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними (Олександр Радутний “Суб’єктність штучного інтелекту у кримінальному праві”).

*За редакцією
координатора актуальної теми
“ІТ-право: концепції, реалії та перспективи”,
доктора юридичних наук, професора,
завідувача кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна
Ірини Венедіктової*

**РІШЕННЯ СУДУ СПРАВЕДЛИВОСТІ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ
ЩОДО ОПОДАТКУВАННЯ ПОДАТКОМ
НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ ОПЕРАЦІЙ
ІЗ КРИПТОВАЛЮТАМИ ТА КОМЕНТАР ДО НЬОГО**

Рішення Суду Справедливості Європейського Союзу
(П'ята Палата)*

22 жовтня 2015 р.

(Категорія справи для прийняття попереднього рішення: загальна система оподаткування податком на додану вартість; Директива Ради Європейського Союзу 2006/12/ЄС про спільну систему податку на додану вартість; статті 2(1)(с) та 135(1) від (d) до (f); послуги за винагороду; операції з обміну віртуальної валюти “біткойн” на традиційні валюти; винятки)

У справі C-264/14

Запит на попереднє рішення згідно зі ст. 267 Договору про функціонування Європейського Союзу від Вищого адміністративного суду Швеції (Högsta förvaltningsdomstolen) відповідно до рішення від 27 травня 2014 р., отриманого Судом 2 червня 2014 р. у справі.

Податковий орган Швеції (Skatteverket)

проти

Девід Хедквіст (David Hedqvist)

СУД (П'ята Палата)

у складі: Т. von Danwitz (президент Четвертої Палати, що діє як президент П'ятої Палати), D. Šváby, A. Rosas (доповідач), E. Juhász and C. Vajda, Judges;

генеральний адвокат: J. Kokott;

секретар суду: С. Strömholm (адміністратор),

беручи до уваги письмове провадження та подальше слухання від 17 червня 2015 р., взявши до уваги відомості, отримані від імені:

– Податкового органу Швеції, п. М. Loeb, що діє як юридичний радник,

– Д. Хедквіста, п. А. Erasmie, адвоката, та п. F. Berndt,

– Уряду Швеції, п. А. Falk та п. Е. Karlsson, що діють як представники,

– Уряду Німеччини, п. Т. Henze та п. К. Petersen, що діють як представники,

– Уряду Естонії, п. К. Kraavi-Käerdi, що діє як представник,

– Європейської Комісії, п. L. Lozano Palacios, М. Owsiany-Hornung, К. Simonsson та

J. Enegren, що діють як агенти,

заслухавши думку генерального адвоката в засіданні від 16 червня 2015 р.,

дійшов такого

* Переклад здійснили юрист Андрій Цяцяк та стажер ЄЛИЗАВЕТА ШРАМ юридичної фірми “Sayenko Kharenko”, за загальною редакцією кандидата юридичних наук, партнера юридичної фірми “Sayenko Kharenko” Сергія Верланова.

Текст рішення англійською мовою міститься за посиланням: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=170305&doclang=EN>

Рішення

- 1 Цей запит на отримання попереднього рішення стосується тлумачення статей 2(1) та 135(1) Директиви Ради ЄС 2006/112/ЄС від 28 листопада 2006 р. про спільну систему податку на додану вартість (ОJ 2006 L 347, р. 1, далі – ПДВ Директива).
- 2 Запит було зроблено в судовому провадженні між Податковим органом Швеції (Skatteverket) та п. Девідом Хедквістом щодо попереднього рішення, прийнятого Радою податкових консультацій Швеції (Swedish Revenue Law Commission (Skatterättsnämnden)) з приводу того, чи були операції з обміну традиційних валют на віртуальну валюту “біткойн” та навпаки, які п. Хедквіст бажав здійснювати через власну компанію, об’єктом оподаткування податком на додану вартість (далі – ПДВ).

Правовий контекст

Законодавство Європейського Союзу

- 3 У статті 2 ПДВ Директиви вказано:
‘1. ПДВ оподатковуються такі операції:
(а) поставка товарів за винагороду в межах території Держави-члена платником податку, що діє як такий;
<...>
(с) поставка послуг за винагороду в межах території Держави-члена платником податку, що діє як такий;
<...>’.
- 4 У частині 1 ст. 14 ПДВ Директиви вказано:
“Поставка товарів” означає передання права на розпорядження рухомим майном власнику’.
- 5 У частині 1 ст. 24 ПДВ Директиви вказано:
“Поставка послуг” означає будь-яку операцію, що не є поставкою товарів’.
- 6 У статті 135 ПДВ Директиви вказано:
‘(1) Держави-члени звільняють від оподаткування:
<...>
(d) операції, зокрема передавальні, пов’язані з депозитними і поточними рахунками, платежами, переказами, боргами, чеками та іншими обіговими інструментами, але за винятком стягнення боргу;
(e) операції, зокрема передавальні, пов’язані з валютою, банкнотами і монетами, які використовуються як законний засіб платежу, за винятком предметів колекціонування на кшталт золота, срібла та інших металевих монет і банкнот, які зазвичай не використовуються як законний засіб платежу, або нумізматичних монет;
(f) операції, включаючи передання, але не управління частками в компаніях або асоціаціях, борговими та іншими цінними паперами, за винятком правостановлюючих документів на товари, а також прав або цінних паперів, зазначених у ст. 15(2);
<...>’.

Законодавство Швеції

- 7 Відповідно до параграфу 1 розділу 1 Закону про ПДВ (1994:200) (Mervärdesskattelagen (1994:200), далі – Закон про ПДВ), ПДВ сплачується державі за постачання на території країни товарів або послуг, що підлягають оподаткуванню, здійснених платником податків, який діє як такий.
- 8 Відповідно до параграфу 23(1) розділу 3 Закону про ПДВ, банкноти і монети, які використовуються як законний засіб платежу, за винятком предметів колекціонування

на кшталт золота, срібла та інших металевих монет і банкнот, які зазвичай не використовуються як законний засіб платежу або становлять нумізматичний інтерес, звільняються від сплати ПДВ.

- 9 Параграф 9 розділу 3 Закону про ПДВ вказує, що поставка банківських і фінансових послуг та операції з цінними паперами й аналогічні операції звільняються від оподаткування. Банківські та фінансові послуги не включають нотаріальну діяльність, стягнення заборгованості або адміністративні послуги, що стосуються факторингу або лізингу складських приміщень.

Суть спору в основному процесі та питання, подані для прийняття попереднього рішення

- 10 Пан Хедквіст через компанію бажає надавати послуги обміну традиційної валюти на віртуальну валюту “біткойн” і навпаки.
- 11 Для довідки: віртуальна валюта “біткойн” використовується переважно для платежів між приватними особами через мережу Інтернет та в деяких онлайн-магазинах, які приймають цю валюту. Вона не має єдиного емітента, а натомість створюється безпосередньо в мережі за допомогою спеціального алгоритму. Система віртуальної валюти “біткойн” дає змогу анонімно володіти та переказувати “біткойн” у мережі між користувачами, які є власниками “біткойн” адрес. “Біткойн” адресу можна порівняти з номером банківського рахунку.
- 12 Посилаючись на звіт Європейського центрального банку про віртуальні валюти за 2012 р., Суд заявляє, що віртуальна валюта може бути визначена як тип нерегульованих цифрових грошей, що емітуються та контролюються його розробниками і приймаються членами певної віртуальної спільноти. Віртуальна валюта “біткойн” є однією з віртуальних валютних схем із “двостороннім потоком”, яку користувачі можуть купувати та продавати на основі обмінного курсу. Зважаючи на їхнє використання у реальному світі, такі віртуальні валюти є аналогічними іншим конвертованим валютам. Вони дають можливість купувати як реальні, так і віртуальні товари та послуги. Віртуальні валюти відрізняються від електронних грошей, як визначено Директивою 2009/110/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 16 вересня 2009 р. щодо започаткування і здійснення діяльності установами – емітентами електронних грошей та пруденційний нагляд за ними, що вносить зміни до директив 2005/60/ЄС та 2006/48/ЄС та скасовує Директиву 2000/46/ЄС (ОJ 2009 L 267, с. 7), оскільки, на відміну від таких грошей, віртуальні валюти не виражені в традиційних одиницях обліку, таких як євро, а натомість виражені у віртуальних одиницях обліку, таких як “біткойн”.
- 13 Суд заявляє, що операції, передбачені п. Хедквістом, мають здійснюватися в електронному вигляді за допомогою веб-сайту компанії. Компанія буде купувати одиниці віртуальної валюти “біткойн” безпосередньо в приватних осіб та компаній або на міжнародних обмінних сайтах. У подальшому компанія перепродаватиме одиниці через сайт обміну або зберігатиме їх. Вона також продаватиме одиниці приватним особам або компаніям, які розміщують замовлення на її веб-сайті. У випадку, коли клієнт прийняв запропоновану компанією п. Хедквіста ціну у шведських кронах та платіж отримано, продані одиниці віртуальної валюти “біткойн” автоматично перераховуються на вказану “біткойн” адресу. Віртуальні грошові одиниці “біткойн”, продані компанією, є такими, що компанія купила безпосередньо на сайті обміну після того, як клієнт розмістив замовлення, або такими, які компанія вже мала в наявності. Ціна, запропонована компанією для клієнтів, базуватиметься на поточній ціні на конкретному сайті обміну, до якої буде доданий певний відсоток. Різниця між ціною придбання та ціною продажу є прибутком компанії п. Хедквіста. Компанія не стягуватиме будь-які інші збори.

- 14 Операції, які п. Хедквіст має намір проводити, обмежуються купівлею та продажем віртуальних валютних одиниць “біткойн” в обмін на традиційні валюти, такі як шведська крона, або навпаки. Із наведеного не вбачається, що ці операції включають платежі, здійснені за допомогою “біткойну”.
- 15 Перед здійсненням таких операцій п. Хедвіст звернувся із запитом на отримання попередньої консультації до Ради податкових консультацій Швеції (Swedish Revenue Law Commission (Skatterättsnämnden)) з метою з’ясування питання, чи сплачується ПДВ при купівлі та продажу віртуальних валютних одиниць “біткойн”.
- 16 У консультації від 14 жовтня 2013 р. Рада податкових консультацій Швеції (Swedish Revenue Law Commission (Skatterättsnämnden)), беручи за основу рішення *Першого національного банку Чикаго* (C-172/96, ЄС:С:1998:354) встановила, що п. Хедквіст надаватиме послуги обміну за винагороду. Однак вона визнала, що такі послуги обміну охоплюються винятками відповідно до параграфу 9 глави 3 Закону про ПДВ.
- 17 На думку Ради податкових консультацій Швеції (Swedish Revenue Law Commission (Skatterättsnämnden)), віртуальна валюта “біткойн” – це засіб платежу, який використовується подібно до законних засобів платежу. Крім того, термін “законний платіжний засіб”, вказаний у ст. 135(1)(e) ПДВ Директиви, використовується для обмеження обсягу винятків щодо банкнот та монет. Отже, на думку Ради податкових консультацій Швеції (Swedish Revenue Law Commission (Skatterättsnämnden)), цей термін вживається у значенні, що стосується лише банкнот і монет, а не валют. Таке тлумачення також послідовне з цілями винятків, передбачених у ст. 135(1)(b)–(g) ПДВ Директиви, а саме з метою уникнення ускладнень, пов’язаних із поставкою фінансових послуг, що є об’єктом оподаткування ПДВ.
- 18 Податковий орган Швеції (Skatteverket) оскаржив рішення Ради податкових консультацій Швеції (Swedish Revenue Law Commission (Skatterättsnämnden)) до Вищого адміністративного суду Швеції (Högsta förvaltningsdomstolen), стверджуючи, що послуга, щодо якої поданий запит п. Хедквіста, не охоплюється винятками, передбаченими у параграфі 9 глави 3 Закону про ПДВ.
- 19 Пан Хедвіст заявляє, що скарга Податкового органу Швеції (Skatteverket) повинна бути відхилена, а попереднє рішення Ради податкових консультацій Швеції (Swedish Revenue Law Commission (Skatterättsnämnden)) підлягає підтвердженню.
- 20 Суд вважає, що з рішення *Першого національного банку Чикаго* (C-172/96, ЄС:С:1998:354) можна зробити висновок, що операції з обміну віртуальної валюти на традиційну валюту та навпаки за плату, яка дорівнює різниці між ціною придбання, що сплачується оператором, та отриманою ним ціною продажу, є поставкою послуг за винагороду. У такому випадку виникає запитання про те, чи такі операції охоплюються одним із винятків щодо фінансових послуг, викладених у ст. 135(1) ПДВ Директиви, а саме тих, що встановлені в пунктах (d)–(f).
- 21 Маючи сумніви щодо того, чи застосовується один із таких винятків до таких операцій, Вищий адміністративний суд Швеції (Högsta förvaltningsdomstolen) вирішив зупинити провадження і направити до Суду Справедливості Європейського Союзу такі питання для розгляду та прийняття попереднього рішення:
 1. Чи означає зміст ст. 2(1) ПДВ Директиви, що операції, які описані як обмін віртуальної валюти на традиційну валюту і навпаки, що здійснюються за винагороду на користь поставачальника за визначеним обмінним курсом, є поставкою послуг за винагороду?
 2. Якщо так, то чи означає зміст ст. 135(1) цієї Директиви, що зазначені вище обмінні операції звільнені від оподаткування?

Питання, що подані для розгляду

Перше питання

- 22 По першому питанню Суд запитує, по суті, чи означає зміст ст. 2(1)(с) ПДВ Директиви, що операції, які є предметом розгляду в основній справі, які полягають в обміні традиційних валют на одиниці віртуальної валюти “біткойн” і навпаки, за винагороду, яка дорівнює різниці між, з одного боку, ціною, сплаченою оператором для купівлі валюти, а з другого – ціною, за яку він продає валюту своїм клієнтам, вважаються поставкою послуг у межах значення цієї статті.
- 23 У статті 2(1) ПДВ Директиви вказується, що поставка товарів за винагороду в межах території держави-члена платником податку, що діє як такий, підлягає оподаткуванню ПДВ.
- 24 Потрібно розуміти, по-перше, що віртуальна валюта “біткойн” із двостороннім потоком, яка буде обмінюватися на традиційні валюти в контексті обмінних операцій, не може бути охарактеризована як “матеріальне майно” (tangible property) у значенні ст. 14 ПДВ Директиви, враховуючи, що, як зазначила генеральний адвокат у п. 17 свого Висновку, віртуальна валюта не має ніякого іншого призначення, окрім як бути платіжним засобом.
- 25 Те саме стосується традиційних валют – грошових коштів, які слугують законним платіжним засобом (див. у цьому контексті рішення *Першого національного банку Чикаго*, С-172/96, ЄС:С:1998:354, параграф 25).
- 26 Отже, операції, що є предметом розгляду в основному провадженні, які полягають в обміні різних засобів оплати, не підпадають під поняття “поставка товарів”, що викладене у ст. 14 ПДВ Директиви. За таких обставин ці операції є поставкою послуг у значенні ст. 24 ПДВ Директиви.
- 27 По-друге, щодо поставки послуг за винагороду, то слід нагадати, що поставка послуг здійснюється “за винагороду” у значенні ст. 2(1)(с) ПДВ Директиви, і тому підлягає оподаткуванню ПДВ, тільки якщо існує прямий зв’язок між послугами та винагородою, отриманою платником податку (рішення у справах *Loyalty Management UK* та *Vaxi Group*, С-53/09 та С-55/09, ЄС:С:2010:590, параграф 51, цитоване прецедентне право і рішення у справі *Serebryannoy vek*, С-283/12, ЄС:С:2013:599, параграф 37). Такий прямий зв’язок встановлюється, якщо між постачальником послуг та споживачем, між якими існує зустрічне виконання, винагорода, отримана постачальником послуги, що становить фактичну винагороду, надану одержувачу в обмін на послугу (рішення у справі *Le Rayon d’Or*, С-151/13, ЄС:С:2014:185, параграф 29 та цитоване прецедентне право).
- 28 Щодо основної справи, то з матеріалів, поданих до Суду, зрозуміло, що існують двосторонні правовідносини між компанією п. Хедквіста та іншою стороною договору, в яких сторони взаємно погоджуються щодо переказу суми певної валюти та отримання відповідної вартості у віртуальній валюті з двонаправленим потоком або навпаки. Також зрозуміло, що компанія п. Хедквіста за надання послуг отримує винагороду, що дорівнює маржі, яку вона включить у розрахунок обмінного курсу, за яким готова продавати та купувати відповідні валюти.
- 29 Суд уже визнав, що для визначення того, чи здійснюється поставка послуг оплатно, не має значення те, чи не виражається винагорода у вигляді сплати комісії або певних зборів (рішення *Першого національного банку Чикаго*, С-172/96, ЄС:С:1998:354, параграф 33).
- 30 З огляду на зазначене слід сказати, що операції, які є предметом дослідження в основному провадженні, становлять поставку послуг за винагороду, яка має прямий зв’язок із наданою послугою, тобто поставка послуг за винагороду в значенні ст. 2(1)(с) ПДВ Директиви.

31 Отже, відповідь на перше запитання є такою: згідно зі змістом ст. 2(1)(с) ПДВ Директиви операції, що є предметом розгляду в основному провадженні справи та полягають в обміні традиційних валют на одиниці віртуальної валюти “біткойн” і навпаки, здійснюються в обмін на виплату суми, що дорівнює різниці між, з одного боку, ціною, сплаченою оператором при купівлі валюти, а з другого боку, ціною, за яку він продає цю валюту своїм клієнтам, становить поставку послуг за винагороду в значенні цієї статті.

Друге питання

32 За другим питанням Суд запитує, по суті, чи вказує зміст ст. 135(1)(d)–(f) ПДВ Директиви, що звільняються від оподаткування ПДВ операції з поставки послуг як ті, що розглядаються в основному провадженні справи, та які полягають в обміні традиційних валют на одиниці віртуальної валюти “біткойн” і навпаки, та які здійснюються в обмін на виплату суми, що дорівнює різниці між, з одного боку, ціною, сплаченою оператором при купівлі валюти, а з другого боку, ціною, за яку він продає цю валюту своїм клієнтам.

33 Передусім слід пам’ятати, що відповідно до прецедентної практики Суду, винятки, викладені у ст. 135(1) ПДВ Директиви, є незалежними концепціями законодавства ЄС, метою яких є уникнення розбіжностей у застосуванні системи ПДВ між державами-членами (див., зокрема, рішення у справі *Skandinaviska Enskilda Banken*, C-540/09, ЄС:С:2011:137, параграф 19, цитоване прецедентне право, рішення у справі *DTZ Zadelhoff*, C-259/11, ЄС:С:2012:423, параграф 19).

34 Також відповідно до визначеної прецедентної практики терміни, що використовуються для визначення таких винятків, мають тлумачитися чітко, оскільки вони є винятками із загального принципу про оподаткування усіх послуг ПДВ, які надаються за винагороду платником податку (рішення у справах *Ludwig*, C-453/05, ЄС:С:2007:369, параграф 21, і *DTZ Zadelhoff*, C-259/11, ЄС:С:2012:423, параграф 20).

35 Однак тлумачення цих термінів повинно бути послідовним цілям, що переслідуються винятками, викладеними у ст. 135(1) ПДВ Директиви, і відповідати вимогам принципу фіскального нейтралітету, властивому загальній системі оподаткування ПДВ. Таким чином, вимога чіткої інтерпретації не означає, що терміни, які використовуються для визначення винятків, зазначених у ст. 135(1), повинні тлумачитися таким чином, щоб позбавити такі винятки їхньої дії (див., зокрема, рішення у справах: *Don Bosco Onroerend Goed*, C-461/08, ЄС:С:2009:722, параграф 25; *DTZ Zadelhoff*, C-259/11, ЄС:С:2012:423, параграф 21; та *J. J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard*, C-326/11, ЄС:С:2012:461, параграф 20).

36 У зв’язку з цим із прецедентної практики Суду впливає, що мета винятків, викладених у ст. 135(1)(d)–(f) ПДВ Директиви, полягає, зокрема, в уникненні труднощів, пов’язаних із визначенням оподаткованої суми та суми вираховуваного ПДВ (див., зокрема, рішення у справі *Velvet & Steel Immobilien*, C-455/05, ЄС:С:2007:232, параграф 24, наказ у справі *Tiercé Ladbroke*, C-231/07 та C-232/07, ЄС:С:2008:275, параграф 24).

37 Крім того, операції, звільнені цими положеннями від оподаткування ПДВ, за своїм характером є фінансовими операціями, незважаючи на те, що вони необов’язково повинні виконуватись банками або фінансовими установами (див. рішення у справі *Velvet & Steel Immobilien*, C-455/05, ЄС:С:2007:232, параграфи 21 і 22, цитоване прецедентне право, рішення у справі *Granton Advertising*, C-461/12, ЄС:С:2014:1745, параграф 29).

38 Що стосується насамперед винятків, викладених у ст. 135(1)(d) ПДВ Директиви, то слід нагадати, що відповідно до цього положення держави-члени повинні звільняти від оподаткування операції, пов’язані, зокрема, із депозитними і поточними рахун-

- ками, платежами, переказами, борговими зобов'язаннями, чеками та іншими обіговими інструментами”.
- 39 Операції, звільнені цим положенням від оподаткування, визначаються відповідно до природи наданих послуг. Для того щоб вважатись операціями, звільненими від оподаткування, ці послуги мають розглядатися у загальних рисах як окремі цілі, що відповідають конкретним основним функціям послуги, описаної в цьому положенні (див. рішення у справі *Axa UK*, C-175/09, ЄС:С:2010:646, параграфи 26 та 27, та цитоване прецедентне право).
 - 40 Із формулювання ст. 135(1)(d) ПДВ Директиви, яка розглядалась у світлі рішення у справі *Granton Advertising* (C-461/12, ЄС:С:2014:1745, параграфи 37 та 38), зрозуміло, що операції, зазначені в цьому положенні, стосуються послуг або інструментів, які діють як спосіб переказу грошей.
 - 41 Крім того, як зазначила генеральний адвокат у пунктах 51 та 52 свого Висновку, це положення не поширюється на операції щодо грошей як таких, які є предметом конкретного положення, а саме ст. 135(1)(e) ПДВ Директиви.
 - 42 Віртуальна валюта “біткойн”, будучи договірним засобом оплати, не може розглядатись як поточний рахунок, депозитний рахунок, платіж або переказ. Крім того, на відміну від боргу, чеків та інших оборотних інструментів, зазначених у ст. 135(1)(d) ПДВ Директиви, віртуальна валюта біткойн – це прямий платіжний засіб між операторами, які його приймають.
 - 43 Отже, операції, як ті, що розглядаються в основному провадженні справи, не підпадають під дію винятків, передбачених у цьому положенні.
 - 44 По-друге, що стосується винятків, викладених у ст. 135(1)(e) ПДВ Директиви, то це положення передбачає, що держави-члени повинні звільнити операції, що включають, зокрема, “валюти [і] банкноти та монети, що використовується як законний платіжний засіб”.
 - 45 У зв'язку з цим слід нагадати, що поняття, які використовуються у цьому положенні, повинні тлумачитися та застосовуватися однаково незалежно від мови ЄС, обраної для цього (див. рішення у справі *Velvet & Steel Immobilien*, C-455/05, ЄС:С:2007:232, параграф 16, цитоване прецедентне право та рішення у справі *Commission v Spain*, C-189/11, ЄС:С:2013:587, параграф 56).
 - 46 Як згадує генеральний адвокат у пунктах 31–34 свого Висновку, різні редакції мовної версії ст. 135(1)(e) ПДВ Директиви не дають змоги без сумніву визначити, чи застосовується це положення тільки до операцій, що стосуються традиційних валют, чи, на противагу, воно також має на меті охопити операції, пов'язані з іншою валютою.
 - 47 Зважаючи на існування мовних відмінностей, обсяг виразу, про який ідеться, не може бути визначений на підставі тлумачення, яке є виключно текстуальним. Тому цей вираз слід тлумачити з урахуванням контексту, в якому він використовується, а також цілей та схем ПДВ Директиви (див. рішення у справі *Velvet & Steel Immobilien*, C-455/05, ЄС:С:2007:232, параграф 20, цитоване прецедентне право та рішення у справі *Commission v Spain*, C-189/11, ЄС:С:2013:587, параграф 56).
 - 48 Як зазначається у параграфах 36 та 37 цього рішення, винятки, викладені у ст. 135(1)(e) ПДВ Директиви, покликані пом'якшити труднощі, пов'язані з визначенням суми до оподаткування та суми ПДВ, що виникають у контексті оподаткування фінансових операцій.
 - 49 Операції, пов'язані з нетрадиційними валютами, тобто валютами іншими, ніж ті, що є законними платіжними засобами в одній або декількох країнах, доки такі валюти приймаються сторонами операції як альтернатива законному платіжному засобу і не мають іншого призначення, ніж як бути засобом оплати, є фінансовими операціями.

- 50 Крім того, як п. Хедквіст заявив, по суті, під час слухання справи, зокрема у випадку біржових операцій, труднощі, пов'язані з визначенням суми оподаткування та суми ПДВ, можуть бути аналогічними, незалежно від того, чи це обмін традиційних валют, які зазвичай повністю звільнюються від оподаткування відповідно до ст. 135(1)(e) ПДВ Директиви, чи це обмін таких валют на віртуальні валюти з двостороннім потоком, які, не будучи законним платіжним засобом, є засобом платежу, прийнятим сторонами операції, і навпаки.
- 51 Отже, з контексту та цілей ст. 135(1)(e) випливає, що тлумачення цього положення як такого, що охоплює лише операції, пов'язані з традиційними валютами, позбавить його частини своєї дії.
- 52 Щодо основного провадження справи, загальновідомим є те, що віртуальна валюта “біткойн” не має іншого призначення, ніж бути засобом платежу, і що така мета прийнята певними операторами.
- 53 Таким чином, вбачається, що ст. 135(1)(e) ПДВ Директиви також охоплює поставку послуг, що розглядаються в основному провадженні справи, та які полягають в обміні традиційних валют на одиниці віртуальної валюти “біткойн” і навпаки, та які здійснюються в обмін на виплату суми, що дорівнює різниці між, з одного боку, ціною, сплаченою оператором при купівлі валюти, а з другого боку, ціною, за яку він продає цю валюту своїм клієнтам.
- 54 Що стосується винятків, викладених у ст. 135(1)(f) ПДВ Директиви, достатньо вказати, що це положення охоплює, зокрема, операції з “акціями, частками в компаніях або асоціаціях, борговими та іншими цінними паперами”, а саме цінними паперами, що надають право власності на юридичних осіб та “іншими цінними паперами”, які можуть бути порівняні за своїм характером з іншими цінними паперами, спеціально зазначеними в цьому положенні (рішення у справі *Granton Advertising*, C-461/12, ЄС:С:2014:1745, параграф 27).
- 55 Загальновідомим є той факт, що віртуальна валюта “біткойн” не є ні цінним папером, що забезпечує право власності, ні прирівняним до нього цінним папером.
- 56 Отже, операції, що розглядаються в основному провадженні справи, не підпадають під обсяг винятків, викладених у ст. 135(1)(f) ПДВ Директиви.
- 57 Враховуючи викладене вище, відповіддю на друге запитання є:
 – зміст ст. 135(1)(e) ПДВ Директиви підлягає такому тлумаченню, що поставка послуг, які розглядаються в основному провадженні справи, що полягають в обміні традиційних валют на одиниці віртуальної валюти “біткойн” і навпаки, та які здійснюються в обмін на виплату суми, що дорівнює різниці між, з одного боку, ціною, сплаченою оператором при купівлі валюти, а з другого боку, ціною, за яку він продає цю валюту своїм клієнтам, є операціями, звільненими від сплати ПДВ, у значенні цього положення;
 – зміст ст. 135(1) у пунктах (d) та (f) ПДВ Директиви підлягає такому тлумаченню, що така поставка послуг не підпадає під дію цих положень.

Витрати

- 58 Оскільки таке провадження є для сторін основного провадження етапом у розгляді справи в національному суді, рішення стосовно судових витрат ухвалюється на розсуд вказаного суду. Витрати, понесені при поданні зауважень до Суду, інших, ніж витрати цих сторін, не підлягають відшкодуванню.

На цих підставах Суд (П'ята Палата) постановляє:

- 1. Стаття 2(1)(c) Директиви Ради ЄС 2006/112/ЄС від 28 листопада 2006 р. про спільну систему податку на додану вартість повинна тлумачитись як така, що означає, що операції, як ті, що розглядаються в основному провадженні справи, які**

полягають в обміні традиційної валюти на одиниці віртуальної валюти “біткойн” і навпаки, та які здійснюються в обмін на виплату суми, що дорівнює різниці між, з одного боку, ціною, сплаченою оператором при купівлі валюти, а з другого боку, ціною, за яку він продає цю валюту своїм клієнтам, є поставкою послуг за винагороду в межах значення цієї статті.

2. Стаття 135(1)(e) Директиви 2006/112 має тлумачитись так: поставка послуг, таких як ті, що розглядаються в основному провадженні справи, які полягають в обміні традиційних валют на одиниці віртуальної валюти “біткойн” і навпаки, та які здійснюються в обмін на виплату суми, що дорівнює різниці між, з одного боку, ціною, сплаченою оператором при купівлі валюти, а з другого боку, ціною, за яку він продає цю валюту своїм клієнтам, є операціями, звільненими від оподаткування ПДВ, у значенні цього положення.

Стаття 135(1) у пунктах (d)–(f) Директиви 2006/112 має тлумачитись як така, що означає, що така поставка послуг не підпадає під дію цих положень.

[Підписи]

КОМЕНТАР ДО РІШЕННЯ*

У контексті зростання світового інтересу до криптовалют (віртуальних валют) актуальним є питання законодавчого врегулювання суспільних відносин, пов'язаних із їхнім статусом та обігом в Україні. Так, на сьогодні вже зареєстровано низку законопроектів про обіг криптовалют в Україні. Однак не вирішеним та дискусійним залишається питання оподаткування податку на додану вартість (далі – ПДВ) операцій із їхнім використанням. Новизна цього явища та певний рівень технологічної складності потребують проведення законотворцями аналізу як відповідних правовідносин, так і властивостей криптовалют.

Зважаючи на потребу в такому дослідженні і задекларовані в Угоді про асоціацію між Україною та Європейським Союзом (далі – ЄС) наміри щодо адаптації та наближення чинного законодавства України до законодавства ЄС, актуальним вбачається аналіз відповідної судової практики Суду Справедливості Європейського Союзу (далі – Суд).

Зокрема, 22 жовтня 2015 р. за наслідками розгляду звернення, отриманого від Вищого адміністративного суду Швеції, Судом було прийнято рішення у спорі між Податковим органом Швеції та Д. Хедквістом. У процесі розгляду цієї справи Суд з'ясував, чи є об'єктом оподаткування ПДВ операції з обміну віртуальних валют на традиційні валюти і навпаки.

* Автор: Сергій Верланов, кандидат юридичних наук, партнер юридичної фірми “Sayenko Kharenko”.

Аналізуючи природу правовідносин між учасниками таких операцій, Суд наводить висновки стосовно ознак, якими наділені віртуальні валюти, зокрема “біткойн”, серед яких можна виокремити такі основні:

1. Віртуальна валюта “біткойн” не може бути охарактеризована як “матеріальне майно” (п. 24 рішення).
2. Операції, що є предметом розгляду справи, які полягають в обміні різних засобів оплати, не підпадають під поняття “поставка товарів”, що викладене у ст. 14 ПДВ Директиви (п. 26 рішення).
3. Перекази віртуальних валют не потребують участі банків та інших фінансових установ (п. 37 рішення).
4. Операції, пов’язані з нетрадиційними валютами допоки такі валюти приймаються сторонами операції як альтернатива законному платіжному засобу і не мають іншого призначення, ніж як бути засобом оплати, є фінансовими операціями (п. 49 рішення).
5. Віртуальна валюта “біткойн” не має іншого призначення, ніж бути засобом платежу, і таке призначення прийняте учасниками операції (п. 52 рішення).
6. Послуги з обміну традиційних валют на одиниці віртуальної валюти “біткойн” і навпаки звільняються від оподаткування ПДВ відповідно до змісту ст. 135(1)(e) ПДВ Директиви (п. 57 рішення). Висновки щодо ознак віртуальних валют і методологія аналізу правовідносин з їхнього обігу, що знайшли своє відображення у рішенні Суду у цій справі, можуть слугувати як відправною точкою, так і орієнтиром при розробці відповідного законодавства в Україні.

Однак слід пам’ятати, що звільнення від оподаткування ПДВ операцій з обміну традиційних валют на віртуальні валюти (та навпаки) не ґрунтується на наявності у “біткойна” певного спеціального статусу. Радше висновки Суду аргументовані наявністю у віртуальних валют ознак, схожих на ознаки традиційних валют і застосуванням принципу технологічної нейтральності законодавства ЄС. А отже, питання оподаткування ПДВ операцій з криптовалютами потенційно залежить від правового статусу останніх, що може бути визначено в Україні на законодавчому рівні вже найближчим часом.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО



Роман Мартинюк

кандидат політичних наук,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права ім. І. Малиновського
Національного університету “Острозька академія”
(м. Острог, Україна)
roman.s.martyniuk@ukr.net

УДК 342 (100)

ЗМІШАНА РЕСПУБЛІКА – НАПІВПРЕЗИДЕНТСЬКА ФОРМА ПРАВЛІННЯ?

АНОТАЦІЯ. У державознавчій літературі для позначення змішаної республіканської форми правління часто використовують термін “напівпрезидентська республіка”. Однак він зовсім не засвідчує відсутність у змішаній республіці власної сутності і самобутньої логіки організації державної влади чи її тяжіння до президентської форми правління з огляду на її нормативні ознаки або функціональні характеристики. Таке сприйняття сутності змішаної республіки дисонує з фактом принципової несхожості низки її конститутивних ознак з ознаками президентської форми правління, а тому не може мати науково прийняттого обґрунтування.

Метою статті є аргументувати наукову некоректність використання терміна “напівпрезидентська республіка” для позначення змішаної республіканської форми правління.

Притаманні змішаній республіці елементи парламентаризму дають підстави вважати, що у своїх загальних рисах організація державної влади в цій формі правління багато в чому тотожна організації державної влади в парламентарній республіці. Найважливішими рисами парламентаризму в змішаній республіці є конституційно встановлені обмеження засобів впливу президента на організацію та діяльність виконавчої влади, парламентський спосіб формування уряду, його парламентська відповідальність, інститут контрасигнатури. Загалом співвідношення елементів президенціалізму і парламентаризму в змішаній республіці здатне як зумовити її тяжіння до однієї з двох класичних республіканських форм правління, так і залишити її на однаковій “відстані” від них.

З огляду на конститутивні ознаки змішаної республіканської форми правління, обґрунтовано вважати, що “напівпрезидентська республіка” – термін не надто вдалий для відображення сутності того, що ним позначається. Він більш придатний для позначення особливої перехідної президенціалізованої республіканської

© Роман Мартинюк, 2018

форми правління, яка у формально-правовому сенсі поєднує ознаки змішаної і президентської республік, однак функціонально зближається з останньою. Така перехідна форма правління, поширена серед держав пострадянського простору, у яких часто простежується досить еkleктичне поєднання елементів президентської і змішаної республік, є справді напівпрезидентською республікою. Вона не змішана республіка, оскільки не має необхідного набору її юридичних ознак; і не президентська форма правління, оскільки містить окремі елементи змішаної республіки і не встановлює “жорсткого” поділу влади.

Ключові слова: президентська республіка; парламентарна республіка; змішана республіка; напівпрезидентська республіка; парламентський спосіб формування уряду; парламентська відповідальність уряду; дуалізм виконавчої влади; інститут контрасигнатури.

Тривалий час хибне розуміння змішаної республіканської форми правління як незграбної спроби поєднати важко поєднувані або, як здавалося, і просто несумісні риси класичних республік, суперечливої і внутрішньо конфліктної форми правління обумовлювало її негативну оцінку багатьма науковцями. Для низки дослідників “змішаний” характер цієї форми правління сам собою утворював підставу для її критики: вважалося, що змішана республіка, не маючи повноцінного набору елементів однієї зі своїх “материнських” форм, не може мати й тієї чіткої концептуальної обґрунтованості, яка притаманна “чистим” типам республіканської форми правління. Критичне ставлення до змішаної республіки багато в чому було також пов’язане з дослівним розумінням однієї з її найпоширеніших синонімічних назв – “напівпрезидентська республіка” (“напівпрезидентціалізм”). Напівпрезидентська республіка інтерпретувалась як частково президентська, неповноцінна президентська форма правління.

Термін “напівпрезидентська республіка” походить від уживаних М. Дюверже термінів “напівпрезидентський режим”, “напівпрезидентське правління”, якими учений позначав доти невідому державознавству змішану республіканську форму правління. На думку М. Дюверже, змішана республіка – напівпрезидентська, оскільки виявляє неповний набір елементів президентської форми правління. Однак така логіка мислення дає змогу визначити змішану республіку і напівпарламентарною. До того ж запропоноване науковцем визначення змішаної республіки не відображає її принципових відмінностей від президентської форми правління.

Проблематика, порушена в цій статті, не ставала предметом спеціальних наукових досліджень, що додатково засвідчує її наукове значення.

Побічно її окремі змістові складові аналізувалися у працях В. Протасової¹, В. Чиркіна², Дж. Сарторі³, Л. Симонішвілі⁴, О. Зазнаєва⁵.

Мета дослідження. Аналізуючи логіку організації державної влади у змішаній республіці, притаманні цій формі правління елементи парламентаризму, їх співвідношення з елементами президентіалізму, аргументувати наукову некоректність використання для її позначення терміна “напівпрезидентська республіка”.

Як показав подальший розвиток змішаної республіки, термін “напівпрезидентська республіка” зовсім не засвідчує відсутність у неї власної сутності та самобутньої логіки організації державної влади чи її функціональне тяжіння до президентської форми правління. Оцінюючи допустимість використання терміна “напівпрезидентська республіка” як синонімічного до терміна “змішана республіка”, варто взяти до уваги ту обставину, що у своїй ідеї змішана республіка – форма правління, яка максимально урівноважує вплив парламенту і президента на організацію й діяльність виконавчої влади. При цьому зміна пропорції елементів президентіалізму і парламентаризму в змішаній республіці здатна зумовити її тяжіння до будь-якого з двох “материнських” типів, або залишити її на однаковій “відстані” як від президентської, так і парламентарної республіки.

Попри те, що змішана республіка урівноважено поєднує елементи президентіалізму і парламентаризму, вона небезпідставно вважається різновидом останнього й асоціюється із терміном “раціоналізований парламентаризм”. Показово, що у спеціальній літературі згаданий термін вживається і як синонімічний до терміна “змішана республіка”. Ключовими елементами організації державної влади у змішаній республіці є такі ознаки парламентаризму, як парламентський спосіб формування уряду та його парламентська відповідальність. З огляду на це важко уявити ситуацію, за якої уряд у змішаній республіці мав би одне партійне “забарвлення”, а парламентська більшість – інше. За будь-якої розстановки політичних сил у вищих органах державної влади уряд у змішаній республіці – це, по суті, продовження парламенту⁶. У змішаній республіці, як і в класичній парламентарній республіці, уряд існує доти, доки користується підтримкою парламентської більшості. Саме тому в цій

¹ Вікторія Протасова, *Парламентсько-президентська республіка: сутність, особливості, різновиди* (Право 2009).

² Вениамин Чиркин, ‘Нетипичные формы правления в современном государстве’ (1994) 1 Государство и право 109.

³ Джованні Сарторі, *Порівняльна конституційна інженерія: дослідження структур, мотивів і результатів* (О Мороз пер, І Грицяк ред, АртЕк 2001).

⁴ Лія Симонішвілі, *Форми правління: історія і сучасність* (Флінта: МПСИ 2007).

⁵ Олег Зазнаєв, *Полупрезидентская система: теоретические и прикладные аспекты* (Казанский государственный университет им Ульянова-Ленина 2006).

⁶ Симонішвілі (н 4) 166.

формі правління зміна уряду відбувається внаслідок обрання не нового президента, а нового складу парламенту. Логічно, що у змішаній республіці парламентська відповідальність уряду не супроводжується достроковим припиненням повноважень президента. Притаманні змішаній республіці інституційні зв'язки між парламентом й урядом пояснюють і те, чому тут нездатність парламенту в конституційно визначений термін сформувати уряд може стати підставою дострокового припинення повноважень самого законодавчого органу.

Визначальна конститутивна ознака змішаної республіки – дуалізм виконавчої влади, можливий лише за умови, якщо президент не володіє беззастережним дискреційним правом припинити повноваження уряду загалом чи його окремих членів, а так само правом скасовувати урядові акти. Наведені обмеження компетенції глави держави, як і інститут контрасигнатури, – теж риси парламентаризму.

Отже, у своїх загальних рисах організація державної влади у змішаній республіканській формі правління багато в чому тотожна організації державної влади в парламентарній республіці. У контексті цієї тези вбачається важливим наголосити на тому, що змішана республіка, як і парламентарна форма правління, набуває легітимності через відповідність змісту й результатів урядової політики програмним засадам блоку партій, що утворюють більшість у парламенті. Спрощено схему цієї легітимації можна зобразити так: виборці віддають голоси за політичні сили, які, отримавши за результатами виборів більшість мандатів у парламенті, формують уряд. Склад і програма діяльності уряду відображають, відповідно, склад і політичну платформу парламентської більшості. Уряд фактично здійснює курс, не лише ухвалений парламентською більшістю, а й такий, який є засобом реалізації в державній політиці програмних засад партій, що перемогли на виборах. Оскільки програмні засади владарюючих політичних партій, втілені в урядовій політиці, виражають інтереси більшої частини суспільства, що підтримала ці партії на виборах, відповідність результатів урядової політики очікуванням виборців забезпечує легітимність змішаної республіки. Вибори ж тут – найважливіший інструмент відповідальності партій за результати урядової політики: виборці винагороджують успішну політику владарюючих партій, знову підтримавши їх під голосування, чи, навпаки, відмовляють їм у підтримці у випадку неуспішності їхньої політики.

Сприймаючи змішану республіку як урівноважене поєднання елементів президенціалізму і парламентаризму, неможливо погодитися з висловленим у фаховому середовищі судженням про те, що “аналіз напівпрезидентської системи дає змогу дійти висновку про те, що в цієї

форми більше президентських рис, ніж парламентських, і, відповідно, більше підстав називатися напівпрезидентською”⁷. Наведений погляд дисонує з фактом принципової несхожості низки конститутивних ознак президентської та змішаної республіканської форм правління, а тому не може мати науково прийняттого обґрунтування.

Дехто з дослідників схильний інтерпретувати наділення президента змішаної республіки інструментами функціонального проникнення у сферу компетенції інших вищих органів держави – відповідними стримуваннями і противагами – як “гіперболізацію влади президента”, вбачаючи в останній характерну рису змішаної республіканської форми правління⁸. Однак у цій формі правління наявність у компетенції президента відповідних повноважень – об’єктивно необхідна умова здійснення ним координаційно-арбітражної функції. До того ж зміст і обсяг компетенції президента в парламентарно-президентській та збалансовано-змішаній республіках, вільних від ухилу в бік президенціалізму, аж ніяк не засвідчують гіперболізації його влади.

Вбачається, що термін “напівпрезидентська республіка” відображає лише ту обставину, що первинно, майже до кінця ХХ ст., політичній практиці був відомий лише президентсько-парламентарний різновид змішаної республіканської форми правління. Перші змішані республіки – Фінляндія, меншою мірою Португалія та Франція, тяжіли більше до президенціалізму, аніж парламентаризму. У межах усталеного в сучасному державознавстві дихотомічного поділу змішаних республік на президентсько-парламентарний і парламентарно-президентський різновиди, коректно стверджувати, що первинно виник і тривалий час існував лише перший із них. У збалансовано-змішаній П’ятій Французькій Республіці ситуація “співіснування” Президента та Прем’єр-міністра, за якої згадані суб’єкти уособили супротивні політичні сили і форма правління набула рис парламентарно-президентської республіки, уперше виникла і тривала з березня 1986 р. до квітня 1988 р.⁹ Оскільки тривалий час політичній практиці не були відомі парламентаризовані змішані республіки, сформувалася традиція ототожнювати змішану республіку з її президенціалізованим (президентсько-парламентарним) різновидом¹⁰. У цій обставині і варто шукати пояснення причин виникнення й утвердження у фаховому середовищі терміна “напівпрезидентська республіка”. Деякі дослідники, які використовують згаданий термін, і дотепер асоціюють змішану республіканську форму правління з її президен-

⁷ Зазнаєв (н 5) 207.

⁸ Володимир Шатіло, ‘Президент у механізмі державної влади: деякі питання вітчизняної та зарубіжної теорії і практики’ (2014) 2 Вісник Академії адвокатури України 14.

⁹ Филипп Ардан, *Франция: государственная система* (Юридическая литература 1994) 35.

¹⁰ Протасова (н 1) 124.

ціалізованим різновидом¹¹, залишаючи без уваги факт існування значної кількості парламентаризованих змішаних республік.

Отже, використовувати на сучасному етапі розвитку змішаної республіканської форми правління для позначення всіх її різновидів термін “напівпрезидентська республіка”, безсумнівно, помилково. Серед сучасних держав існують президенціалізовані, парламентаризовані та збалансовано-змішані республіки, у яких організація влади вказує на здатність відповідної форми правління або тяжіти до будь-якої з класичних республік, або урівноважено поєднувати їх елементи. По суті, неподолана сучасним державознавством традиція застосовувати термін “напівпрезидентська республіка” для позначення всіх відомих поточної державно-правовій практиці різновидів змішаної республіки засвідчує недостатній рівень наукового дослідження її сутності та правових ознак¹².

Вбачається принаймні необґрунтованим і твердження про те, що змішана республіка “називається напівпрезидентською, а не напівпарламентською, оскільки виконавча влада (в особі президента), домінує над законодавчою владою”¹³. Хибність цього твердження очевидна хоча б з огляду на особливості організації державної влади в парламентарно-президентському різновиді змішаної республіки, у якому конституційно-правовий статус президента зближається зі статусом президента парламентарної республіки й аж ніяк не засвідчує домінування глави держави над законодавчою владою чи уособлення ним виконавчої влади. Збільшення кількості парламентаризованих змішаних республік, зокрема серед пострадянських держав, відображає урахування негативного досвіду президенціалізації форми правління, яка в багатьох випадках спричинила авторитарні тенденції і стала одним із чинників розвитку явища суперпрезидентства. Згаданий досвід допоміг усвідомити небезпеку зближення змішаної республіки з президентським “материнським” типом, яке нівелює її цінні риси і спричиняє “реставрацію” вад президентської форми правління. Організація державної влади в парламентарно-президентській республіці засвідчує намір подолати можливість функціонального тяжіння змішаної республіки до президентської форми правління засобом її конституційного зближення з парламентарною формою правління. По суті, конститутивні характеристики парламентарно-президентської республіки не дають найменших підстав визначати її напівпрезидентською формою правління. В іншому, – збалансо-

¹¹ Сергій Олейников, ‘Форма держави’ в М Цвік, В Ткаченко, О Петришин, *Загальна теорія держави і права* (Право 2002) 89-90.

¹² Вікторія Протасова, ‘Парламентсько-президентська республіка: сутність, особливості, різновиди’ (автореф дис канд юрид наук, Національна юридична академія України ім Ярослава Мудрого 2008) 3.

¹³ Олег Зазнаєв, ‘Полупрезидентская система: политико-правовой анализ’ (дис д-ра юрид наук, Казанский государственный университет им Ульянова-Ленина 2007) 175.

ваному різновиді змішаної республіки, – президент відіграє домінуючу роль у державному механізмі лише за умови, якщо він – партійний лідер парламентської більшості. Якщо такий лідер прем'єр-міністр, що характерно для ситуації “співіснування” різнопартійних президента і прем'єр-міністра, домінування президента неможливе.

Сама думка про ототожнення президента змішаної республіки з виконавчою владою суперечить ідеї наскрізного характеру його повноважень щодо всього державного механізму, його координаційно-арбітражній функції, яка передбачає функціональну інтеграцію президента у всі галузі влади. Функціонально “нейтральний” характер інституту президента – неповторювана у класичних республіканських формах правління конститутивна риса змішаної республіки.

Показово, що відомий дослідник змішаної республіканської форми правління – Дж. Сарторі, використовуючи поняття “напівпрезидентська форма правління”, зазначає, що адекватне розуміння цього поняття не передбачає його буквального сприйняття¹⁴. Особливою і самобутньою рисою змішаної республіки, як вказує науковець, є конституційно встановлений, відносно урівноважений поділ виконавчої влади між президентом і прем'єр-міністром. У спеціальній літературі згадана риса змішаної республіки отримала назву “дуалізм виконавчої влади”. Змішаним республікам відомі різні форми співвідношення компетенції президента і прем'єр-міністра у виконавчій галузі, однак важливо те, що форма правління може вважатися змішаною республікою доти, доки зберігається дуалізм виконавчої влади.

Вказуючи на відносну збалансованість можливостей президента і прем'єр-міністра визначати зміст урядової політики, Дж. Сарторі говорить:

Президент повинен ділитися повноваженнями (виконавчими. – Р. М.) з прем'єр-міністром <...> будь-яка напівпрезидентська система повинна деяким чином встановлювати двовладдя між президентом, який є главою держави, і прем'єр-міністром, який очолює уряд (курсив. – Р. М.)¹⁵.

При цьому “коливання” форми правління – перемінне функціональне зближення змішаної республіки з її президентським або парламентарним “материнськими” типами, як стверджує Дж. Сарторі, ‘відображають відповідний статус верховенства одного над іншим (президента над прем'єр-міністром і навпаки. – Р. М.)¹⁶. Науковець, таким чином,

¹⁴ Сарторі (н 3) 115.

¹⁵ Там само 115-6.

¹⁶ Там само 117.

не лише не визначає президента главою виконавчої влади, а й вважає, що в “повноцінній” змішаній республіці президент не має конституційних повноважень, які б забезпечували йому можливість незмінного домінування над прем’єр-міністром. Навіть у тому випадку, коли відбувається ухил форми правління в напрямі президенціалізму, статус президента змішаної республіки неможливо ототожнити зі статусом глави держави у президентській формі правління. Попри те, що президент домінує над прем’єр-міністром, він не здійснює своїх виконавчих повноважень без уряду, як у президентській республіці, де президент ‘управляє один, тобто і є урядом’¹⁷.

За аналогією з поняттям “напівпрезидентська республіка” такою ж мірою некоректним вбачається термін “напівпарламентарна (напівпарламентська) республіка”. Аргументи тут подібні. У випадку функціонального зближення змішаної республіки з парламентарною формою правління у ситуації “співіснування”, коли президент і прем’єр-міністр – представники супротивних політичних сил, президент зберігає суттєву частину повноважень, реалізація яких не потребує контрастної сигнації з боку прем’єр-міністра. Легітимований загальними виборами президент не перебуває в такій залежності від прем’єр-міністра, як президент, обраний законодавчим органом парламентарної республіки і не набуває характеристик “безвладної” політичної фігури.

З урахуванням того факту, що дуалізм виконавчої влади є конститутивною ознакою будь-якого різновиду змішаної республіки і зберігається за будь-якої розстановки політичних сил на рівні вищих органів держави, неможливо погодитися із судженням про те, що П’ята Французька Республіка є:

Президентсько-парламентською, тому що повноваження президента в період “співіснування влади” дозволяють йому конкурувати з парламентом щодо формування уряду й не перетворюють його на номінальну главу держави¹⁸.

Дуалізм виконавчої влади – одна з мінімально-необхідних ознак змішаної республіки, яка не засвідчує наявності якогось конкретного різновиду цієї форми правління.

Змішана республіка поєднує низку рис президентської і парламентарної республік, і саме в цьому смислі вона змішана форма правління¹⁹. Водночас змішана республіка – це самостійний тип республіканської

¹⁷ Сарторі (н 3) 118.

¹⁸ Протасова (н 1) 105.

¹⁹ Олег Зазнаєв, ‘Дихотомія versus трихотомія: проблема типології систем правління в політології’ в М Фарукшин, *Проблеми політичної науки* (Центр інноваційних технологій 2005) 52.

форми правління. Було б хибно стверджувати, що вона є лише результатом “змішування” елементів класичних республіканських моделей. Сутність змішаної республіки не зводиться до будь-якого більш-менш урівноваженого поєднання елементів президентіалізму і парламентаризму. Якщо б це було так, зміна розстановки політичних сил у складі парламентської більшості, на постах президента і прем’єр-міністра, яка б посилювала вплив на державний механізм його відповідного елементу, спричиняла б і “перетікання” цієї форми правління в одну з класичних республік. Однак незмінюваність конститутивних атрибутів змішаної республіки за будь-якої розстановки політичних сил на рівні вищих органів державної влади, а також її стійкість у ситуації політичної кризи, за якої вона не трансформується в один із класичних типів республіки, переконливо засвідчують, що змішана республіка – це не якась перехідна нестійка форма правління. Хоча змішана республіка й поєднує в собі елементи двох протилежних (з погляду способу реалізації принципу поділу влади) форм правління, вона не є якимось суперечливим, частковим відхиленням від президентської чи парламентарної республіки.

У змішаній республіці елементи президентіалізму та парламентаризму не так поєднуються, як трансформуються в дещо нове, не відоме для класичних типів республіканської форми правління. Тому змішана республіка не виникає внаслідок безсистемного поєднання елементів президентської та парламентарної форм правління. Це пояснює, чому далеко не всяка республіканська форма правління, яку з огляду на її конституційно-правові ознаки неможливо класифікувати президентською або парламентарною республікою, апріорі повинна бути визначена змішаною республікою. Синтез елементів президентіалізму і парламентаризму зумовлює появу в змішаній республіканській формі правління цілком специфічних рис, які не повторюються у класичних республіках.

Комбінація рис у змішаній республіці така, що вона призводить до появи нової якості. Це вже не просте змішування класичних республіканських форм правління, а створення принципово нової форми правління. Характеризуючи організацію державної влади у змішаних республіках, В. Чиркін зазначає: ‘Попри таку назву (змішана республіка. – Р. М.), наряд чи їх можна назвати тільки змішаними формами правління. По суті, це гібрид, який демонструє народження нової якості, нової форми правління²⁰. І саме власні, неповторювані в інших республіканських формах правління риси дають підстави вважати змішану республіку самобутньою й особливою формою правління з найбільш внутрішньо збалансованою організацією державної влади. З огляду на цей факт визначення

²⁰ Вениамин Чиркин, *Глава государства: сравнительно-правовое исследование* (Норма 2010) 86.

змішаної республіки як напівпрезидентської форми правління некоректне. Адже змішана республіка – це не форма правління, що нормативно чи функціонально тяжіє до президентської республіки й переважно відтворює елементи (а також вади) останньої.

Висновки. Зважаючи на викладене вище, очевидно, що “напівпрезидентська республіка” – термін не надто вдалий для відображення сутності того, що ним позначається. Вбачається, що цей термін більш придатний для позначення особливої перехідної президенціалізованої республіканської форми правління, яка у формально-правовому сенсі поєднує ознаки змішаної і президентської республік, однак функціонально зближається з останньою. У багатьох випадках цінні риси змішаної республіки виявилися нівельованими її президенціалізацією. Президенціалізація форми правління – це зміна характеру взаємовідносин між вищими органами державної влади, позначена зростанням можливостей впливу (формально-юридичних і фактичних) на ці взаємовідносини з боку глави держави. Трансформація форми правління у багатьох посткомуністичних країнах переконливо засвідчила, що непривабливими наслідками президенціалізації змішаної республіки є встановлення адміністративної підпорядкованості президенту членів уряду та зведення нанівець можливості, точніше, перетворення на юридичну фікцію права парламенту припиняти повноваження вищого органу виконавчої влади. Надмірне посилення влади президента руйнує такі конститутивні атрибути змішаної республіки, як дуалізм виконавчої влади та парламентська відповідальність уряду. Таким чином, глибока президенціалізація змішаної республіки спричиняє її фактичне перетворення на перехідну (проміжну) між президентською і змішаною республіканською формами правління. Така перехідна форма правління є справді напівпрезидентською республікою. Вона не змішана республіка, оскільки не має необхідної сукупності її юридичних ознак; і не президентська форма правління, оскільки містить окремі елементи змішаної республіки і не встановлює “жорсткого” поділу влади.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Ardan F, *Francija: gosudarstvennaja sistema [France: The State System]* (Juridicheskaja literatura 1994) (in Russian).
2. Chirkin V, *Glava gosudarstva: sravnitelno-pravovoe issledovanie [Head of State: Comparative Law Study]* (Norma 2010) (in Russian).

Роман Мартинюк

3. Protasova V, *Parlamentsjko-prezydentsjka respublika: sutnistj, osoblyvosti, riznovydy* [Parliamentary-Presidential Republic: Essence, Features, Varieties] (Pravo 2009) (in Ukrainian).
4. Simonishvili L, *Formy pravlenija: istorija i sovremennost* [Forms of Government: History and Modernity] (Flinta: MPSI 2007) (in Russian).
5. Zaznaev O, *Poluprezidentskaja sistema: teoreticheskie i prikladnye aspekty* [Semi-Presidential System: Theoretical and Applied Aspects] (Kazanskij Gosudarstvennyj Universitet im Uljanova-Lenina 2006) (in Russian).

Edited and translated books

6. Olejnykov S, 'Forma derzhavy' ['State Form'] v Cvik M, Tkachenko V, Petryshyn O, *Zagaljna teorija derzhavy i prava* [General Theory of State and Law] (Pravo 2002) (in Ukrainian).
7. Sartori Dzh, *Porivnjalna konstitucijna inzhenerija: doslidzhennja struktur, motyviv i rezuljtativ* [Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes] (O Moroz per, I Hrytsaik red, ArtEk 2001) (in Ukrainian).
8. Zaznaev O, 'Dihotomija versus trihotomija: problema tipologii sistem pravlenija v politologii' ['Dichotomy Versus Trichotomy: Typology Problem of Government Systems in Political Science'] v Farukshin M, *Problemy politicheskoi Nauki* [Problems of Political Science] (Centr Innovacionnyh Tehnologij 2005) (in Russian).

Articles

9. Chirkin V, 'Netipichnye formy pravlenija v sovremenom gosudarstve' ['Atypical Forms of Government in Modern State'] (1994) 1 Gosudarstvo i pravo 109 (in Russian).
10. Shatilo V, 'Prezydent u mekhanizmi derzhavnoi vlady: dejaki pytannja vitchyznjanoi ta zarubizhnoi teorii i praktyky' ['President in the State Power Mechanism: Some Issues of National and Foreign Theory and Practice'] (2014) 2 Visnyk Akademiyi advokatury Ukrajinjy 12 (in Ukrainian).

Thesis abstracts

11. Protasova V, 'Parlamentsko-prezydentska respublika: sutnist, osoblyvosti, riznovydy' ['Parliamentary-Presidential Republic: Essence, Features, Varieties'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Nacionaljna Jurydychna Akademiya Ukrajinjy im Jaroslava Mudrogho 2008) (in Ukrainian).

Dissertation

12. Zaznaev O, 'Poluprezidentskaja sistema: politiko-pravovoj analiz' ['Semi-Presidential System: Political and Legal Analysis'] (dis d-ra jurid nauk, Kazanskij gosudarstvennyj universitet im Uljanova-Lenina 2007) (in Russian).

Roman Martyniuk

A MIXED REPUBLIC –
THE SEMI-PRESIDENTIAL FORM OF RULE?

ABSTRACT. The literature on statehood often uses the term “semi-presidential republic” to denote a mixed republican form of rule. However, this term is far from showing that a mixed republic does not have its own essence and distinctive logic according to which state

power is organized, or that it tends to the presidential form of rule, given its normative features or functional characteristics. This manner of seeing the essence of a mixed republic is in discord with the fact of fundamental dissimilarity of some of its constitutive features with the characteristics of the presidential form of rule, and therefore it may not have scientifically acceptable justification.

The purpose of this article is to give arguments about scientific incorrectness of using the term “semi-presidential republic” to refer to a mixed republican form of rule.

The parliamentary system elements inherent in a mixed republic give reason to believe that, in the general outline, organization of state power in this form of rule is largely similar to the organization of state power in a parliamentary republic. The key features of parliamentarism in a mixed republic are the constitutional restrictions of the means available to the President to influence the organization and activities of the executive branch of power, and also the parliamentary way of forming the government, its parliamentary responsibility, and the institution of countersignature. In general, the correlation of elements of presidentialism and parliamentarism in a mixed republic is capable of determining its leaning towards one of the two classical republican forms of rule, and also of leaving it on an equal “distance” from both of them.

Given the constitutive features of the mixed republican form of rule, it would be justified to believe that “semi-presidential republic” is not a perfect term to reflect the essence of what it refers to. This term is more appropriate to denote a specific transitional presidentialized republican form of rule which combines, in formal legal sense, the features of mixed and presidential republics, but in functional terms is more close to the latter. Such a transitional form of rule, being widespread among the post-Soviet states often demonstrating a rather eclectic combination of the elements of presidential and mixed republics, is actually a semi-presidential republic. It is not a mixed republic, since it lacks a necessary set of relevant legal attributes; and it is not a presidential form of rule since it contains some elements of a mixed republic and does not establish a “rigorous” division of power.

KEYWORDS: presidential republic; parliamentary republic; mixed republic; semi-presidential republic, parliamentary method of forming the government; parliamentary responsibility of the government; dualism of the executive branch of power; institute of countersignature.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО



Андрій Мота

кандидат юридичних наук, доцент,
докторант Національної академії
Державної прикордонної служби України
імені Богдана Хмельницького
(м. Хмельницький, Україна)
atom_75@ukr.net

УДК 342.951:351.746.1 (477)

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ІДЕНТИФІКАЦІЇ НЕЛЕГАЛЬНИХ МІГРАНТІВ, ЯКІ ВИЯВЛЯЮТЬСЯ ОРГАНАМИ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

Анотація. Значна кількість мігрантів затримуються органами охорони державного кордону України без будь-яких документів, що посвідчують особу і дають змогу їх ідентифікувати. Способи встановлення персональної інформації про таких осіб є обмеженими та потребують додаткової регламентації. Відповідна правоохоронна діяльність виявилася недостатньо дослідженою, що важливо для забезпечення національної безпеки в умовах існування міграційних загроз.

Мета статті полягає у встановленні призначення, юридичної природи та особливостей правової регламентації ідентифікації нелегальних мігрантів, які виявляються органами Державної прикордонної служби України, а також визначення їх повноважень у процесі охорони державного кордону і контролю в'їзду в Україну, виїзду з України іноземців та осіб без громадянства.

У статті використано результати опитування анкетованих у 2017 р. військово-службовців і працівників Державної прикордонної служби України щодо способів, які слід застосовувати для ідентифікації іноземців та осіб без громадянства.

Залежно від завдань, які виконують підрозділи охорони державного кордону, аналізуються види ідентифікаційних процедур. Розрізняється ідентифікація під час прикордонного контролю та для забезпечення примусового видворення (реадмісії) за межі України. Встановлено, що в законодавстві зазначаються такі ідентифікаційні способи, як перевірка документів та запити до дипломатичних представництв або консульських установ. Персонал органів та підрозділів охорони державного кордону розглядає нерегламентовані засоби ідентифікації (моніторинг інтернет-ресурсів, психологічне спостереження, робота з діаспорами на території країни, соціокультурне порівняння) як додаткову можливість з'ясувати окремі відомості про нелегального мігранта. Запропоновано характеризувати ідентифікацію нелегальних

© Андрій Мота, 2018

мігрантів як адміністративно-правовий механізм, що дає можливість комплексно врахувати всі аспекти такої правоохоронної діяльності. Удосконалення цього механізму передбачається через збільшення засобів ідентифікації та регламентацію повноважень щодо її здійснення.

Перспективи застосування ідентифікаційних методів пов'язані з необхідністю попередити в'їзд на територію України небажаних осіб. Набуватиме поширення біометрична фіксація та її використання в поєднанні з традиційними способами прикордонного контролю.

Ключові слова: адміністративно-правовий механізм; біометрична фіксація; ідентифікація; нелегальна міграція; прикордонна служба.

Ідентифікація подорожуючих, її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями зумовлена євроінтеграційними прагненнями України та необхідністю запровадження ефективних механізмів управління в міграційній сфері. Міжнародні зобов'язання та національна регламентація визначили нові поняття і завдання перед органами, які здійснюють охорону кордону та протидіють нелегальній міграції. Відповідна правоохоронна діяльність виявилася також важливою в умовах "гібридної війни", коли для забезпечення національної безпеки потрібно контролювати міграційні потоки і виявляти потенційно небезпечних осіб.

Протягом 2017 р. посадовими особами Державної прикордонної служби України (далі – Держприкордонслужба України) відмовлено в пропуску через державний кордон 5 119 іноземцям – потенційним нелегальним мігрантам. За цей же період затримано 3 813 нелегальних мігрантів (у 2016 р. – 2 656), із яких за незаконне перетинання кордону – 886 осіб, за порушення правил перебування в Україні – 2 854 особи, за інші адміністративні правопорушення – 4 осіб¹. Остаточна реакція на такі протиправні діяння пов'язана з заходами адміністративного примусу, що можуть бути застосовані лише до визначеної особи. На основі ідентифікації затриманого нелегального мігранта можливо забезпечити процесуальну діяльність щодо його примусового видворення (реадмісії) з урахуванням принципів законності, поваги і дотримання прав та свобод людини.

Оскільки "ідентифікація" є багатогранним поняттям, вона стала предметом досліджень у галузі педагогіки, політології, психології, соціології та філософії. Щоправда, представники цих наукових галузей переважно зосереджували свою увагу на тому, як особа сама себе ідентифікує. В юридичній теорії та практиці постала потреба у встановленні характерних ознак людини іншими, зокрема, уповноваженими на це особами. Згодом важливою стала ідентифікація не лише особи, а й речей, її також

¹ Результати оперативно-службової діяльності Держприкордонслужби: поточний рік' (Державна прикордонна служба України, 16 Січня 2018) <<http://dpsu.gov.ua/ua/potochniy-rik/>> дата звернення 17 Січень 2018.

почали застосовувати в різних галузях права. Протягом останнього часу з'явилися публікації, присвячені окремим аспектам встановлення особи у провадженні в справах про адміністративні правопорушення (В. Кононець, О. Процких), цивільно-правове регулювання ідентифікації фізичної особи (М. Стефанчук), використання криміналістичних знань в адміністративних провадженнях (Є. Додін, Л. Капітанчук, В. Ортинський).

Для розуміння терміна “адміністративно-правовий механізм” важливі наукові розробки С. Алфьорова, Ю. Битяка, О. Беспалової, В. Заросила, Н. Нижник, О. Остапенка, А. Присяжнюка, Л. Юзькова. Окремо слід відзначити дослідження С. Константінова, О. Косиці, В. Олефіра, Д. Муратової, Н. Тиндик, які застосовують це поняття для характеристики правового регулювання міграційних процесів.

О. Білоконь, А. Ільницький, Н. Косяк та О. Процких досліджували ідентифікацію (встановлення особи) іноземців, проте їхні праці стосувалися деяких державних органів (дипломатичних установ, міграційної служби, поліції (міліції)), можливості використання закордонного досвіду або лише окремих аспектів вказаної діяльності (під час контролю перетинання адміністративних меж із тимчасово окупованою територією).

Мета дослідження. Дослідження ідентифікації нелегальних мігрантів, які виявляються органами Держприкордонслужби України, має за мету встановлення призначення, юридичної природи та особливостей правової регламентації цього процесу, а також визначення відповідних повноважень органів, що охороняють державний кордон і покликані контролювати в'їзд в Україну та виїзд з України іноземців та осіб без громадянства.

Криміналістична ідентифікація (від пізнолат. *indentifico* – ототожнюю) – це ‘процес встановлення тотожності об'єкта або особи за сукупністю загальних та окремих ознак (наприклад, ідентифікація особи за почерком, слідами рук, зняття злочину – за слідами на перешкоді тощо)².

У літературі з адміністративного права предметом досліджень стало подібне поняття “встановлення особи”, зважаючи, зокрема, на процесуальну мету застосування заходів забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення. Адміністративне затримання строком до трьох діб стосовно осіб, які вчинили порушення законодавства України з прикордонних питань, або про правовий статус іноземців може бути застосовано саме з цією метою.

Активне застосування терміна “ідентифікація” в українському міграційному законодавстві пов'язане з укладенням Угоди між Україною та Європейським Співтовариством про реадмісію осіб, положення якої

² Дмитрій Ісютин-Федотков, *Криміналістический словарь-справочник* (Юрлитинформ 2010) 137.

щодо громадян третіх країн набули чинності з 2010 р.³ Після цього вказаний термін з'явився у реформованому міграційному законодавстві. Закон України “Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту” передбачає ідентифікацію особи як заходи:

Пов'язані із встановленням органами виконавчої влади особи заявника, який звернувся із заявою про визнання його біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, і не має документів, що посвідчують його особу, або такі документи фальшиві⁴.

У Законі України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства” ідентифікація пов'язується з іншими заходами: затримання; розміщення у пунктах тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства, які незаконно перебувають в Україні; примусове видворення (реадмісія) за межі України. Важливим також стало те, що визначено строк, необхідний для ідентифікації (та забезпечення примусового видворення (реадмісії) за межі України), який із 2016 р. не може перевищувати 18 місяців⁵. Відповідно, ідентифікація почала згадуватися у процесуальному законодавстві, що регламентує діяльність адміністративних судів із розгляду адміністративних позовів про примусове видворення іноземців та осіб без громадянства.

Згодом було наведено поняття ідентифікації особи в Законі України “Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус”, у якому (чинна редакція) вказано на можливість використання біометричних даних (параметрів) і застосування реєстрів, картотек, баз даних тощо. Перевагою цього поняття стало визначення результату – встановлення особи⁶.

У процесі охорони державного кордону та виконання обов'язків на адміністративній межі з Автономною Республікою Крим і в районі проведення антитерористичної операції ідентифікація нелегальних мігрантів, які виявляються органами Держприкордонслужби України, має суттєві особливості. Як зазначає О. Процких, ‘встановлення особи, що перетинає кордон, у технологічних схемах відображена як послідовність

³ Угода між Україною та Європейським Співтовариством про реадмісію осіб від 18 червня 2007 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2008. № 9. Ст. 86.

⁴ Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту: Закон України від 8 липня 2011 р. № 3671-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 16. Ст. 146 (з наступними змінами та доповненнями).

⁵ Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства: Закон України від 22 вересня 2011 р. № 3773-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 19–20. Ст. 179 (з наступними змінами та доповненнями).

⁶ Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус: Закон України від 20 листопада 2012 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 51. Ст. 716 (з наступними змінами та доповненнями).

дій, пов'язаних із перевіркою документів⁷. Проте перевірка документів не завжди призводить до результату – встановлення особи. Прикордонний контроль, що, зокрема, включає перевірку документів, обмежений у часі і тому спрямований на встановлення законних підстав для перетинання державного кордону, а не встановлення особи.

Сучасні наука і техніка виробили можливість із високою імовірністю встановити особу та виключити елемент суб'єктивізму. Так, біометрична ідентифікація є процедурою, що заснована 'на технології розпізнавання образів і призначена для однозначного визначення особи людини на основі її біометричних характеристик у порівнянні їх з визначеними еталонами'⁸. Зважаючи на її переваги і загрози національній безпеці, передбачається функціонування "національної системи біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства" з вирішенням таких питань:

Питання необхідного ресурсного забезпечення фіксації біометричних даних іноземців, у тому числі громадян Російської Федерації, та осіб без громадянства під час здійснення прикордонного контролю в пунктах пропуску через державний кордон України та у контрольних пунктах в'їзду-виїзду⁹.

У будь-якому разі без інформації, що використовується як вихідна для порівняння, забезпечити остаточну ідентифікацію і, як результат, встановлення особи на шляхах міжнародного легального сполучення неможливо. Крім того, за даними Держприкордонслужби України, протягом 2016 р. 'основна кількість нелегальних мігрантів намагалася порушити кордон поза пунктами пропуску (2016 рік – 956 осіб (92%), 2015 рік – 1 701 (94%))'¹⁰. Більшість країн – головних постачальників нелегальних мігрантів в Україну є країнами з низьким рівнем достатку та високим рівнем переселення і міграції (В'єтнам, Індія, Шрі-Ланка, Афганістан, Бангладеш, Пакистан та ін.). Тому не дивно, що серед затриманих у 2016 р. прикордонниками іноземців понад 80% взагалі були без документів, що посвідчують особу.

У таких ситуаціях ідентифікація має постделіктний характер і пов'язана з припиненням незаконного стану – перебуванням на території держа-

⁷ О Процких, 'Застосування процедур встановлення особи під час перетину адміністративних меж із тимчасово окупованою територією України' (2014) 3 Право і Безпека 84.

⁸ Ісютин-Федотков (н 2) 138.

⁹ Про посилення контролю за в'їздом в Україну, виїздом з України іноземців та осіб без громадянства, додержанням ними правил перебування на території України: рішення Ради національної безпеки і оборони України від 10 липня 2017 р.: введено в дію Указом Президента України від 30 серпня 2017 р. № 256/2017. *Урядовий кур'єр*. 2017. 2 вересня.

¹⁰ 'Міграційний профіль України за 2016 р.' (Державна міграційна служба України, 2017) <https://dmsu.gov.ua/assets/files/mig_prifil/mig_prifil_2016.pdf> дата звернення 10 Грудень 2017.

ви нелегального мігранта. Відводиться більш тривалий час для того, щоб встановити особу, прийняти відповідне процесуальне рішення щодо неї та забезпечити її виїзд за межі України. Ідентифікаційні процедури фактично стають умовами для здійснення примусового видворення та реадмісії (приймання-передачі осіб). Отже, це інший вид ідентифікації, хоча способи її можуть збігатися з ідентифікацією, що здійснюється під час прикордонного контролю в пунктах пропуску через державний кордон України та у контрольних пунктах в'їзду-виїзду.

Очевидно, що первинний та найбільш повний обсяг інформації про особу можливо встановити в неї самої. Стандартна та поглиблена перевірка документів, що здійснюється у пунктах пропуску через державний кордон (пунктах контролю), зокрема, забезпечується шляхом опитування осіб, які перетинають державний кордон. У такій діяльності важливі не лише практичні навички 'з ідентифікації особи за фотокарткою (фотозображенням) у паспортному документі пред'явника та розпізнавання ознак підроблення (фальсифікації) документів', що отримало своє нормативне підтвердження¹¹. Спеціальні психологічні дослідження вказують на те, що персонал пунктів пропуску через державний кордон переважно опирається на інтуїцію (81%), інколи використовує власні інтелектуальні здібності (11%) та розвинену креативність (8%). Однак у таких випадках можливо виявити недостовірну інформацію за допомогою не інструментальних (психологічних) способів¹².

У межах адміністративного процесу для забезпечення примусового видворення (реадмісії) за межі України важливо виявити не лише недостовірну інформацію, а й достовірно ідентифікувати особу. Арсенал засобів ідентифікації може та повинен зростати, зважаючи на більш тривалий час, що з'являється у посадових осіб Держприкордонслужби України, які не проводять процедури прикордонного контролю, а спеціально призначені для роботи з іноземцями та адміністративного провадження.

Переліку нормативно-визначених способів ідентифікації нелегальних мігрантів, які підлягають примусовому видворенню (реадмісії), не передбачено. Відповідно до п. 2.7 Інструкції про примусове повернення і примусове видворення з України іноземців та осіб без громадянства як такий захід вказано лише 'запити до дипломатичних представництв або

¹¹ Інструкція з організації і здійснення перевірки документів громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які перетинають державний кордон: затверджена наказом Адміністрації Державної прикордонної служби України від 5 червня 2012 р. № 407, зареєстрована в Міністерстві юстиції України 27 червня 2012 р. за № 1083/21395. *Офіційний вісник України*. 2012. № 50. Ст. 2003.

¹² Максим Філіппов, 'Особливості не інструментальної детекції недостовірної інформації правопорушників на державному кордоні' (автореф дис канд псих наук, Нац академія Держ прикордонної служби України ім Б Хмельницького 2014) 12.

консульських установ із долученням двох кольорових фотокарток на кожну особу¹³.

Однак практика оперативно-службової діяльності Держприкордонслужби України засвідчує неефективність ідентифікації нелегальних мігрантів лише за допомогою запитів до дипломатичних представництв або консульських установ. Упродовж 2016 р. до пунктів тимчасового перебування Державної міграційної служби України було переміщено 292 іноземців-правопорушників, із яких ідентифіковано, документовано та видворено 131 (45%) (2015 р. – 216 осіб, ідентифіковано – 106). Залишається неврегульованою проблема в площині ідентифікації затриманих жителів Придністров'я, зокрема процедура їх приймання-передавання, що вимагає додаткових консультацій та узгодження позицій із молдовською стороною.

У науковій літературі простежується намагання встановити нові методи ідентифікації іноземних громадян. Зокрема, О. Білоконь вказує на необхідність ефективної співпраці між країнами та пропонує, серед іншого, запровадити в Україні 'запрошення фахівців з ідентифікації в особі представників конкретної національності з країни передбачуваного походження ідентифікованої особи'¹⁴.

Не слід виключати використання методів криміналістичної ідентифікації. Як зазначає В. Ортинський, в адміністративному процесі, де немає попереднього слідства, можливо говорити про ситуацію стосовно досудового періоду збирання доказової інформації до подавання у суд матеріалів. Така ситуація виникає у момент, коли майбутня сторона процесу звертається за юридичною допомогою і починає збирання потенційних джерел доказової інформації, нерідко вдаючись до криміналістичних засобів (наприклад, огляду документів, консультації фахівця тощо)¹⁵.

Серед анкетованих у 2017 р. військовослужбовців та працівників Держприкордонслужби України більшість (60,7%) вказали опитування як спосіб, який слід застосовувати для ідентифікації іноземців та осіб без громадянства. Понад половина анкетованих осіб вважають необхідними використання біометричного контролю та запитів в уповноважені

¹³ Інструкція про примусове повернення і примусове видворення з України іноземців та осіб без громадянства: затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Служби безпеки України № 353/271/150 від 23 квітня 2012 р., зареєстрована в Міністерстві юстиції України 21 травня 2012 р. за № 806/21119. *Офіційний вісник України*. 2012. № 42. Ст. 1633.

¹⁴ О Білоконь, 'Методи ідентифікації іноземного громадянина' (2014) (2)9-2 Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету, Серія: Юриспруденція 54 <http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2014_9-2%282%29__18> дата звернення 12 Грудень 2017.

¹⁵ В Ортинський, 'Методологічні підходи до створення криміналістичного забезпечення судової діяльності в адміністративному процесі' (2017) 865 Вісник НУ "Львівська політехніка", Серія: Юридичні науки 7.

органи (56,6% і 51,6%). Менша кількість відповідей – щодо оцінки потреби використання для ідентифікації осіб моніторингу інтернет-ресурсів (42,6%), психологічного спостереження (38,5%), роботи з діаспорами на території країни (34,4%) та соціокультурного порівняння (12,3%). Персонал органів та підрозділів охорони державного кордону розглядає такі засоби швидше як додаткову можливість з'ясувати окремі відомості про нелегального мігранта.

Збільшення методів ідентифікації дає можливість комплексно відреагувати на потребу встановлення особи нелегального мігранта. Однак це повинно відбуватися через адміністративно-правовий механізм відповідно до галузевої належності заборони протиправної діяльності іноземця та особи без громадянства. Застосування цієї правової категорії дає можливість уявити ідентифікацію системно, а не як одноразову дію. Тобто за такого підходу може бути враховано не лише всі елементи механізму (суб'єкти ідентифікації, адміністративно-правові норми, що регламентують її здійснення, форми і методи реалізації тощо), а й відображено динамічну сторону ідентифікації з досягнення визначеного результату.

Поняття “адміністративно-правовий механізм” також поєднує процесуальну та управлінську природу ідентифікації нелегальних мігрантів, які виявляються органами Держприкордонслужби України. Ідентифікаційна діяльність не регламентована процесуально. Її здійснення відбувається в управлінській оболонці, яка потребує свого нормативного регулювання. Визначено лише строк ідентифікації, який пов'язано зі строком затримання, та умови, за яких неможливо ідентифікувати іноземця або особу без громадянства (частини 11 і 13 ст. 289 Кодексу адміністративного судочинства України).

Доцільно передбачити проведення ідентифікації іноземців та осіб без громадянства як повноваження Держприкордонслужби України. Така нормативна регламентація на рівні закону забезпечить можливість збору первинної персональної інформації про нелегального мігранта. Щодо окремих форм і методів ідентифікації, то вони можуть бути регламентовані на рівні відомчого нормативно-правового документа, який деталізує вказане повноваження шляхом визначення окремих елементів адміністративно-правового механізму ідентифікації: локальних актів регулювання; органів, підрозділів та посадових осіб, відповідальних за ідентифікацію; способів, які вони можуть застосовувати в процесі ідентифікації; оформлення результатів ідентифікаційної діяльності; особливості контролю за її здійсненням.

Висновки. Таким чином, положення національного законодавства та практика оперативно-службової діяльності Держприкордонслужби

України дає підстави виокремлювати два види ідентифікації нелегальних мігрантів. До першого виду слід віднести ідентифікаційну діяльність, яка відбувається у пунктах пропуску через державний кордон України або контрольних пунктах в'їзду-виїзду під час здійснення прикордонного контролю. Другий вид ідентифікації, що здійснюється органами охорони державного кордону, має постделіктний характер і пов'язаний із припиненням незаконного стану – перебуванням на території держави нелегального мігранта. Ідентифікаційні процедури в такому разі фактично стають умовами для здійснення примусового видворення та реадмісії (приймання-передачі осіб).

Ідентифікація нелегальних мігрантів, які виявляються органами Держприкордонслужби України, характеризується як адміністративно-правовий механізм зі специфічним нормативно-правовим регулюванням (норми міжнародного та національного права), колом відповідних суб'єктів (персонал підрозділів прикордонного контролю, по роботі з іноземцями та адміністративного провадження), методами проведення (біометричний контроль, перевірка документів, психологічне спостереження, запити до дипломатичних представництв або консульських установ). Удосконалення цього механізму передбачається через збільшення методів ідентифікації та регламентації повноважень щодо її здійснення.

Перспективно комплекс повноважень із контролю за міграційними процесами змінюватиметься з урахуванням необхідності попередити в'їзд на територію України небажаних осіб. Механізм їхньої ідентифікації набуває ознак профілактичної діяльності. Важливо виявити нелегального мігранта до того як він потрапить на територію держави. Попередньо зібрані дані використовуються як вихідна інформація для визначення особи на шляхах міжнародного легального сполучення.

Отже, ідентифікація в міграційній сфері спрямована передусім на встановлення особи – людини, яка перетинає чи має намір перетнути державний кордон (державні кордони). Саме тому у процесі ідентифікації набуває поширення використання біометричних даних. Їхня фіксація та використання у поєднанні з традиційними способами прикордонного контролю набуває все ширшого застосування.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Instruksiiia pro prymusove povernennia i prymusove vydvorennia z Ukrainy inozemtsiv ta osib bez hromadianstva [Guidelines for Forced Readmission to and Forced Deportation from Ukraine of Foreigners and Stateless Persons]: zatverdzena nakazom Ministerstva

- vnutrishnikh sprav Ukrainy, Administratsii derzhavnoi prykordonnoi sluzhby Ukrainy, Sluzhby bezpeky Ukrainy [Approved by Order of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, the Administration of the State Border Guard Service of Ukraine, the Security Service of Ukraine] vid 23 kvitnia 2012 r. № 353/271/150, zareiestrovana v Ministerstvi yustytzii Ukrainy [Registered in the Ministry of Justice of Ukraine] 21 travnia 2012 r. za № 806/21119, *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*, 2012, no. 42, Article 1633 (in Ukrainian).
2. Instruksiiia z orhanizatsii i zdiisnennia perevirky dokumentiv hromadian Ukrainy, Inozemtsiv ta osib bez hromadianstva, yaki peretynaiut derzhavnyi kordon [Guidelines for Organization and Making of the Check of Documents of Ukrainian Citizens, Foreigners and Stateless Persons Crossing the State Border]: zatverdzena nakazom Administratsii derzhavnoi prykordonnoi sluzhby Ukrainy [Approved by Order of the Administration of the State Border Guard Service of Ukraine] vid 5 chervnia 2012 r. № 407, zareiestrovano v Ministerstvi yustytzii Ukrainy [Registered in the Ministry of Justice of Ukraine] vid 27 chervnia 2012 r. za № 1083/21395, *Ofitsiinyi Visnyk Ukrainy*, 2012, no. 50, Article 2003 (in Ukrainian).
 3. Pro bizhentsiv ta osib, yaki potrebuuiut dodatkovoho abo tymchasovoho zakhystu [On Refugees and Persons in Need of Additional or Temporary Protection]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 8 lypnia 2011 r. № 3671-VI, *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 2012, no 16, Article 146 (in Ukrainian).
 4. Pro posylennia kontroliu za vizdom v Ukrainu, vyizdom z Ukrainy inozemtsiv ta osib bez hromadianstva, doderzhanniam nymy pravyl perebuvannia na terytorii Ukrainy [On Enhancement of Control over Entry to Ukraine and Departure from Ukraine of Foreigners and Stateless Persons, and Over Their Compliance with the Rules of Stay in Ukraine]: rishennia Rady natsionalnoi bezpeky i oborony Ukrainy [the Decision of the National Security and Defense Council of Ukraine] vid 10 lypnia 2017 r.: vvedene v diiu Ukazom Prezydenta Ukrainy [Enacts Decree of the President of Ukraine] vid 30 serpnia 2017 r. № 256/2017, *Uriadovyi Kurier*, 2 veresnia 2017 (in Ukrainian).
 5. Pro pravovyi status inozemtsiv ta osib bez hromadianstva [On Legal Status of Foreigners and Stateless Persons]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 22 veresnia 2011 r. № 3773-VI, *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 2012, no. 19–20, Article 179 (in Ukrainian).
 6. Pro yedynyi derzhavnyi demohrafichnyi reistr ta dokumenty, shcho pidtverdzhuiut Hromadianstvo Ukrainy, posvidchuiut osobu chy yii spetsialnyi status [On the Unified State Demographic Register and Documents which Confirm the Ukrainian Citizenship, the Identity of a Person or His / Her Special Status]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 20 lystopada 2012 r. № 5492-VI, *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 2013, no. 51, Article 716 (in Ukrainian).
 7. Uhoda mizh Ukrainoiu ta Yevropeiskym Spivtovarystvom pro readmisiuu osib [Agreement between Ukraine and the EU on Readmission of Persons] vid 18 chervnia 2007 r, *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 2008, no 9, Article 86 (in Ukrainian).

Bibliography

Glossary

8. Ysiutyn-Fedotkov D, *Krymynalystycheskyi slovar-spravochnyk [Criminalistic Forensic Glossary]* (Yurlytynform 2010) (in Russian).

Articles

9. Bilokon O, 'Metody identyfikatsii inozemnoho hromadianyna' ['Methods for Identification of a Foreign National'] (2014) (2)9-2 *Naukovyi visnyk mizhnarodnoho*

Андрій Мота

- humanitarnoho universytetu, Serii: Yurysprudentsiia 54 <http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2014_9-2%282%29__18> accessed 12 December 2017 (in Ukrainian).
10. Ortynskyi V, 'Metodolohichni pidkhody do stvorennia kryminalistychnoho zabezpechennia sudovoi diialnosti v administratyvnomu protsesi' ['Methodological Approaches to the Establishment of Forensic Support of Judicial Activities in the Administrative Process'] (2017) 865 Visnyk NU "Lvivska Politekhnik", Serii: Yurydychni nauky 4 (in Ukrainian).
 11. Protskykh O, 'Zastosuvannia protsedur vstanovlennia osoby pid chas peretynu administratyvnykh mezh iz tymchasovo okupovanoi terytorieiu Ukrainy' ['Application of the Personal Identification Procedures in Case of Crossing the Administrative Borders with the Temporarily Occupied Territory of Ukraine'] (2014) 3 Pravo i bezpeka 81 (in Ukrainian).

Thesis abstracts

12. Filippov M, 'Osoblyvosti ne instrumentalnoi detektsii nedostovirnoi informatsii pravoporushnykiv na derzhavnomu kordonii' ['Specific Features of Non-Instrumental Detection of False Information of Offenders at the State Border'] (avtor ef dys kand psykhnauk, Nats Akademiia derzh prykordonnoi sluzhby Ukrainy im B Khmelnytskoho 2014) (in Ukrainian).

Websites

13. 'Mihratsiynyi profil Ukrainy za 2016 r.' ['Migration Profile of Ukraine for Year 2016'] (*Derzhavna mihratsiina sluzhba Ukrainy* 2017) <https://dmsu.gov.ua/assets/files/mig_profil/mig_prifil_2016.pdf> accessed 10 December 2017 (in Ukrainian).
14. 'Rezultaty operatyvno-sluzhbovoi diialnosti Derzhprykordonsluzhby: potochnyi rik' ['Results of Official Operational Activities of the State Border Guard Service: Current Year'] (*Derzhavna prykordonna Sluzhba Ukrainy* 16 Sichnia 2018) <<http://dpsu.gov.ua/ua/potochniy-rik/>> accessed 17 January 2018 (in Ukrainian).

Andriy Mota

LEGAL ADMINISTRATIVE MECHANISM FOR IDENTIFICATION
OF ILLEGAL MIGRANTS DISCOVERED BY BODIES OF THE STATE
BORDER GUARD SERVICE OF UKRAINE

ABSTRACT. A significant number of migrants detained by the bodies of the State Border Guard Service of Ukraine have no identity documents which would allow establishing their identities. The methods of finding out personal data of such individuals are limited and need to be further regulated. Relevant law enforcement activities have been insufficiently investigated, and this is a weighty aspect affecting the national security in the context of current migration threats.

This study is aimed at clarifying the purpose, legal nature and specific features of legal provisions regulating the identification of illegal migrants discovered by the bodies of the State Border Guard Service of Ukraine, and also at determining their powers within the framework of protection of Ukraine's State border and control of entry into Ukraine and exit from Ukraine of foreigners and stateless persons.

www.pravo.ua.com.ua

The article used the results of the 2017 survey of military personnel and employees of the State Border Guard Service of Ukraine conducted with a focus on the methods to be used for identification of foreigners and stateless persons.

The article analyzes the types of identification procedures depending on the tasks allocated to units of the State Border Guard Service and marks out border control identification and identification for forced deportation (readmission) outside of Ukraine. It is established that current laws specify such identification methods as checking of documents and making requests to diplomatic missions or consular offices. The staff of the State border guard bodies and units also consider ad hoc means of identification (monitoring of Internet resources, psychological supervision, contacts with diasporas in the country, and socio-cultural comparison) as an additional way of finding some more information about an illegal migrant. The author proposes to characterize illegal migrant identification as a legal administrative mechanism which allows comprehensively considering all of the aspects of such law enforcement activities. The author believes that this mechanism may be improved by extending the range of identification means and by regulating the powers of its implementation.

The prospects of use of identification methods are linked to the need of preventing the entry of undesirable persons to the territory of Ukraine. Biometric recording will gain more scope, just like its use in combination with traditional methods of State border control.

KEYWORDS: legal administrative mechanism; biometric recording; identification; illegal migration; the State Border Guard Service.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО



Олександр Дроздов

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, адвокат,
голова Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної
комісії адвокатури,
перший проректор Вищої школи адвокатури
(м. Харків, Україна)
drozdov.am1978@gmail.com

УДК 343.1

КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЗА НОВОВІЯВЛЕНИМИ АБО ВИКЛЮЧНИМИ ОБСТАВИНАМИ: НОВІ ВИМІРИ ЗА ЄВРОПЕЙСЬКИМИ СТАНДАРТАМИ

Анотація. Кримінальне провадження за нововиявленими або виключними обставинами повинно здійснюватися відповідно до таких принципів, як *res judicata*, *non bis in idem*, з урахуванням практики Європейського суду з прав людини та рішень Конституційного Суду України та Верховного Суду. Постійне оновлення кримінального процесуального законодавства в частині представленого екстраординарного виду судових проваджень із перегляду судових рішень обумовлює необхідність його теоретичного осмислення.

Метою статті є надання загальнотеоретичної характеристики правової природи провадження за нововиявленими або виключними обставинами у кримінальному судочинстві крізь призму європейських стандартів у галузі прав людини.

Стаття є одним із перших загальнотеоретичних досліджень оновленого кримінального процесуального законодавства України, що регулює провадження за нововиявленими або виключними обставинами, в якому з використанням сучасних методів пізнання, урахуванням новітніх досягнень науки кримінального процесу, крізь призму європейських стандартів надано характеристику окремих сутнісних рис означеного провадження.

Провадження за нововиявленими або виключними обставинами відносять до екстраординарних через те, що перегляд судових рішень вимагає дотримання принципу *res judicata*. Із метою дотримання принципу *res judicata* правом подати заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами судового рішення суду будь-якої інстанції, яке набрало законної сили, вбачається за доцільне наділити лише сторін кримінального провадження, а також потерпілого, його представника та законного представника і представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Цивільний позивач, його представник і законний представник, цивільний відповідач та його представник мають бути

© Олександр Дроздов, 2018

наділені правом подати зазначену заяву лише у частині, що стосується вирішення цивільного позову. Наголошується, що належна правова процедура повинна бути встановлена кримінальним процесуальним законом. Про неї можна вести мову за наявності належної якості законів та судової практики (міжнародна й національна) або ж недоліки неналежного рівня якості законів, так би мовити, виправляються якісною судовою практикою. І навпаки, про відсутність належної правової процедури свідчить відсутність належної якості законів та судової практики або коли положення якісних законів не забезпечено єдністю та послідовністю судової практики. У Кримінальному процесуальному кодексі України для Великої Палати Верховного Суду як органу, який покликаний забезпечувати однакове застосування судами норм права, необхідно встановити належну правову процедуру перегляду за нововиявленими та виключними обставинами остаточних судових рішень, що ухвалені під час досудового розслідування та які набрали законної сили в порядку провадження. Задля запобігання ризику порушення принципу *non bis in idem*, законодавець має включити до цієї процедури низку обмежень не лише за колом обставин, а й за колом вимоги до заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами тощо.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини; Конституційний Суд України; Верховний Суд; *res judicata*; *non bis in idem*; належна правова процедура; нововиявлені або виключні обставини; учасники судового провадження.

Актуальність теми цієї статті обумовлена передусім суттєвими змінами у кримінальному процесуальному законодавстві як чергового етапу судової реформи в Україні, що набула чинності на конституційному рівні 30 вересня 2016 р. Зазначене ж оновлення законодавства відбулося наприкінці 2017 р. та торкнулося багатьох принципових положень судових проваджень із перегляду судових рішень, зокрема й такого екстраординарного виду проваджень із перегляду судових рішень, як провадження за нововиявленими обставинами. Зміни були внесені до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) Законом України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів” (далі – Закон № 2147-VIII). Зокрема, відповідно до пп. 37 п. 7 § 1 розділу 4 Закону № 2147-VIII назву глави 34 КПК України після слова “нововиявленими” доповнено словами “або виключними”. Тому на сьогодні вона звучить так: “Провадження за нововиявленими або виключними обставинами”. Зазнала змін і низка інших положень цієї глави, наприклад, законодавець зважив на доктринальні дискусії та доповнив її новими обставинами, які є підставами для здійснення кримінального провадження за нововиявленими або виключними обставинами. Також оновлені правові процедури подання заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами та здійснення перегляду судового рішення за

наведеними обставинами. Таким чином, оновлення кримінального процесуального законодавства обумовлює необхідність його теоретичного осмислення на предмет забезпечення прав людини й основоположних свобод під час судового провадження з перегляду судових рішень.

Слід зазначити, що питання перегляду судових рішень у кримінальному процесі становлять значний науковий інтерес та їх дослідженням займалися учені різних часів: І. Фойницький, В. Случевський, С. Вікторський, Л. Богословська, Т. Варфоломеева, І. Вернидубов, І. Гловюк, М. Гродзинський, Ю. Грошевий, К. Івасенко, Є. Коваленко, О. Кашка, О. Костюченко, Л. Лобойко, П. Лупинська, В. Маляренко, Є. Мартинчик, В. Маслов, В. Маринів, О. Михайленко, І. Михайловська, М. Михеєнко, О. Мізуліна, І. Мірошніков, В. Молдован, Я. Мотовіловкер, Н. Муратова, Г. Омеляненко, І. Перлов, П. Пилипчук, В. Познанський, В. Попелюшко, В. Потапов, А. Рівлін, М. Строгович, М. Сірий, В. Теремецький, В. Фінько, В. Шибіко та ін.

Проте власне інституту перегляду судових рішень за нововиявленими та/або виключними (новими) обставинами присвячено не так вже й багато досліджень. До них, крім праць автора цих рядків¹, слід віднести наукові праці Г. Анашкіна, В. Баскакової, В. Балакшина, В. Беднарської, М. Белобабченко, Л. Берсугурової, В. Блінова, Н. Бобечко, М. Ведіщева, І. Великої, М. Громова, В. Давидова, Ю. Денисова, В. Дорошкова, Ю. Дьоміна, А. Зумакулова, К. Камчатова, М. Міхеєнкової, В. Посніка, Н. Сизої, А. Собеніна, О. Татарова, Б. Тетеріна, В. Фігурського, Ю. Фідрі, Я. Фільова, І. Чащиної та ін.

Мета дослідження. Статтю присвячено дослідженню сучасних тенденцій розвитку провадження за нововиявленими та виключними обставинами у кримінальному судочинстві в контексті таких принципів, як *res judicata, non bis in idem, favor defensionis* з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та рішень Конституційного Суду України (далі – КСУ) й Верховного Суду, а також висвітленню окремих недоліків змін до КПК України.

Насамперед право на здійснення кримінального провадження за нововиявленими обставинами впливає з положень міжнародних актів у галузі прав людини, таких як Загальна декларація прав людини (статті 7, 8, 10), Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (ст. 14), Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) (ст. 6) та Протоколу № 7 до Конвенції (ст. 4). Крім того, відповід-

¹ Олександр Дроздов, 'Проблеми перегляду судових рішень в порядку виключного провадження' (2010) 8 Вісник Верховного Суду України 21; Олександр Дроздов, 'Провадження за нововиявленими обставинами' в В. Тацій (ред.), *Кримінальний процес* (Право 2013) 643; Олександр Дроздов, 'Актуальні проблеми реалізації окремих засад кримінального процесу в провадженні за нововиявленими обставинами' (2014) 2 Вісник Національної академії правових наук України 156.

но до вимог статей 8, 9 КПК України слід ураховувати й практику ЄСПЛ при застосуванні кримінального процесуального законодавства України в означеному аспекті, що, безперечно, сприятиме розвитку кримінального процесу загалом².

Натомість Конституція України в ст. 55 гарантує, що права і свободи людини та громадянина захищаються судом. При цьому КСУ у своєму рішенні від 30 січня 2003 р. зазначив, що відповідно до ч. 1 ст. 124 Основного Закону правосуддя в Україні здійснюють виключно суди. При цьому за своєю суттю правосуддя визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення у правах³. Права і свободи людини можуть бути захищені тільки в разі ухвалення судом законного, обґрунтованого і вмотивованого рішення. Однак судові рішення, яке є законним, обґрунтованим і вмотивованим під час його ухвалення, може перестати бути таким згодом, наприклад, у зв'язку з тим, що судом під час розгляду справи не були враховані важливі обставини, які можуть мати істотне значення для розглянутої справи. Цими обставинами згідно з оновленою відповідно до Закону № 2147-VIII ст. 459 КПК України є нововиявлені або виключні обставини. Аналіз наведеного кола обставин дає змогу дійти висновку, що незаконне, необґрунтоване та невмотивоване судові рішення може бути ухвалене за різних умов. Найчастіше судові помилки обумовлені неповнотою, необ'єктивністю та однобічністю дослідження фактичних обставин у кримінальному провадженні та неправильною оцінкою доказів. Утім, деякі судові помилки допускаються тому, що окремі, важливі для правильного розгляду і вирішення кримінальної справи обставини не були відомі учасникам кримінального судочинства та були виявлені після набрання судовим рішенням законної сили. Однак неправосудність судового рішення може бути обумовлена й неправомірною поведінкою, зокрема, судді.

Таким чином, зазначені обставини або не існували на момент набрання судовим рішенням законної сили (наприклад, встановлена КСУ неконституційність, конституційність закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи), або, хоча й існували, проте не були відомі суду на час судового розгляду при ухваленні судового рішення.

² Олександр Дроздов, 'Сучасні тенденції розвитку кримінального процесу України (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини)' (2017) 12 Право України 102.

³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) від 30 січня 2003 р. № 3-рп/2003. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03> (дата звернення: 10.12.2017).

Зауважимо, що цей вид провадження відносять до екстраординарних унаслідок того, що перегляд судових рішень вимагає дотримання принципу *res judicata*. У доповіді Європейської Комісії “За демократію через право” (Венеційська Комісія) “Верховенство права” вказується, що юридична визначеність потребує дотримання принципу *res judicata*. Остаточні рішення судів національної системи не повинні бути предметом оскарження, а також вони повинні бути виконані. Системи, де існує можливість скасовувати остаточні рішення, не базуючись при цьому на безспірних підставах публічного інтересу, та які допускають невизначеність у часі, несумісні з принципом юридичної визначеності. Насамкінець необхідно зазначити, що судові рішення мають бути ефективно виконані і не повинно існувати можливості (окрім надзвичайно *виняткових випадків*) переглядати остаточне судове рішення (дотримання принципу *res judicata*)⁴. Наведений підхід втілюється й у відповідній практиці ЄСПЛ. Так, у рішенні у справі “Пономарьов проти України” він нагадав, що право на справедливий розгляд судом, яке гарантовано у п. 1 ст. 6 Конвенції, має розумітися у світлі її преамбули, у відповідній частині якої зазначено, що верховенство права є спільною спадщиною Високих Договірних Сторін. Одним із фундаментальних аспектів верховенства права є принцип юридичної визначеності, який передбачає повагу до принципу *res judicata* – принципу остаточності рішень суду. Цей принцип наголошує, що жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та обов’язкового рішення суду просто тому, що вона має на меті добитися нового слухання справи та нового її вирішення. Повноваження вищих судових органів стосовно перегляду мають реалізовуватися для виправлення судових помилок і недоліків судочинства, але не для здійснення нового судового розгляду. Перегляд не повинен фактично підмінити собою апеляцію, а сама можливість існування двох точок зору на один предмет не є підставою для нового розгляду. Винятки із цього принципу можуть бути лише за наявності підстав, обумовлених обставинами важливого та вимушеного характеру (п. 40)⁵.

У другому документі, ухваленому Венеційською Комісією на 106-му пленарному засіданні, який має назву “Мірило правовладдя”, також зроблено акцент на тому, що *res judicata* означає: коли за апеляційною скаргою ухвалено остаточне рішення, то подальші звернення в апеляційному порядку неможливі; слід визнавати остаточні рішення і дотримуватися їх, за винятком того, що є незаперечні підстави для їх перегляду

⁴ Доповідь, схвалена Венеційською Комісією Ради Європи на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року) “Верховенство права” (2011) 10 Право України 179.

⁵ Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Пономарьов проти України” від 3 квітня 2008 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_434/print (дата звернення: 11.12.2017).

(п. 63)⁶. Принагідно зауважимо, що у розділі VIII Висновку Консультативної ради європейських суддів № 20 (2017) про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону (далі – Висновок № 20 (2017)) наголошується на тому, що саме однакове й уніфіковане застосування закону забезпечує загальнообов’язковість закону, рівність перед законом та правову визначеність у державі, яка керується верховенством права. Єдине застосування законів поліпшує громадське сприйняття справедливості та правосуддя, а також довіру до здійснення правосуддя⁷. Загалом принцип правової визначеності, як цілком слушно стверджує С. Шевчук, ставить певні вимоги не тільки до нормативно-правових актів, а й до практики їх застосування. Відповідно до нього суди повинні за однакових фактичних умов в аналогічних справах ухвалювати аналогічні рішення, зміст яких не очікувався жодною зі сторін, а це і є суддівським свавіллям, що суперечить конституційним принципам верховенства права та правової держави⁸. У рішенні КСУ № 2-р/2017 наголошується, що принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості й однозначності правових норм, зокрема їх передбачуваності (прогнозованості) та стабільності (п. 2 мотивувальної частини)⁹. У зв’язку з викладеним вище можна дійти висновку, що, так би мовити, ключовими стейкхолдерами дотримання принципу *res judicata* під час провадження за нововиявленими або виключними обставинами є законодавець та суди.

Додамо, що лише у разі дотримання наведених європейських стандартів можна буде вести мову про виконання завдань кримінального провадження, зазначених у ст. 2 КПК України, зокрема вимоги, щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована *належна правова процедура*. Адже концепція “*належна правова процедура*”, як аргументовано стверджує В. Трофименко, має не тільки процесуальний, а й матеріальний аспект, сутність якого полягає у визначеності закону, відсутність якого фактично означає відсутність належної правової процедури і є підставою для визнання всього процесу неспроможним

⁶ Сергій Головатий, *Мірило правовладдя* (Рада Європи 2017) <[http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/\\$FILE/%D0%9C%D1%96%D1%80%D0%B8%D0%BB%D0%BE%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%B2%D0%BB%D0%B0%D0%B4%D0%B4%D1%8F.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/$FILE/%D0%9C%D1%96%D1%80%D0%B8%D0%BB%D0%BE%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%B2%D0%BB%D0%B0%D0%B4%D0%B4%D1%8F.pdf)> дата звернення 11 Грудень 2017.

⁷ ‘Висновок Консультативної ради європейських суддів № 20 (2017) про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону від 10 листопада 2017 р.’ (Страсбург 2017) <http://www.vru.gov.ua/content/file/%D0%92%D0%B8%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%BA_%D0%9A%D0%A0%D0%84%D0%A1_20.pdf> дата звернення 12 Грудень 2017.

⁸ С Шевчук, ‘Принцип правової визначеності’ в О Петришин (ред), *Загальна теорія права*, т 3 (Право 2016) 619.

⁹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 7 частини другої статті 42 Закону України “Про вищу освіту” від 20 грудня 2017 р. № 2-р/2017. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-17> (дата звернення: 25.12.2017).

і таким, що не відповідає європейським стандартам захисту прав людини і здійснення правосуддя¹⁰.

Таким чином, принципово важливим для законодавчої конструкції провадження за нововиявленими та виключними обставинами є те, що належна правова процедура повинна бути встановлена кримінальним процесуальним законом. Такий закон має складатися із чітких, зрозумілих й однозначних правових норм, які, зокрема, повинні відповідати критеріям передбачуваності (прогнозованості) та стабільності. Саме в межах цієї процедури через однакову й уніфіковану судову практику має бути реалізовано досліджуваний вид провадження. Про належну правову процедуру можна вести мову за наявності належної якості законів і судової практики (міжнародна та національна) або ж недоліки неналежного рівня якості законів, так би мовити, виправляються якісною судовою практикою. І навпаки, про відсутність належної правової процедури свідчить відсутність належної якості законів та судової практики або коли положення якісних законів не забезпечено єдністю та послідовністю судової практики. Належна правова процедура повинна виключати, за загальним правилом, можливість оскарження остаточних судових рішень у кримінальному провадженні. Зі свого боку нормативно визначене існування можливості скасовувати такі остаточні рішення під час провадження за нововиявленими та виключними обставинами повинно базуватися виключно на конкретно встановлених у КПК України підставах, які мають безспірний публічний інтерес, а обставини, які їх становлять, повинні мати важливий і вимушений характер, а також чітку визначеність у часі, наприклад, шляхом встановлення у КПК України строків звернення про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами.

У рішенні у справі “Пономарьов проти України” зазначено, що ця справа стосується *не екстраординарного перегляду остаточного та обов’язкового рішення суду* в порядку нагляду чи за нововиявленими обставинами (див., серед інших справ, рішення у справі від 2 листопада 2004 р. “Трегубенко проти України”, заява № 61333/00, пункти 34–38, а також рішення у справі від 18 листопада 2004 р. “Праведная проти Росії”, заява № 69529/01, пункти 27–34), а відновлення провадження через значний період часу шляхом поновлення строку на ординарне апеляційне оскарження. ЄСПЛ зазначає, що правова система багатьох країн-членів передбачає можливість продовження строків, якщо для цього є обґрунтовані підстави. Водночас, якщо строк на ординарне апеляційне

¹⁰ Володимир Трофименко, *Теоретичні та правові основи диференціації процесуальної форми у кримінальному судочинстві* (Оберіг 2016) 76.

оскарження поновлений зі спливом значного періоду часу та за підстав, які не видаються переконливими, як у цій справі, де нібито складне економічне становище перешкоджало відповідачу сплатити державне мито (див. пункти 19 та 20 вище), таке рішення може порушити як принцип юридичної визначеності, так і перегляд у порядку нагляду. ЄСПЛ визнав, що вирішення питання щодо поновлення строку на оскарження перебуває в межах дискреційних повноважень національних судів, однак такі повноваження не є необмеженими. Від судів вимагається вказувати підстави. Однією з таких підстав може бути, наприклад, неповідомлення сторін органами влади про прийняті рішення у їхній справі. Проте навіть тоді можливість поновлення не буде необмеженою, оскільки сторони в розумні інтервали часу мають вживати заходів, щоб дізнатися про стан відомого їм судового провадження (див., *mutatis mutandis*, рішення у справі від 26 квітня 2007 р. “Олександр Шевченко проти України”, заява № 8371/02, п. 27, а також ухвалу у справі від 14 жовтня 2003 р. “Трух проти України”, заява № 50966/99). У кожній справі національні суди мають перевіряти, чи підстави для поновлення строків для оскарження виправдовують втручання у принцип *res judicata*, особливо як у справі “Пономарьов проти України”, коли національне законодавство не обмежує дискреційні повноваження судів ні у часі, ні в підставах для поновлення строків¹¹. Враховуючи наведені положення, Верховний Суд відмовив у задоволенні клопотань захисника про поновлення строку на перегляд ухвали Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 26 квітня 2001 р. за нововиявленими обставинами. У своїй ухвалі Верховний Суд зазначив, що захисником не наведено причин пропуску процесуальних строків звернення до суду з відповідною заявою, а тому колегія суддів дійшла висновку про відсутність підстав для поновлення пропущеного захисником строку подачі заяв про перегляд рішення ВСУ за нововиявленими обставинами. Водночас суд звернув увагу на те, що вирок відносно засуджених ухвалено в 2000 р., переглянуто ВСУ 26 квітня 2001 р., тобто понад 16 років тому. Усі обставини, на які посилається адвокат у своїх заявах, існували і були відомі учасникам процесу та суду на час розгляду та касаційного перегляду справи. Засуджені не були позбавлені права на захист, оскільки мали захисників. Жодних перешкод протягом значного періоду часу в учасників судового провадження для звернення із заявою про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами не було. Відповідно до ч. 4 ст. 46 КПК України захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється

¹¹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Пономарьов проти України” (н 5).

безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим. Укладення угоди з новим захисником не скасовує попередні процесуальні дії та рішення і не є підставою для вчинення нових. Тому поява нового захисника не може бути поважною причиною для поновлення строків для подання заяв про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами¹².

Проте коли ми ставимо запитання – чи має місце дотримання принципу *res judicata* у конкретних кримінальних процесуальних відносинах? – то, як слушно зазначається у європейському документі “Мірило правовладдя”, слід також дати відповіді на ще декілька запитань, а саме: чи забезпечено повагу до принципу *non bis in idem* (заборони повторного притягнення до відповідальності за те саме діяння)?; чи є можливим перегляд остаточного судового рішення?; якщо так, то за яких умов?¹³.

Серед вказаних вище питань згадано і про необхідність поважати принцип *non bis in idem*, закріплений у ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції. Натомість оцінку відповідним обставинам справи в контексті дотримання принципу *non bis in idem* надає ЄСПЛ відповідно до розробленого ним алгоритму: (а) чи було перше провадження кримінальним за своїм характером; (b) чи були правопорушення, за які переслідувався заявник, одними і тими самими (*idem*); (с) чи було дублювання проваджень (*bis*). ЄСПЛ сформулював критерії оцінки двох правопорушень як тотожних. Тотожність стосується не лише назви правопорушень за законом, а й, що найголовніше, змісту та мети правопорушень. Він вважає, що вислів “одне й те саме правопорушення” згідно зі ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції мусить сприйматися у тому сенсі, що вона забороняє переслідувати чи судити одну особу за друге правопорушення, якщо останнє походить із тих самих фактів або фактів, що “по суті” є такими ж, як і ті, за якими мало місце перше правопорушення. Ця гарантія починає діяти, коли розпочато нове переслідування, а попереднє рішення про виправдання чи засудження вже набрало законної сили. При цьому перше рішення повинно бути “остаточним” по своїй суті, а далі вже слід з’ясувати, чи було воно “кримінальним” у значенні ст. 4 (1) Протоколу № 7 до Конвенції, витлумачене в світлі загальних принципів розуміння понять “кримінальне обвинувачення” у ст. 6 і “покарання” у ст. 7 Конвенції. Значущими факторами у цьому випадку є: правова класифікація злочину в національному законодавстві; характер правопорушення; національна правова характеристика заходу, його мета, природа і ступінь суворості; чи застосовувався захід після засудження у межах кримінальної справи;

¹² Ухвала Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного кримінального суду другої палати від 27 грудня 2017 р. у провадженні № 51-17зно17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71359171> (дата звернення: 06.01.2018).

¹³ Головатий (н 6) 24.

які процедури були проведені для його прийняття і виконання. Важливим є й те, що положення ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції стосуються лише рішень судів однієї і тієї ж самої держави¹⁴. Тому задля запобігання ризику порушення принципу *non bis in idem* законодавець має включити до цієї процедури низку обмежень не лише за колом обставин, а й за колом вимоги до заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами тощо.

До речі, з'ясування правової природи поняття “остаточне судове рішення” у кримінальному провадженні також має стати предметом подальших ґрунтовних наукових розвідок.

Далі в аспекті цього дослідження коротко зупинимося на темпоральних характеристиках Закону № 2147-VIII. За загальним правилом, як зазначається у п. 1 розділу 6 (“Прикінцеві положення”) цього документа зміни до КПК України набирають чинності з дня початку роботи Верховного Суду, визначеного рішенням його Пленуму відповідно до Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, опублікованим у газеті “Голос України”. Як відомо, таким днем є 15 грудня 2017 р. Натомість підпункти 11–27, 45 п. 7 § 1 розділу 4 вводяться в дію через три місяці після набрання чинності цим Законом, не мають зворотної дії в часі та застосовуються до справ, відомості про кримінальне правопорушення яких внесені в Єдиний реєстр досудових розслідувань після введення в дію цих змін. Таким чином, оновлена редакція глави 34 КПК України набрала чинності 15 грудня 2017 р. Утім, відповідно до п. 9 § 3 розділу 4 Закону № 2147-VIII справи у судах першої та апеляційної інстанцій, провадження у яких відкрито до набрання чинності цим Законом, розглядаються за правилами, що діють після набрання ним чинності. Таким чином, розгляд заяв про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами, за якими відкрито кримінального провадження, здійснюється за правилами глави 34 КПК України, що діють після 15 грудня 2017 р. Наразі саме таким чином і формується судова практика¹⁵.

Отже, провадження за нововиявленими обставинами в його інституціональному аспекті є виключним (екстраординарним) різновидом судових проваджень із перегляду судових рішень, у зв'язку з виявленням після набрання ними законної сили таких обставин, які, якщо вони були б своєчасно відомі правосуддю, очевидно, призвели б до ухвалення судом зовсім іншого рішення. Подібні провадження мають місце в криміналь-

¹⁴ Олександр Дроздов, ‘Non bis in idem – європейський орієнтир для забезпечення сталості та єдності судової практики Верховним Судом (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини)’ (2017) 1 Право України 129.

¹⁵ Ухвала колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення Апеляційного суду Донецької області в місті Бахмуті від 28 грудня 2017 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71322954> (дата звернення: 06.01.2018).

них процесах Казахстану, Росії, США (*writ of coram nobis* – англ.), Німеччини, Франції (*pourvoi en revision* – фр.), Японії та ін.

За нововиявленими або виключними обставинами відповідно до вимог статей 459 та 110 КПК України можуть бути переглянуті ухвали, постанови та вирок суду, що набрали законної сили. Натомість згідно зі ст. 500 КПК Казахстану за нововиявленими обставинами може бути переглянуте досить обмежене коло судових рішень: 1) обвинувальний вирок; 2) виправдувальний вирок; 3) постанова про припинення справи; 4) конфіскація майна до вироку суду¹⁶. Однак, на думку М. Когамова, через обмежений зв'язок вироку (постанови) суду першої інстанції з рішеннями апеляційних, касаційних і наглядових судів, а також судів на стадії виконання вироку, перегляду підлягають також постанови судів, винесені у цих стадіях кримінального процесу¹⁷. Проте національна судова практика йде іншим шляхом. Зокрема, на думку слідчого судді Печерського районного суду міста Києва, системний аналіз положень статей 459–467 глави 34 КПК України свідчить про те, що перегляд за нововиявленими обставинами стосується судових рішень, постановлених за результатами розгляду кримінального провадження, а саме відповідно до п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК України, де вказується, що кримінальне провадження – це досудове розслідування та судове провадження. Таким чином, законодавцем визначено, що глава 34 КПК України передбачає перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами, які були ухвалені на стадії судового провадження. Судове рішення, яке просить переглянути адвокат, ухвалене слідчим суддею в порядку глави 26 КПК України, тобто на стадії досудового розслідування. За вказаних підстав слід відмовити у відкритті провадження за заявою адвоката про перегляд ухвали слідчого судді за нововиявленими обставинами¹⁸. Незважаючи на наведені у мотивувальній частині цього рішення аргументи, навряд чи можна беззаперечно погодитися із таким підходом. Перш за все, у викладених вище європейських стандартах, крім посилання на доволі широкі межі дискреційних повноважень держав при вирішенні наведених питань, не йдеться про неможливість перегляду остаточних судових рішень у межах екстраординарних судових проваджень із перегляду судових рішень у зв'язку з тим, що вони ухвалені під час досудового розслідування. Крім того, у разі завершення кримінального провадження стадією досудового

¹⁶ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 г. № 231-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 28 декабря 2017 г.). URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852&doc_id2=31575852#activate_doc=2&pos=552;0&pos2=6072;60 (дата звернення: 03.01.2018).

¹⁷ М. Когамов, *Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Республики Казахстан 2014 года*, т. 2 (Жеті Жарғы 2015) 610.

¹⁸ Ухвала слідчого судді Печерського районного суду міста Києва від 3 січня 2018 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71419322> (дата звернення: 06.01.2018).

розслідування ухвали слідчого судді, якими обмежено права, свободи та інтереси осіб у кримінальному провадженні та щодо яких існують незаперечні підстави для їхнього перегляду, є за своєю суттю остаточними. Адже залишення в силі незаконних, необґрунтованих і невмотивованих судових рішень, зокрема й рішень слідчого судді, суперечить самому смислу ст. 6 Конвенція. Таким чином, зважаючи на правову природу провадження за нововиявленими або виключними обставинами та на оновлені, так би мовити, процесуальні “фільтри” допуску до провадження, наприклад, у Великій Палаті Верховного Суду як органу, який покликаний забезпечувати однакове застосування судами норм права, у КПК України необхідно встановити належну правову процедуру перегляду за нововиявленими та виключними обставинами остаточних судових рішень, що ухвалені під час досудового розслідування та які набрали законної сили в порядку провадження.

Як зазначалося, судові рішення, що набрали законної сили, можуть бути переглянуті в порядку, передбаченому главою 34 КПК України лише за нововиявленими або виключними обставинами.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 459 КПК України у редакції Закону № 2147-VIII *нововиявленими обставинами* законодавець визнав: 1) штучне створення або підроблення доказів, неправильність перекладу висновку і пояснень експерта, завідомо неправдиві показання свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, на яких ґрунтується вирок; 2) скасування судового рішення, яке стало підставою для ухвалення вироку чи постановлення ухвали, що належить переглянути; 3) інші обставини, які не були відомі суду на час судового розгляду при ухваленні судового рішення і які самі собою або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність вироку чи ухвали, що належить переглянути.

Виключними обставинами відповідно до ч. 3 оновленої редакції ст. 459 КПК України визнаються: 1) встановлена Конституційним Судом України неконституційність, конституційність закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи; 2) встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні цієї справи судом; 3) встановлення вини судді у вчиненні злочину або зловживання слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду під час кримінального провадження, внаслідок якого було ухвалено судові рішення.

Цікаво те, що у Німеччині відновлення провадження також можливе лише за наявності однієї з вузько обмежених підстав для відновлення.

Вони поділяються на кримінально карані порушення при ухваленні вироку (так звані “*falsa*”) та нові факти чи докази (так звані “*nova*”)¹⁹.

Не заглиблюючись у межах цієї статті у детальний аналіз кожного з оновлених положень глави 34 КПК України, зазначимо. По-перше, чітко не визначено можливість перегляду судових рішень у зв'язку з ухваленням КСУ рішень щодо офіційного тлумачення Конституції України, які теж є обов'язковими, остаточними і не можуть бути оскаржені (ст. 151² Конституції України та ст. 84 Закону України “Про Конституційний Суд України”). По-друге, знову поза увагою законодавця залишилися питання перегляду судових рішень у межах провадження за нововиявленими або виключними обставинами у разі встановлення органом міжнародної організації, юрисдикція якого визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні цієї справи судом (ст. 55 Основного Закону України). Таким органом відповідно до Пакту про громадянські та політичні права є Комітет з прав людини.

Правом подати заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами судового рішення суду будь-якої інстанції, яке набрало законної сили, згідно зі ст. 460 КПК України наділені учасники судового провадження. Ними є сторони кримінального провадження, потерпілий, його представник і законний представник, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач і його представник, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, представник персоналу органу пробації, третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, а також інші особи, за клопотанням або скаргою яких у випадках, передбачених КПК України, здійснюється судове провадження (п. 26 ст. 3 КПК України). Утім, із метою дотримання принципу *res judicata* правом подати заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами судового рішення суду будь-якої інстанції, яке набрало законної сили, вбачається за доцільне наділити лише сторін кримінального провадження, а також потерпілого, його представника та законного представника і представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Оскільки саме ці учасники кримінального провадження, на нашу думку, мають загальний, наскрізний інтерес у кримінальному провадженні, тотожний за своєю правовою природою інтересу відповідних учасників кримінального провадження як з боку обвинувачення, так і з боку захисту. Інші учасники судового провадження таким правом можуть бути наділені лише у тій частині, що виключно та безпосередньо

¹⁹ Фридрих-Кристиан Шредер и Торстен Феррел, *Уголовно-процессуальное право Германии = Strafprozessrecht* (5-е изд, Инфотропик Медиа 2016) 241-2.

стосується їхніх інтересів. Наприклад, цивільний позивач, його представник і законний представник, цивільний відповідач та його представник мають бути наділені правом подати зазначену заяву лише у частині, що стосується вирішення цивільного позову.

Висновки. Провадження за нововиявленими або виключними обставинами відносять до екстраординарних у зв'язку з тим, що перегляд судових рішень вимагає дотримання принципу *res judicata*. Із метою дотримання цього принципу правом подати заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами судового рішення суду будь-якої інстанції, яке набрало законної сили, вбачається за доцільне наділити лише сторін кримінального провадження, а також потерпілого, його представника та законного представника і представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Цивільний позивач, його представник і законний представник, цивільний відповідач та його представник мають бути наділені правом подати зазначену заяву лише у частині, що стосується вирішення цивільного позову.

Належна правова процедура повинна бути встановлена кримінальним процесуальним законом. Про неї можна вести мову за наявності належної якості законів та судової практики (міжнародна та національна) або ж недоліки неналежного рівня якості законів, так би мовити, виправляються якісною судовою практикою. І навпаки, про відсутність належної правової процедури свідчить відсутність належної якості законів та судової практики або коли положення якісних законів не забезпечено єдністю та послідовністю судової практики. У Кримінальному процесуальному кодексі України для Великої Палати Верховного Суду як органу, який покликаний забезпечувати однакове застосування судами норм права, необхідно встановити належну правову процедуру перегляду за нововиявленими та виключними обставинами остаточних судових рішень, що ухвалені під час досудового розслідування та які набрали законної сили в порядку провадження.

Задля запобігання ризику порушення принципу *non bis in idem* законодавець має включити до цієї процедури низку обмежень не лише за колом обставин, а й за колом вимоги до заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами тощо.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Uголовно-processualnyj kodeks Respubliki Kazahstan [The Criminal Procedure Code of the Republic of Kazakhstan] ot 4 ijulja 2014 g. № 231-V (s izmenenijami

i dopolnenijami po sostojaniju na 28 dekabnja 2017 g.). URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852&doc_id2=31575852#activate_doc=2&pos=552;0&pos2=6072;60 (accessed: 03.01.2018) (in Russian).

Cases

2. Rishennja Jevropejskogho sudu z prav ljudyny u spravi “Ponomarjov proty Ukrajiny” [Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of April 3, 2008 “Ponomariov vs. Ukraine”] vid 3 kvitnja 2008 r. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_434/print (accessed: 11.12.2017) (in Ukrainian).
3. Rishennja Konstytucijnogho Sudu Ukrajiny u spravi za konstytucijnym podannjam Verkhovnogho Sudu Ukrajiny shhodo vidpovidnosti Konstytuciji Ukrajiny (konstytucijnosti) polozhenj chastyny tretjoji statti 120, chastyny shostoji statti 234, chastyny tretjoji statti 236 Kryminaljno-procesualnogho kodeksu Ukrajiny (sprava pro rozghljad sudom okremykh postanov slidchogho i prokurora) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Petition of the Supreme Court of Ukraine Concerning Compliance of Provisions of Part Three of Article 120, Part Six of Article 234 and Part Three of Article 236 of the Criminal Procedure Code of Ukraine with the Constitution of Ukraine (Constitutionality) (Case on Consideration by Court of Some Investigator’s and Public Prosecutor’s Orders)] vid 30 sichnja 2003 r. № 3-rp/2003. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03> (accessed: 10.12.2017) (in Ukrainian).
4. Rishennja Konstytucijnogho Sudu Ukrajiny u spravi za konstytucijnym podannjam 49 narodnykh deputativ Ukrajiny shhodo vidpovidnosti Konstytuciji Ukrajiny (konstytucijnosti) punktu 7 chastyny drughoji statti 42 Zakonu Ukrajiny “Pro vyshhu osvitu” [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Petition of 49 People’s Deputies of Ukraine Concerning Compliance of Clause 7, Part Two, Article 42 of the Law of Ukraine “On Higher Education” with the Constitution of Ukraine (Constitutionality)] vid 20 ghrudnja 2017 r. № 2-r/2017. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-17> (accessed: 25.12.2017) (in Ukrainian).
5. Ukhvala koleghiji suddiv sudovoji palaty z rozghljadu kryminalnykh sprav ta sprav pro administratyvni pravoporushennja Apeljacijnogho sudu Doneckoji oblasti v misti Bakhmuti [Ruling of the Panel of Judges of the Judicial Chamber for Criminal Cases and Administrative Offence Cases of the Donetsk Region Court of Appeal in Bakhmut Town] vid 28 ghrudnja 2017 r. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71322954> (accessed: 06.01.2018) (in Ukrainian).
6. Ukhvala slidchogho suddi Pecherskogho rajonnogho sudu mista Kyjeva [Ruling of the Investigating Judge of the Pechersk District Court of Kyiv] vid 3 sichnja 2018 r. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71419322> (accessed: 06.01.2018) (in Ukrainian).
7. Ukhvala Verkhovnogho Sudu u skladi koleghiji suddiv kasacijnogho kryminalnogho sudu drughoji palaty [Ruling of the Supreme Court as a Member of the Panel of Judges of the Criminal Cassation Court, Second Chamber] vid 27 ghrudnja 2017 r. u provadzheni № 51-17zno17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71359171> (accessed: 05.01.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

8. Kogamov M, *Kommentarij k ugovolno-procussualnomu kodeksu Respubliki Kazahstan 2014 goda*, t 2 [*Commentary to the Criminal Procedure Code of the Republic of Kazahstan, 2014*] (Zheti Zhargy 2015) (in Russian).
9. Holovaty S, *Mirylo pravovdaddja [The Benchmark of the Rule of Law]* (Rada Jevropy 2017) <[http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/\\$FILE/%D0%9C%D1%96%D1%80%D0%B8%D0%BB%D0%BE%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%B2%D0%BB%D0%B0%D0%B4%D0%B4%D1%8F.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/$FILE/%D0%9C%D1%96%D1%80%D0%B8%D0%BB%D0%BE%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%B2%D0%BB%D0%B0%D0%B4%D0%B4%D1%8F.pdf)> accessed 11 December 2017 (in Ukrainian).
10. Trofymenko V, *Teoretychni ta pravovi osnovy dyferenciaciji procesualnoji formy u kryminalnomu sudochynstvi [Theoretical and Legal Bases of Procedural Form Differentiation in Criminal Proceedings]* (Oberigh 2016) (in Ukrainian).

Edited books

11. Drozdov O, 'Provdzhennja za novovyjavlenymy obstavynamy' ['Proceedings upon Discovery of New Circumstances'] v Tacij V (red), *Kryminalnyj Proces [Criminal Process]* (Pravo 2013) (in Ukrainian).
12. Shevchuk C, 'Pryncyp pravovoji vyznachenosti', t 3 ['Principle of Legal Certainty'] v Petryshyn O (red), *Zaghaljna teorija prava [General Theory of Law]* (Pravo 2016) (in Ukrainian).

Translated books

13. 'Vysnovok Konsuljtatyvnoji rady jevroejsjkykh suddiv № 20 (2017) pro rolj sudiv u zabezpechenni jednosti zastosuvannja zakonu vid 10 lystopada 2017 r.' ['Opinion of the Advisory Council of European Judges № 20 (2017) on the Role of Courts in Ensuring the Unity of Law Administration of November 10, 2017'] (Strasburgh 2017) <http://www.vru.gov.ua/content/file/%D0%92%D0%B8%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%BA_%D0%9A%D0%A0%D0%84%D0%A1_20.pdf> accessed 12 December 2017 (in Ukrainian).
14. Shreder F-K and Ferrel T, *Ugovolno-procussualnoe pravo Germanii [Criminal Procedure Law of Germany]* = Srafprozessrecht, Shreder F-K (tr) (5-e izd, Infotropik Media 2016) 241-2 (in Russian).

Articles

15. 'Dopovidj, skhvalena Venecijskoju Komisijeju Rady Jevropy na 86-mu plenarnomu zasidanni (Venecija, 25–26 bereznja 2011 roku) "Verkhovenstvo prava"' ['Report Approved by the Venice Commission of the Council of Europe at the 86th Plenary Session (Venice, March 25–26, 2011) "Rule of Law"'] (2011) 10 *Pravo Ukrajiny* 179 (in Ukrainian).
16. Drozdov O, 'Problemy perehlyadu sudovykh rishenj v porjadku vykljuchnogho provdzhennja' ['Issues of Court Decision Review in the Exceptional Proceedings'] (2010) 8 *Visnyk Verkhovnogho Sudu Ukrajiny* 21 (in Ukrainian).
17. – – 'Aktualjni problemy realizaciji okremykh zasad kryminalnogho procesu v Provdzhenni za novovyjavlenymy obstavynamy' ['Topical Issues Relating to Implementation of Some Principles of Criminal Process in the Proceedings upon Discovery of New Circumstances'] (2014) 2 *Visnyk Nacionalnoji akademiji pravovykh nauk Ukrajiny* 156 (in Ukrainian).

18. – – ‘Non bis in idem – jevropskyj orijentyr dlja zabezpechennja stalosti ta jednosti sudovoji praktyky Verkhovnym Sudom (za materialamy praktyky Jevropejskogho sudu z prav ljudynty)’ [‘Non bis in idem – the European Benchmark to Ensure the Consistency and Unity of Judicial Practice by the Supreme Court (Based on Materials of the Case Law of the European Court of Human Rights)’] (2017) 1 Pravo Ukrajiny 129 (in Ukrainian).
19. – – ‘Suchasni tendenciji rozvytku kryminaljnogho procesu Ukrajiny (za materialamy praktyky Jevropejskogho sudu z prav ljudynty)’ [‘Modern Development Trends in the Criminal Process of Ukraine (Based on Materials of the Case Law of the European Court of Human Rights)’] (2017) 12 Pravo Ukrajiny 102 (in Ukrainian).

Oleksandr Drozdov

CRIMINAL PROCEEDINGS UPON DISCOVERY OF NEW OR EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES: NEW PERSPECTIVES UNDER THE EUROPEAN STANDARDS

ABSTRACT. Criminal proceedings upon discovery of new or exceptional circumstances should be conducted under such principles as *res judicata*, *non bis in idem*, with due regard for the case law of the European Court of Human Rights and the decisions of the Constitutional Court of Ukraine and the Supreme Court. Ongoing updates to criminal procedure laws with regard to the represented extraordinary form of judicial proceedings for revision of court decisions give rise to the need for respective theoretical comprehension.

The article is aimed at providing a general theoretical description of the legal nature of the proceedings upon discovery of new or exceptional circumstances in criminal process from the perspective of the European human rights standards.

This article is one of the first general theoretical research papers focused on the updated criminal procedure legislation of Ukraine regulating the judicial proceedings upon discovery of new or exceptional circumstances which describes certain essential features of these proceedings using modern methods of cognition, with due regard for the latest achievements in the science of criminal process and also from the perspective of the European standards.

Judicial proceedings upon discovery of new or exceptional circumstances are classified as extraordinary because the review of court decisions requires adherence to the principle of *res judicata*. With a view to complying with the principle of *res judicata*, it seems reasonable that the right to apply for the review of a court decision, which is adopted by a court of any instance and becomes fully binding and effective, upon discovery of new or exceptional circumstances should be granted only to the parties of the criminal proceedings and to the victim, his/her counsel and legal representative, and a representative of the legal entity which the proceedings affect. The civil claimant, his/her counsel and legal representative, and civil defendant and his counsel should be entitled to file the said application only with regard to the civil claim. It is noted that due process of law should be established by law of criminal procedure. This may be regarded as available if there are laws of appropriate quality and relevant case law (international and national), and provided that the imperfections of laws with inappropriate quality are, so to say,

adjusted by high-quality case law. And, *visa versa*, due process of law should be regarded as unavailable if there are no laws of appropriate quality and relevant case law or when provisions of laws of appropriate quality are not supported by the unity and consistency of case law. For the Grand Chamber of the Supreme Court as a body intended to ensure uniform administration of law by courts, the Criminal Procedure Code of Ukraine should establish due process of law for reviewing of final court decisions which are adopted during pre-trial investigation and enter into force in the course of the proceedings. To mitigate the risk of non-observance of the principle *non bis in idem*, the legislator should incorporate into this process a number of restrictions relating not only to the scope of circumstances but also to the scope of requirements to the application for review of a court decision upon discovery of new or exceptional circumstances etc.

KEYWORDS: the European Court of Human Rights; the Constitutional Court of Ukraine; the Supreme Court; *res judicata*; *non bis in idem*; due process of law; newly discovered or exceptional circumstances; participants to court proceedings.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО



Володимир Денисов

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
завідувач відділу міжнародного права
та порівняльного правознавства
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
(м. Київ, Україна)
interlaw.kisl@gmail.com



Людмила Фалалеева

кандидат юридичних наук, доцент,
докторант Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України
(м. Київ, Україна)
lyudmilafal@ukr.net

УДК 341.171

НАДНАЦІОНАЛЬНІСТЬ ЯК ПРАВОВА РЕАЛЬНІСТЬ МІЖНАРОДНОЇ ІНТЕГРАЦІЇ

© Володимир Денисов, Людмила Фалалеева, 2018

АНОТАЦІЯ. Актуальною є проблематика моделей реалізації, критеріїв кваліфікації та характерних особливостей наднаціональності як правової реальності, що супроводжує процес міжнародної інтеграції, яка відбувається на ціннісних засадах, *inter alia*, поваги до основоположних прав. Доцільно виокремити сутнісно типові для наднаціонального інтеграційного об'єднання ознаки, проаналізувати сучасну практику реалізації наднаціональної компетенції та вплив глобалізаційних процесів на неї, узагальнити визначені у доктрині та судовій практиці ознаки, й на цій основі дослідити феномен наднаціональності як сучасну правову реальність міжнародної інтеграції.

Метою статті є висвітлення критеріїв кваліфікації наднаціональності як правової реальності, що супроводжує міжнародну інтеграцію, розкриття тенденцій її розвитку як чинника і прояву інтеграційних процесів.

Значну увагу приділено особливостям наднаціонального механізму, здатного діяти, не заручаючись згодою держав-членів інтеграційного об'єднання у кожному окремому випадку. Наголошено, що поява терміна “наднаціональність” передува-

ла її становленню на практиці. Більшість учених пов'язують її виникнення із європейською інтеграцією, вважаючи, що цей неологізм запроваджено у науковий обіг завдяки федералістському напрямку європейської політико-правової думки, який є її концептуальною основою. Зазначено, що на відміну від участі держав у міжнародних організаціях, членство в інтеграційних об'єднаннях, зокрема в Європейському Союзі, зумовлює обмеження державами своїх суверенних прав, частину з яких вони йому передають. При цьому таке передання не може трактуватись як їхня втрата або втрата своєї суверенної ідентифікації, адже лише держава є носієм суверенітету. Йдеться про добровільне передання певних елементів внутрішньої компетенції держави та одночасну дію на її території національної і наднаціональної юрисдикцій, співвідношення яких визначається обсягом предметних/юрисдикційних повноважень наднаціональних інституцій, необхідних для регулювання, а на його основі – управління конкретними сферами діяльності.

Зроблено висновки, що найбільш промовистим прикладом є обсяг і реалізація наднаціональної компетенції ЄС як головного архітектора наднаціональних механізмів, діяльність якого охоплює практично всі сфери, притаманні державі. Наголошено на тому, що в ЄС тісно переплелися елементи національного, міждержавного і наднаціонального регулювання, вказуючи на його самобутні унікальні особливості, що включають гнучкість підходів до застосування наднаціональності як практичного інструменту розвитку інтеграції. Запропоновано авторське визначення наднаціональності як політико-правової концепції передання державами на договірній основі інтеграційному об'єднанню частини суверенних прав, а також наділення його компетенцією щодо їхньої реалізації та прийняття у межах цієї компетенції обов'язкових рішень не лише для держав-членів, а й, в окремих випадках, для фізичних і юридичних осіб, які перебувають під їхньою юрисдикцією. Встановлено, що наднаціональним інституціям ЄС передані для регулювання не власне матеріальні сфери, а лише певні їх складові з відповідним обсягом повноважень і саме від них залежить, наскільки активно та ефективно ЄС скористається наданими йому можливостями, що може стати предметом подальших наукових розвідок.

Ключові слова: наднаціональність; суверенітет; Європейський Союз; основоположні права; субсидіарність; інтеграція.

На відміну від міжнародних організацій, членство в інтеграційних об'єднаннях, зокрема в Європейському Союзі (далі – ЄС), зумовлює обмеження державами своїх суверенних прав, частину з яких вони йому передають. Концепції “спільного суверенітету” (*cooperative sovereignty*), “об'єданого суверенітету” (*pooled sovereignty*), “змішаного суверенітету” (*mixed sovereignty*), “конкуренційного суверенітету” (*competitive sovereignty*), “пост-суверенітету” (*post-sovereignty*) та інші, окремі з яких підкріплені практикою Суду ЄС, висловлюються у доктринальній формі, вимагають вивчення. Передання частини суверенних прав не може трактуватись як їх втрата або втрата своєї суверенної ідентифікації, оскільки лише держава є носієм суверенітету. Йдеться про добровільне передання

певних елементів внутрішньої компетенції держави та одночасну дію на її території національної і наднаціональної юрисдикцій, співвідношення яких визначається обсягом предметних/юрисдикційних повноважень наднаціональних інституцій, необхідних для регулювання/управління конкретними сферами діяльності на ціннісних засадах, *inter alia*, поваги до основоположних прав. В ЄС тісно переплелися елементи субнаціонального, національного, міждержавного і наднаціонального регулювання, вказуючи на його унікальні особливості, що включають гнучкість підходів до застосування наднаціональності як практичного інструменту розвитку інтеграції. Викладене зумовлює актуальність наукових розвідок окреслених питань, враховуючи тенденції еволюції процесу міжнародної інтеграції.

Наднаціональність зазвичай становить методологічну компоненту інтеграції (просторової, багаторівневої, багатовекторної) та сприяє інституціоналізації міжнародних відносин з метою управління інтеграційними процесами у конкретних сферах, їх інтенсифікації під впливом глобалізації і регіоналізації, що вимагають не лише кількісних, а й якісних змін, включно з компетенцією приймати обов'язкові для держав-членів рішення. Стрижнем наднаціональності є передання (добровільне, але це не завжди разовий акт) на договірній основі інтеграційному об'єднанню державами-членами частини суверенних прав у певній сфері, які за своєю природою традиційно вважаються предметом їхньої внутрішньої компетенції. Сутність наднаціональності полягає не лише в обсязі експліцитно переданих суверенних повноважень, а й у потребах інтеграції, у тому, наскільки активно використовуються надані об'єднанню можливості, що прослідковується як під час формування позиції інтеграційного об'єднання, прийняття рішень, так і їх реалізації за допомогою різноманітних засобів і методів, гнучких механізмів і процедур.

У вітчизняній та зарубіжній юридичній науці здебільшого досліджувалися питання наднаціональності міжнародних організацій, наднаціональні засоби регулювання інтеграційних процесів, їх відповідність національним інтересам. Значна увага приділена особливостям організації та діяльності наднаціональних інституцій ЄС. Різні аспекти наднаціональності є проблематикою, що має велике практичне значення для сучасної науки міжнародного та європейського права, вирішенню якої частково присвятили свої праці вчені, серед яких М. Буроменський, Дж. Вейлер, В. Василенко, О. Водянніков, Д. Кулеба, К.-Х. Ладор, Дж. Маджоне, Ф. Майер, М. МакЛарен, К. Маргарітіс, М. Медведєва, О. Мережко, М. Микієвич, В. Муравйов, А. Негрі, Д. Саароші, К. Смирнова, А. Сомек, В. Стеглік, Л. Тимченко, О. Хамуляк, У. Хальтерн, М. Хардт,

Г. Шермерс, Н. Шишкова, О. Шпакович, І. Яковюк. Водночас особливості механізмів та інструментарію наднаціональності, практика її реалізації в умовах міжнародної інтеграції є фактично новою сферою для вітчизняної науки міжнародного права, а її вивчення становить не лише пізнавальний, а й науково-практичний інтерес. Дослідження окреслених питань сприятиме осмисленню наднаціональності як правової категорії, розумінню еволюції наднаціональних підходів до інтеграційних процесів у ЄС, тенденцій їх розвитку, що має прикладне значення для підвищення ефективності співробітництва України з ЄС, реалізації передбачених Угодою про асоціацію між Україною та ЄС 2014 р. політичної асоціації та економічної інтеграції.

Метою дослідження є висвітлення характерних особливостей та критеріїв кваліфікації наднаціональності як правової реальності, що супроводжує процес міжнародної інтеграції, взаємообумовленості наднаціональності та державного суверенітету, особливостей наднаціонального механізму, здатного діяти, не заручаючись згодою держав-членів інтеграційного об'єднання у кожному окремому випадку, а також дослідження сучасної практики реалізації наднаціональної компетенції, розкриття тенденцій розвитку наднаціональності як чинника та прояву інтеграційних процесів, аналіз доктринальних поглядів і судової практики з цих питань.

У доктрині термін “наднаціональність” як поліваріантна категорія почав застосовуватися на початку ХХ ст., зокрема, у дискурсі про верховенство над чим йдеться – над нацією чи державою, про можливість взаємозамінного вживання термінів “наднаціональність” (*supranationality*) та “наддержавність” (*superstate*), про неоднозначність їхнього доктринального сприйняття, про те, який із цих неологізмів, з огляду на етимологічне тлумачення, точніше передає багатогранність закладеної ідеї, сутність проявів правового феномена наднаціональності, що має велику кількість складників і процедурних аспектів. Останній “негативісти” заперечують, обґрунтовуючи невідповідність тим, що він є не юридичним, а політичним, тобто теорія наднаціональності слугує певним квазіправовим оформленням політичного інструментарію об'єднавчих процесів. Утім, зазначені терміни позначають одне й те саме політико-правове явище, наявність якого можна виявити емпірично. Послугуючись суто фактологією, найпоказовішим прикладом наднаціональності є підстави вважати модель ЄС, що найемніше дає змогу збагнути всю глибину змісту цього поняття, його філософію. Наддержавність є корелятивом, синонімом, однак, з огляду на практику застосування, найбільш вживаним і доктринально укоріненим є термін “наднаціональність”.

Ідея наднаціональності набула особливої актуальності після Другої світової війни зі становленням і концептуалізацією інтеграційних процесів у Європі, пов'язаних із глобалізацією, які у поєднанні зумовили появу та утвердження нових механізмів координації, консолідації зусиль й інтересів, співробітництва суверенних держав. Відомий французький політичний діяч Р. Шуман єдино правильним визнавав наднаціональний підхід, покладений в основу ідеї європейської єдності¹. Успішна реалізація наднаціональності, на його переконання, має стати унікальним підходом до анахронічного середовища міжнародного співтовариства. У 1959 р., звертаючись до Національних зборів Франції, Р. Шуман визначив наднаціональним об'єднання, засноване внаслідок процесу 'часткового злиття суверенітетів держав', уособлюючи солідарність між ними, а також відзначив важливість незалежності 'як від держав, так і від приватних інтересів' 'створеної над державами' наднаціональної влади у прийнятті рішень, у такий спосіб пояснивши вживання цього терміна у виголошеній ним 9 травня 1950 р. Декларації (вказана дата щороку відзначається як День Європи, а в Україні офіційно щорічно третьої суботи травня. Україна – єдина третя країна, в якій на державному рівні відзначається це свято). Наднаціональне співробітництво, на погляд Р. Шумана, варто розглядати як 'нову еру світової історії, сторіччя наднаціоналізму, що настало після сторіччя націоналізму'². Перший Президент Верховного органу Європейського об'єднання з вугілля та сталі (далі – ЄОВС) Ж. Монне наголосив на необхідності формування 'європейськими націями місця для вищої форми організації, вони мають навчатися співіснуванню під егідою спільного права і спільних органів. Суверенні нації минулого більше не здатні вирішувати сучасні проблеми'³. На той час розвиток інтеграційного процесу міг піти шляхом стрімкої федералізації, але перевага була надана наднаціонально-орієнтованому підходу, позаяк він передбачає збереження повноцінного існування і функціонування суверенних держав з усіма притаманними їм атрибутами.

Практика свідчить, що те чи інше соціальне явище може існувати тривалий час без термінологічного позначення допоки буде вдало підібрано відповідний, усталений у правосвідомості, термін, легалізований міжнародно-правовими актами. Проте поява терміна "наднаціональність" передувала становленню її на практиці. Більшість учених пов'язують виникнення феномена наднаціональності з європейською інтеграцією, вважаючи, що цей неологізм запроваджено у науковий обіг завдяки фе-

¹ David Price, *Schuman or Monnet? The Real Architect of Europe. Robert Schuman Speeches and Texts on the Origin, Purpose and Future of Europe* (Brussels 2004) 13-4.

² Там само 30-1.

³ Jean Monnet, *Memoirs* (1st ed, Doubleday & Company 1978) 433-4.

дералістському напрямку європейської політико-правової думки, який є її концептуальною основою. Саме федералістські ідеї та уявлення про “світову державу” сформували передумови появи цього терміна як концентрованого виразу федералістських устремлінь “батьків західноєвропейської інтеграції” – Ж. Монне та Р. Шумана. Відтак вказаний термін у сучасному його розумінні з’явився у міжнародно-правовій літературі та практиці у зв’язку зі створенням і функціонуванням європейських співтовариств. Він був легалізований, набувши формального закріплення в абзацах 5 і 6 ст. 9 Договору про заснування ЄОВС 1951 р. (Паризький договір 1951 р.) і стосувався лише наднаціонального характеру функцій, незалежності міжнародних чиновників, які входили до складу Верховного органу (прообраз Європейської Комісії, далі – Єврокомісія), а не наднаціональності Співтовариства загалом. Міжнародні чиновники під час виконання покладених на них функцій і повноважень були зобов’язані уникати звернень за інструкціями до будь-якого уряду або органу та не керуватися їх вказівками, а також утримуватися від будь-яких дій, несумісних із наднаціональним характером їх функцій та повноважень. Згідно з абзацом 5 ст. 9 зазначеного Договору члени Верховного органу виконують свої обов’язки у спільних інтересах Співтовариства⁴. Кожна держава-член зобов’язується поважати наднаціональний характер функцій членів Верховного органу (абзац 6 ст. 9) як міжнародних чиновників і не вдаватися до спроб вплинути на них під час виконання ними завдань⁵. Зрештою сам термін у тексті Договору не визначено, але йдеться про першу та єдину спробу розкрити юридичний зміст наднаціональності у позитивному праві ЄС, з якого невдовзі, у 1967 р., цей термін було вилучено (набули чинності зміни до Паризького договору 1951 р., що передбачали скасування положень його ст. 9), хоча наднаціональна компетенція поступово еволюціонувала у напрямі поширення на нові сфери політики, засвідчуючи зацікавленість держав у її наявності.

Характерно, що Римські договори 1957 р. цього терміна не містили, проте практика їх застосування вирізнялася наднаціональними підходами до міждержавного співробітництва. Викладене засвідчує відсутність у “батьків-засновників Об’єднаної Європи” чітко розробленої концепції наднаціональності, придатної до реалізації у процесі європейської інтеграції. Наднаціональність покликана заповнити відповідні лакуни, розрахована на однаковість розуміння державами сутності її форм та змісту, а також базована на єдності практики застосування. Утім, нині

⁴ Treaty establishing the European Coal and Steel Community, ECSC Treaty, 18 April 1951. URL: https://www.cvce.eu/content/publication/1997/10/13/11a21305-941e-49d7-a171-ed5be548cd58/publicable_en.pdf (accessed: 19.12.2017).

⁵ Там само.

немає жодного міжнародно-правового акта, в якому розкривався б або, принаймні, містився цей термін. Порівняльний аналіз ст. 9 Паризького договору 1951 р. із відповідними статтями Римських договорів 1957 р. та Договору про Європейський Союз (далі – ДЄС) у редакції Лісабонського договору⁶ 2007 р. (далі – ЛД 2007) стосовно порядку формування та функціонування Єврокомісії, виявляє багато спільного. Таким чином, наднаціональність може бути властива практиці організації та діяльності інтеграційного об'єднання і без її закріплення у тексті установчого договору як конституюючого акта. Функціонування Європейського Економічного Співтовариства (далі – ЄЕС, з 1993 р. по 2009 р. – Європейського Співтовариства), Європейського співтовариства з атомної енергії (далі – Євроатом) та ЄС характеризується саме таким підходом.

Найбільш колоритним, промовистим прикладом є обсяг і реалізація наднаціональної компетенції ЄС як головного архітектора наднаціональних механізмів, впливового інтеграційного об'єднання сучасності, діяльність якого охоплює практично всі сфери, притаманні державі. В ЄС тісно переплелися елементи субнаціонального, національного, міждержавного і наднаціонального регулювання, вказуючи на його феноменальні особливості, що включають гнучкість підходів до застосування наднаціональності як практичного інструменту розвитку інтеграції. Накопичений ним досвід свідчить, що чутливу тему наднаціональності варто аналізувати лише у комплексі з не менш чутливою темою суверенітету⁷, а також їх впливу на держави в інтеграційному процесі, адже прослідковується залежність обсягу наднаціональної компетенції (у певних напрямках діяльності, у деяких її складових) від обсягу переданих суверенних прав. Суверенітет є стримуючим чинником розвитку наднаціональності у діяльності інтеграційного об'єднання, позаяк наднаціональний механізм регулювання/управління пов'язаний з обмеженням суверенних прав. Питання співвідношення наднаціональної компетенції та суверенітету держав-членів – ключове у дискусії про правову природу ЄС, який є суб'єктом міжнародного права.

На відміну від міжнародних організацій, членство в інтеграційних об'єднаннях, зокрема ЄС, зумовлює обмеження державами своїх суверенних прав, частину з яких вони йому передають. Як правило, у конституціях держав – членів ЄС передбачається можливість передання суверенних прав. Так, у ч. 1 ст. 23 Основного Закону ФРН 1949 р. закріплено,

⁶ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. *Official Journal of the European Union*. C 326/01. Vol 55. 26 October 2012. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0001.01.ENG&toc=OJ:C:2012:326:TOC (accessed: 19.12.2017).

⁷ Hermann-Josef Blanke, Article 1 'Establishment and Functioning of the Union' in Blanke Hermann-Josef, Mangiameli Stelio (ed), *The Treaty on European Union (TEU) A Commentary* (Springer-Verlag 2013) 84.

що ‘з метою реалізації ідеї Об’єднаної Європи <...> Федерація може передавати свої суверенні права’⁸, у ч. 1 ст. 24 вказано, що ‘Федерація може законодавчим шляхом передавати свої суверенні права міждержавним об’єднанням’⁹, а в ч. 2 ст. 24 йдеться про можливість згоди Федерації ‘на такі обмеження своїх суверенних прав, наслідком яких має бути встановлення і забезпечення мирного і стабільного порядку в Європі та у відносинах між народами усього світу’¹⁰.

Передання частини суверенних повноважень не може трактуватись як їхня втрата або втрата своєї суверенної ідентифікації, оскільки лише держава є носієм суверенітету. Передання на договірній основі державою частини повноважень є її суверенним вибором, проявом суверенної волі, діяльністю з реалізації свого суверенітету та міжнародної правосуб’єктності, а не відмовою від них. Йдеться про добровільне передання певних елементів внутрішньої компетенції держави й одночасну дію на її території національної і наднаціональної юрисдикцій, співвідношення яких визначається обсягом предметних/юрисдикційних повноважень наднаціональних інституцій, необхідних для регулювання/управління конкретними сферами діяльності. Зазвичай повноваження у певних матеріальних сферах передаються не повністю, а частково, лише з окремих питань, а держави, як і раніше, реалізують свій суверенітет, включно зі здатністю і можливістю нового перерозподілу відповідних складових матеріальних сфер компетенції, визначаючи ті з них, які становитимуть предмет наднаціонального регулювання. Наднаціональним інституціям ЄС передані для регулювання/управління не власне матеріальні сфери, а лише певні їх складові з відповідним обсягом повноважень і саме від них залежить, наскільки активно та ефективно ЄС скористається наданими йому можливостями.

Компетенція ЄС поділяється на внутрішню, зовнішню та пов’язану з асоціацією із заморськими країнами і територіями, а її обсяг закріплений в установчих договорах та є неоднаковим у різних сферах. Із метою чіткого розмежування компетенцій між ЄС і державами-членами до Договору про функціонування Європейського Союзу (далі – ДФЄС) включено спеціальний розділ I “Категорії та сфери компетенції Союзу” (статті 2–6). Категорії компетенції ЄС, що відповідно до ст. 2 ДФЄС передбачають наявність виключної компетенції ЄС, спільної компетенції ЄС та держав-членів, компетенції вживати заходи з підтримки, а також внутрішньої компетенції держав-членів, охоплюють конкретні сфери.

⁸ Вячеслав Маклаков, *Конституции зарубежных государств* (4-е изд, Волтерс Клувер 2003) <http://legalportal.am/download/constitutions/83_ru.pdf> дата звернення 15 Грудень 2017.

⁹ Там само.

¹⁰ Там само.

Найбільш значні за обсягом наднаціональні повноваження ЄС, а отже, найбільш значне передання суверенних прав держав-членів притаманне виключній компетенції ЄС (ст. 3 ДФЄС). Однак у цій категорії держави-члени можуть бути спеціально уповноважені ЄС у певній сфері або діяти з метою виконання актів ЄС (ч. 1 ст. 2 ДФЄС), які разом з установчими договорами є основними регуляторами інтеграційних процесів. Наднаціональний механізм продовжує удосконалюватися, враховуючи телеологічні аспекти інтеграції, що засвідчують нововведення ЛД 2007, який розширив коло питань, котрі підлягають наднаціональному регулюванню ЄС. При цьому держави-члени збагачують матеріальну складову наднаціональної компетенції, визначаючи сфери та ступінь передання суверенних прав на рівень інтеграційного об'єднання для успішного досягнення його цілей, реалізуючи спільні інтереси.

У сферах, які не належать до виключної компетенції ЄС, зокрема у сфері спільної компетенції ЄС і держав-членів, активно застосовуються принципи субсидіарності та пропорційності (частини 3–4 ст. 5 ДЄС у редакції ЛД 2007¹¹; Протокол про застосування принципів субсидіарності та пропорційності¹²), дотримання яких відслідковують національні парламенти держав-членів. Регулювання на наднаціональному рівні з'явилося як спосіб подолання нестачі можливостей національного та міжнародного права у деяких напрямках регулювання, а субсидіарність стала методом її подолання.

ЄС притаманне складне поєднання національних, міждержавних і наднаціональних елементів (на рівні: формування та функціонування інституційної системи; процедур і методів прийняття рішень; способів виконання рішень та контролю за ним), співвідношення яких позначається на конфігурації інституційної архітектури, принципах формування і методах діяльності інституцій, характері ухвалюваних ними рішень, а також їхній реальній ролі в інтеграційному процесі. Із посиленням наднаціональних інституцій, в умовах їхньої синергії, зміцнюватиметься наднаціональна складова процесу прийняття рішень ЄС. Власне, для політичного співробітництва держав – членів ЄС характерний міжурядовий метод прийняття рішень (при прийнятті нових держав-членів, у сфері Спільної зовнішньої та безпекової політики, Спільної безпекової та оборонної політики тощо), міждержавні форми співробітництва є домінуючими, на відміну від економічного співробітництва, де превалює наднаціональна модель управління, що немислимо у класичних міжнародних організаціях. Заснування Європейського валютного сою-

¹¹ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (n 6).

¹² Там само.

зу означало якісну зміну співвідношення між національними, міждержавними і наднаціональними елементами регулювання в ЄС на користь останніх. Поступово в ЄС утвердилася наднаціональна модель економічної інтеграції як усталена система базових конструкцій, що потенційно передбачає посилення наднаціональних інституцій, як політико-правовий феномен міжнародних економічних відносин і їхнього регулювання, потужний чинник розвитку наднаціональності, а отже, поглиблення інтеграційних процесів (свідченням є рішення про створення банківського і фіскального союзів). Останнє вимагає нових підходів до окресленого співвідношення, яке, як і діюча система стримувань і противаг у рамках ЄС, виявилися малоефективними та вразливими в умовах глобальної економічної рецесії. Якщо до початку економічної кризи 2008–2012 рр., що спровокувала системні ризики, посилення наднаціональних інституцій ЄС викликало протест окремих держав, то нинішня пряма економічна залежність деяких із них від Європейського стабілізаційного механізму схиляє до підтримання поглиблення інтеграції, але їхня згода зумовлена радше прагненням врятувати власну економіку, ніж спільними інтересами, що мають консолідуючий потенціал. Викладене відповідає руслу сучасних тенденцій, утім європейська бюрократія часто доводить до абсурду свою діяльність, зводячи нанівець спільну реалізацію наднаціональних повноважень. Нині європейська єдність здебільшого ґрунтується на усвідомленні, що розпад, дезінтеграція ЄС призведе до катастрофічних економічних наслідків, тому для політичних еліт поглиблення європейської інтеграції є найбільш прийнятною антикризовою альтернативою¹³. Криза довіри до ЄС, вихід Великої Британії мають спонукати інтеграційне об'єднання до глибинних реформ, які заторкнуть його наднаціональний механізм і сформуєть вікно можливостей, від реалізації яких залежатимуть темпи поглиблення інтеграції.

Функціонування наднаціонального механізму ЄС розвивається за допомогою практики Суду ЄС, роль якого у цьому процесі не має аналогів. Він, зокрема, забезпечує дотримання розмежування повноважень між інституціями ЄС, підтримуючи у такий спосіб інституційний баланс, що сприяє стабільності системи як такої. Характерно, що у рішенні в об'єднаних справах 7/56 та 3-7/57 “*Algera & Others v Common Assembly*” (1957 р.) Суд роз'яснив, що Договір про заснування ЄОВС базується на ‘обмеженні суверенітету на користь наднаціональних інституцій’¹⁴. ЛД 2007 здійснив предметне розширення юрисдикції Суду, що, зокрема, пов’я-

¹³ Jurgen Habermas, *The Crisis of the European Union A Response* (Polity Press 2012) 4-5, 12, 55.

¹⁴ Joined cases 7/56 and 3-7/57 *Algera & Others v Common Assembly* [1957-1958] ECR 39. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61956CJ0007&from=EN> (accessed: 20.12.2017).

зано зі скасуванням опорної структури ЄС (*EU pillar structure*), запровадженої ДЄС.

Примат (*primacy, supremacy*) права ЄС над внутрішнім правом держав-членів обумовлює наднаціональний вимір правового регулювання та автономність інтеграційного правопорядку, його чітко закріплено у рішенні у справі 6/64 “*Costa v ENEL*” (1964 р.), у якому Суд, зокрема, встановив: ‘Держави, хоч і в обмежених сферах, передали свої суверенні права на користь Співтовариства та сформували у такий спосіб право, що застосовується як безпосередньо до них, так і до суб’єктів їх внутрішнього права’¹⁵. Як наслідок, держави-члени ‘не можуть протиставити правопорядку ЄЕС’, що вирізняється автономністю та має однаково застосовуватися у кожній із них, ‘нормативний акт внутрішнього права, якою б не була його природа, щоб не поставити під сумнів правові засади Співтовариства’¹⁶. У рішенні у справі 14/68 “*Walt v Wilhelm*” (1969 р.) Суд постановив: Договір про заснування ЄЕС ‘сформував свій власний правопорядок, інтегрований у правові системи держав-членів <...> у ситуації колізії норм права ЄЕС і національного права у сферах, що становлять прерогативу ЄЕС, примат мають норми права ЄЕС’¹⁷. Примат права ЄЕС над внутрішнім правом держав-членів було послідовно підтверджено рішеннями Суду, зокрема, у справі 106/77 “*Simmenthal*”¹⁸ (1978 р.). У рішенні у справі 26/62 “*Van Gend en Loos*” (1963 р.) Суд обґрунтував, що ЄЕС є новим міжнародним правопорядком, на користь якого держави обмежили свої суверенні права, хоча і в певних сферах, та суб’єктами якого є не лише держави-члени, а й їх громадяни¹⁹. Пряма дія норм права ЄС²⁰ обмежує сферу дії територіального верховенства держав-членів, віддзеркалюючи передання ними частини своїх суверенних прав на користь ЄС.

З огляду на практику ЄС, наднаціональність є політико-правовою концепцією, функціонально-орієнтованим структурно-процедурним комплексом заходів із регулювання/управління, особливою формою і способом організації співробітництва держав, які на добровільних засадах та договірній основі передають частину своїх суверенних прав інтег-

¹⁵ Case 6/64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 585. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=EN> (accessed: 20.12.2017).

¹⁶ Там само.

¹⁷ Case 14/68 *Walt v Wilhelm* [1969] ECR 1. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61968CJ0014&from=IT> (accessed: 20.12.2017).

¹⁸ Case 106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106&from=EN> (accessed: 21.12.2017).

¹⁹ Case 26/62 *Van Gend en Loos* [1963] ECR 1. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0026&from=EN> (accessed: 20.12.2017).

²⁰ Виктор Муравьев, ‘Реализация норм права Европейского Союза во внутренних правопорядках государств-членов’ в Мельник Андрей и Мельник Светлана и Короткий Тимур, *Международное право как основа современного миропорядка Liber Amicorum к 75-летию проф В Н Денисова* (Фенікс 2012) 320-1.

раційному об'єднанню, наділяючи його компетенцією щодо їх реалізації та прийняття у межах цієї компетенції обов'язкових рішень не лише для держав-членів, а й, в окремих випадках, для фізичних і юридичних осіб, які перебувають під їхньою юрисдикцією. Наднаціональність має свої межі, а її наявність уможливується лише відповідністю інтересам держав. ЄС реалізує лише ту компетенцію, якою його наділили держави-члени задля досягнення спільних цілей, а суверенні повноваження держав, експліцитно передані ЄС на основі установчих договорів, становлять обсяг його наднаціональної компетенції, структурно-процедурні питання реалізації якої можуть як обумовлюватися державами в установчому договорі, так і встановлюватися ними згодом, у процесі діяльності інтеграційного об'єднання.

Інституції ЄС, включно наднаціональні, а також органи та агенції, повинні поважати та дотримуватися основоположних прав, які є невід'ємною складовою загальних принципів права²¹, входять до змісту права ЄС. Посилення ролі основоположних прав у наднаціональному правопорядку є непрямим інструментом захисту позиції Суду щодо природи правової системи ЄС²². Характерно, що наднаціональні інституції мають можливість реалізовувати свою волю у державах-членах, не вдаючись до інститутів внутрішнього права, а 'наднаціональність має безпрецедентно високий рівень інтенсивності регулювання внутрішньодержавних відносин'²³.

Загальновизнаної теорії наднаціональності наразі немає, остання вирізняється неоднозначністю її доктринального сприйняття: від беззастережного схвалення правових засобів забезпечення її застосування, різного трактування, до цілковитого спростування, прикметно, що не ігнорування. Осмислення проблематики наднаціональності засвідчує наявність сформованих основних наукових підходів за відсутності єдності щодо практично всіх екзистенційних базисних питань, пов'язаних із наднаціональністю, які є предметом жвавої полеміки. Понад те, у науці міжнародного права донині немає усталеного поняття наднаціональності, натомість наявні багатогранні погляди, принципи розбіжності у світоглядних підходах до його визначення як правової категорії. З огляду на реалії, за яких наднаціональність підтверджена відповідним політико-правовим забезпеченням, супроводжує європейську інтегра-

²¹ Joined cases C-402/05P and C-415/05P *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008] ECR I-06351, para 283. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:62005CJ0402> (accessed: 23.12.2017).

²² Ondrej Hamul'ák and Václav Stehlik, *European Union Constitutional Law: Revealing the Complex Constitutional System of the European Union* (Palacky University Olomouc 2013) 139.

²³ Дмитро Кулеба, 'Принцип наднаціональності у міжнародному праві' (Інститут міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ 2011) 19.

цію з моменту її започаткування, вона розглядається як нова форма управління, має прикладне значення, ціннісний вимір і може увійти до ідейної спадщини народів.

Враховуючи, *inter alia*, практику організації та діяльності ЄС, у теоретичній юриспруденції серед критеріїв кваліфікації наднаціональності, які слугують верифікатором закладених підходів, виокремлено такі, сутнісно типові для інтеграційного об'єднання, ознаки: 1) компетенція має верховенство над компетенцією держав-членів у визначених останніми сферах; 2) держави передають частину своїх суверенних повноважень на договірній основі; 3) функціонує заради реалізації спільних інтересів; 4) прийняття рішень більшістю голосів держав-членів, а не консенсусом; 5) прийняття обов'язкових для всіх держав-членів рішень, які мають пряму дію в їх внутрішніх правопорядках; 6) юрисдикція судового органу включає тлумачення та застосування відповідних норм; 7) реалізація наднаціональних повноважень інституцією, що є непідконтрольною державам-членам, незалежною від них; 8) склад наднаціональних інституцій формується з міжнародних чиновників, які не є представниками держав-членів, не маючи їх імперативних мандатів (непредставницький характер діяльності міжнародних чиновників, які входять до складу наднаціональних інституцій і реалізують наднаціональні повноваження; діють від імені ЄС та в його інтересах); 9) реалізація наднаціональними інституціями виключної компетенції у сферах, визначених установчими договорами, що раніше становили суверенну прерогативу держав-членів; 10) прийняття норм прямої дії, прямого застосування (*direct applicability*), зобов'язуючи та/або уповноважуючи не лише держав-членів, а й безпосередньо фізичних і юридичних осіб, які перебувають під їхньою юрисдикцією (щодо останніх фактично йдеться про пряму дію, прямий ефект (*direct effect*) конкретних норм, про прямий правовий зв'язок між наднаціональною інституцією та особою, у якому відповідна держава участі не бере); 11) наявність певної фінансової автономії; 12) можливість застосування санкцій за порушення відповідних норм тощо.

Звісно, не кожне інтеграційне об'єднання має весь спектр характерних ознак наднаціональності як її кваліфікуючих критеріїв, а також одне й те саме інтеграційне об'єднання на різних етапах розвитку може мати різний їх обсяг, необхідний для регулювання відповідних сфер діяльності, а на його основі – управління. Зосередившись на сукупності взаємообумовлених і визначальних для сутності наднаціональності параметрів, можна резюмувати, що у концентрованому вигляді лише на теренах ЄС відбулася практична реалізація наднаціональності, яка функціонує

за конкретними напрямками співробітництва і надає можливість характеризувати його як наднаціональне інтеграційне об'єднання. Наднаціональність пронизує інституційно-правову систему ЄС, що водночас є інструментом та результатом інтеграції, чинником і проявом інтеграційної єдності, забезпечує реалізацію наднаціональних повноважень як на стадії правотворчості, так і на стадії правозастосування. Перефразовуючи відомий вислів Г. Еллінека щодо суверенітету, наднаціональність за історичним походженням є, передусім, політичною ідеєю, котра згодом набула юридичного змісту.

Наднаціональність формується завдяки тому, що держави передають інтеграційному об'єднанню частину своїх суверенних повноважень і реалізують їх за допомогою багатостороннього наднаціонального механізму, який держави-члени прагнуть максимально використати. При цьому наднаціональні інституції не набувають суверенітету, вони залежні від обсягу і змісту наданої компетенції, що свідчить про взаємообумовленість існування наднаціональності та державного суверенітету, який під впливом глобалізації²⁴ зазнає формальної та змістової трансформації, втім і надалі відіграватиме ключову регулююче-впорядковуючу роль у міжнародних відносинах.

На доктринальному рівні обговорюється питання екзистенційності наднаціональної компетенції, елементів наднаціональності у діяльності міжнародних організацій. Зазвичай як приклад наводять Організацію Об'єднаних Націй (далі – ООН) (повноваження Ради Безпеки ООН, юрисдикція Міжнародного Суду ООН), Світову організацію торгівлі, Міжнародний банк реконструкції та розвитку, Міжнародний валютний фонд, Міжнародну організацію праці, Міжнародну організацію цивільної авіації (ІКАО), Міжнародний орган з морського дна, Раду Європи (Європейський суд з прав людини). Привертають увагу узагальнення про наявність тенденції поступової трансформації деяких міжнародних організацій, серед яких Африканський Союз, у напрямі набуття ознак наднаціональності, а також про прослідковування елементів наднаціональності у діяльності Міжнародного кримінального суду. Реалії свідчать про відсутність у сучасній системі міжнародно-правового регулювання міжнародних організацій з наднаціональною компетенцією та про належність їм тільки окремих елементів наднаціональності, впровадження лише поодиноких її ознак. Відтак закономірним є твердження про те, що «існують міжнародні організації з певними елементами наднаціональності, але немає жодної наднаціональної організації»²⁵. На думку багатьох

²⁴ James Caporaso and Mary Madeira, *Globalization, Institutions and Governance* (Washington DC 2012) 8, 48-9, 73-4.

²⁵ Henry Schermers and Niels Blokker, *International institutional law: unity within diversity* (5th rev ed, Martinus Nijhoff Publishers 2011) § 62, 57.

дослідників ситуація може змінитися з утвердженням іншого виміру наднаціональності, парадигмою якого є управління, а не верховенство, яке, на їхнє переконання, вичерпало себе як хибна філософія інтеграційних процесів і форма розвитку міждержавного співробітництва. Нині ООН та інші міжнародні міжурядові організації, як й інтеграційні об'єднання, покликані уособлювати принцип суверенної рівності держав, а інтеграційні об'єднання, зокрема ЄС, крім того, втілюють концепцію наднаціональності, практикуючи 'наднаціональну модель управління'²⁶. Звісно, принцип суверенної рівності держав не виключає й можливості використання механізму з елементами наднаціональності.

Наявні альтернативні моделі реалізації наднаціональних підходів: інституційна (окреслена вище) та неінституційна модель наднаціональності, до якої відносять Європейську асоціацію вільної торгівлі (*EFTA*), Північно-Американську асоціацію вільної торгівлі (*NAFTA*), Спільний ринок країн Південного конуса (*MERCOSUR*), Карибське співтовариство (*CARICOM*). Неінституційна модель є важливим аспектом новітньої договірної практики, яка полягає у взятті сторонами, на основі взаємності, зобов'язань для здійснення ними своєї компетенції у рамках міжнародного договору, що фактично означає добровільне обмеження державами своїх суверенних прав лише на користь одна одної, не створюючи інституцій, наділених наднаціональними повноваженнями. Застосування неінституційної моделі наднаціональності у взаємодії держав методологічно і практично здатне уможливити більш ефективне врегулювання національних, регіональних, глобальних проблем сучасності, які вимагають особливих механізмів регулювання, не пов'язаних із формуванням наднаціональних інституцій, а також забезпечити врахування національних інтересів держав, потреб міжнародної інтеграції та докорінних змін у міжнародних відносинах. Потенціал цієї моделі залишається не сповна використаним.

Висновки. З огляду на викладене, наднаціональність є політико-правовою концепцією передання державами на договірній основі інтеграційному об'єднанню частини суверенних прав, а також наділення його компетенцією щодо їхньої реалізації та прийняття у межах цієї компетенції обов'язкових рішень не лише для держав-членів, а й, в окремих випадках, для фізичних і юридичних осіб, які перебувають під їхньою юрисдикцією. Враховуючи відсутність наднаціональних міжнародних організацій, наявність в останніх лише окремих її елементів, є підстави для висновку про відносний характер наднаціональності як правової реальності, за винятком інтеграційних об'єднань, з-поміж яких вирізняється

²⁶ Hamul'ák and Stehlik (n 22) 142.

ЄС. На нинішньому етапі ЄС зіткнувся зі складними проблемами у межах наявної парадигми функціонування наднаціональності та виявився не спроможним своєчасно їх подолати, що залишається короткостроковим і нагальним завданням для його держав-членів.

Наднаціональність як політико-правова реальність розвивається, удосконалюється, слугуючи чинником і проявом інтеграційних та глобалізаційних процесів, еволюційним методом віднайдення прийнятних форм досягнення поглибленого співробітництва держав на ціннісних засадах, *inter alia*, поваги до основоположних прав, збагачуючи власне концептуальне наповнення, а також змінюючи усталені уявлення про спектр стратегій і тактик захисту національних інтересів держав. Наднаціональний інструментарій регулювання, наднаціональна модель управління, можливості їхньої практичної реалізації засвідчують як зацікавленість держав у такій правовій реальності, так і динаміку змін у міжнародній інтеграції.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 326/01, Vol 55, 26 October 2012. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0001.01.ENG&toc=OJ:C:2012:326:TOC (accessed: 19.12.2017) (in English).
2. Treaty establishing the European Coal and Steel Community, ECSC Treaty, 18 April 1951. URL: https://www.cvce.eu/content/publication/1997/10/13/11a21305-941e-49d7-a171-ed5be548cd58/publishable_en.pdf (accessed: 19.12.2017) (in English)/

Cases

3. Case 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106&from=EN> (accessed: 21.12.2017) (in English).
4. Case 14/68 Walt v Wilhelm [1969] ECR 1. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61968CJ0014&from=IT> (accessed: 20.12.2017) (in English).
5. Case 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0026&from=EN> (accessed: 20.12.2017) (in English).
6. Case 6/64 Costa v ENEL [1964] ECR 585. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=EN> (accessed: 20.12.2017) (in English).
7. Joined cases 7/56 and 3-7/57 Algera & Others v Common Assembly [1957-1958] ECR 39. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61956CJ0007&from=EN> (accessed: 20.12.2017)(in English).

8. Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission [2008] ECR I-06351. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:62005CJ0402> (accessed: 23.12.2017) (in English).

Bibliography

Authored books

9. Caporaso J and Madeira M, *Globalization, Institutions and Governance* (Washington DC 2012) (DOI: <http://dx.doi.org/10.4135/9781446288221>) (in English).
10. Habermas J, *The Crisis of the European Union. A Response* (Polity Press 2012) (DOI: [10.1017/S0008423915000335](https://doi.org/10.1017/S0008423915000335)) (in English).
11. Hamul'ák O and Stehlik V, *European Union Constitutional Law: Revealing the Complex Constitutional System of the European Union* (Palacky University Olomouc 2013) (in English).
12. Monnet J, *Memoirs* (1st ed, Doubleday & Company 1978) (in English).
13. Price D, *Schuman or Monnet? The Real Architect of Europe. Robert Schuman Speeches and Texts on the Origin, Purpose and Future of Europe* (Brussels 2004) (in English).
14. Schermers H and Blokker N, *International institutional law: unity within diversity* (5th rev ed, Martinus Nijhoff Publishers 2011) (DOI: [10.1163/ej.9789004187962.i-1273](https://doi.org/10.1163/ej.9789004187962.i-1273)) (in English).
15. Maklakov V, *Konstitucii zarubezhnykh gosudarstv [Constitutions of Foreign Countries]* (4-e izd, Volters Kluver 2003) <http://legalportal.am/download/constitutions/83_ru.pdf> accessed 15 December 2017 (in Russian).

Edited books

16. Blanke H-J, Article 1 'Establishment and Functioning of the Union' in H-J Blanke, S Mangiameli (ed), *The Treaty on European Union (TEU) A Commentary* (Springer-Verlag 2013) (DOI: [10.1007/978-3-642-31706-4](https://doi.org/10.1007/978-3-642-31706-4)) (in English).
17. Muravev V, 'Realizacija norm prava Evropejskogo Sojuza vo vnutrennih pravoporjadkah gosudarstv-chlenov' ['Implementation of the law of the European Union in the Internal Law of the Member States'] v Melnik A, Melnik S, Korotkij T (red), *Mezhdunarodnoe pravo kak osnova sovremennogo miroporjadka Liber Amicorum k 75-letiju prof V N Denisova [International Law as the Foundation of Modern World Order Liber Amicorum Professor Volodymyr Denysov in Honour of his 75th Birthday]* (Feniks 2012) (in Russian).

Scientific report

18. Kuleba D, 'Pryntsyp nadnatsionalnosti u mizhnarodnomu pravi' ['Principle of Supranationality in International Law'] (Instytut mizhnarodnykh vidnosyn Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka, Kyiv 2011) (in Ukrainian).

Volodymyr Denysov, Liudmyla Falalieieva

SUPRANATIONALITY AS LEGAL REALITY OF INTERNATIONAL INTEGRATION

ABSTRACT. Currently there is a topical issue of implementation models, qualification criteria and characteristic features of supranationality as legal reality accompanying the process of international integration, which is underlain by such values as, inter alia, respect

for fundamental rights. It seems reasonable to single out the characteristics reflecting the essence of an integrated supranational association, to analyze the modern practice of implementation of supranational competence and the impact of globalization processes thereon, to summarize the characteristics identified in the doctrine and in judicial practice and, using this as the basis, to explore the phenomenon of supranationality as modern legal reality of international integration.

The purpose of this article is to examine the criteria of qualification of supranationality as legal reality accompanying international integration, to describe the trends of its development as a factor and manifestation of integration processes.

Considerable attention is given to specific features of the supranational mechanism which is able to operate without seeking the consent of member States of the integrated association in each particular case. The authors note that the term “supranationality” preceded its coming into being in practice. Most scholars attribute its emergence to European integration and believe that this neologism has been introduced into scientific circulation by the federalistic line of European political and legal thought, being its conceptual basis. It is noted that unlike in case of membership of States in international organizations, in case of membership in integrated associations, in particular, in the European Union, the States restrict their sovereign rights conferring some of their rights to the integrated association. In such instance, conferral of rights may not be construed as their loss or loss of the State’s sovereign identification, since only the State is the bearer of sovereignty. What is meant here is a voluntary conferral of certain elements of the State’s internal competence and the simultaneous application on its territory of the national and supranational jurisdictions, with their correlation being dependent on the scope of substantive/jurisdictional powers of supranational institutions which are needed for regulation and, on its basis, for administration of specific areas of activity.

The authors arrive at the conclusion that the most eloquent example is the scope and the implementation of the EU’s supranational competency as the chief architect of supranational mechanisms, with its activities covering almost all of the areas peculiar to the State. It is pointed out that in the EU elements of national, inter-State and supranational regulation are closely intertwined, which is an indication of its unique distinctive features including the flexibility of approaches to the use of supranationality as a practical tool for development of integration. The authors offer own definition of supranationality as a political and legal concept within the framework of which the States on a contractual basis transfer a part of their sovereign rights to an integrated association and grant the latter the competence to implement such rights and, within the framework of such competence, to make decisions binding not only on the member States but also, in some cases, on individuals and legal entities within their jurisdiction. The article demonstrates that the EU supranational institutions have been actually conferred, for regulatory purposes, not the material areas proper, but only certain components thereof, with a respective scope of authority, and this is what determines how actively and efficiently the EU will realize the opportunities granted to it; this may become the subject matter of further research.

KEYWORDS: supernationality; sovereignty; the European Union; fundamental rights; subsidiarity; integration.



Ганна Буяджи

кандидат юридичних наук,
заслужений юрист України,
державний секретар Міністерства юстиції України
(м. Київ, Україна)
fiorelina@ukr.net

УДК 347.23

БАГАТОЮРИСДИКЦІЙНІ, МІЖНАРОДНІ ТА ОФШОРНІ ТРАСТИ. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ

АНОТАЦІЯ. На сьогодні в Україні більшість праць присвячена переважно дослідженню трастів, суб'єкти яких є резидентами однієї держави, на території якої і перебуває трастове майно. Проте окрім національних існують також і міжнародні трасти, тобто трасти, суб'єктами яких є резиденти різних країн. Особливостями міжнародних трастів є те, що їх учасниками стають представники різних країн, зокрема і тих, у яких інститут трасту традиційно не визнається, як-от громадяни України. Крім того, поряд із поняттям “міжнародний траст” існують поняття “багатоюрисдикційний траст” та “офшорний траст”, зміст яких також не до кінця досліджений в Україні.

Метою статті є дослідити поняття й особливості багатоюрисдикційних, міжнародних та офшорних трастів і визначити співвідношення між ними.

У статті досліджено поняття багатоюрисдикційних, міжнародних та офшорних трастів, запропоновано власне визначення цих термінів і співвідношення між ними. На основі порівняльного аналізу законодавства різних країн визначено характерні риси міжнародних трастів, які принципово відрізняють їх від інших видів трастів.

Крім того, проаналізовано положення Переліку юрисдикцій, які не діють узгоджено для [досягнення] податкових цілей, виданого Радою Європейського Союзу у 2017 р., у якому вперше офіційно визначено, які країни відносяться до “чорного” та “сірого” списку офшорних юрисдикцій.

У результаті дослідження автор дійшла таких висновків.

Поняття “багатоюрисдикційний траст” (або міжнародний траст у широкому значенні) є найбільш загальним та по суті означає траст, у якому наявний іноземний елемент.

Поняття міжнародного трасту у вузькому значенні означає траст, створений відповідно до законодавства конкретної країни, у якому як мінімум один довірчий власник є резидентом цієї країни, тоді як установник та бенефіціар є резидентами іншої країни.

Офшорним трастом є міжнародний траст, створений в юрисдикції, яка не відповідає міжнародним стандартам у сфері податкової політики та відкритості інформації в частині ведення бізнесу, а також офіційно включена до “чорного” та “сірого” списку офшорних країн.

Як офшорні, так і міжнародні трасти (у вузькому значенні) є багатоюрисдикційними трастами, оскільки у них наявний іноземний елемент та вони пов’язані з декількома правопорядками. Водночас не всі багатоюрисдикційні трасти будуть міжнародними, а тим паче офшорними трастами.

Ключові слова: багатоюрисдикційні трасти; міжнародні трасти; офшорні трасти; офшорна юрисдикція; Перелік юрисдикцій, які не діють узгоджено для [досягнення] податкових цілей; “чорний” список; “сірий” список.

На сьогодні в Україні більшість праць присвячена переважно дослідженню трастів, суб’єкти яких є резидентами однієї держави, на території якої і перебуває трастове майно. Інакше кажучи, йдеться про локальні або національні трасти, що існують у тих чи інших країнах. Проте окрім національних існують також і міжнародні трасти, тобто трасти, суб’єктами яких є резиденти різних країн. У зв’язку з активним розвитком міжнародних зв’язків такі трасти набувають неймовірної популярності, а в сфері структуризації міжнародних бізнесів займають чи не перші позиції серед правових конструкцій, які найчастіше використовуються у різних країнах. Міжнародний траст має усі риси “звичайного”, тобто національного трасту відповідного виду (спадковий, прижиттєвий, охоронний тощо), а також значну специфіку у правовому регулюванні через те, що він пов’язаний із декількома різними правопорядками. При цьому особливостями міжнародних трастів є те, що їх учасниками стають представники абсолютно різних країн, зокрема і тих, у яких інститут трасту традиційно не визнається, як-от громадяни України. З огляду на це, дослідження міжнародних трастів набуває особливої актуальності.

Стаття ґрунтується на дослідженнях як іноземних (А. Хадсон, Р. Хендріксон, Н. Сільверман, Д. Хейтон, Дж. Глассон, М. Лупої та П. Паніко), так і вітчизняних дослідників міжнародних трастів (Р. Майданик, Г. Онищенко, Т. Стазілова, К. Некіт, Г. Харченко).

Мета дослідження. Дослідити поняття та особливості багатоюрисдикційних, міжнародних трастів, а також визначити співвідношення між цими поняттями.

Досить часто поняття “міжнародний траст” сприймають виключно як конструкцію, спрямовану на оптимізацію оподаткування (аж до уникнення сплати податків), приховування кінцевого бенефіціара, переходу від кредиторів, виведення грошей та інших активів за кордон. Це далеко не так, проте підстави для таких тверджень все-таки існують, особливо тоді, коли йдеться про так звані офшорні трасти.

Найкраще пояснення причин такого ставлення до міжнародних трастів надав суддя Уолкер у справі “*Schmidt v Rosewood*” (2003 р.), де він зазначив:

Це вже стало звичним для багатіїв у багатьох куточках світу (включно з країнами, які не мають місцевого трастового права) розміщувати фонди за їхнім розпорядженням у траст (часто через низку пов'язаних компаній), що регулюється правом та управляється довірчими власниками, які є резидентами території, з якими установник (який може бути і бенефіціаром) не має суттєвого зв'язку. Ці території (іноді їх називають “податковим раєм”) обираються не через географічну зручність (справді, особисті зустрічі між установником та його довірчими власниками часто дуже незручні), а через те, що вони можуть запропонувати спеціальні переваги у частині конфіденційності та захисту від фіскальних вимог (а іноді від проблем у країнах доміцилю установника через закони, пов'язані з неплатоспроможністю, або закони, які обмежують свободу в частині спадкування). Трасти та повноваження, що містяться в укладених за таких обставин договорах, можуть надійно унеможливити ідентифікацію того, хто отримує переваги від цих договорів. Як правило, вони містять широкі дискреційні повноваження довірчих власників (іноді за згодою так званого протектора) на користь широко визначеного кола бенефіціарів. Реалізація цих повноважень може залежати від побажань установника, які конфіденційно повідомляються довірчим власникам і протектору. Як плащ-перо проти відкритості, визначення справжнього установника або установників може бути приховане через деяких корпоративних підставних осіб¹.

Загалом суддя чітко і лаконічно охарактеризував основні ознаки міжнародних трастів, які використовуються у частині оптимізації корпоративних бізнес-схем. Однак окрім застосування міжнародних трастів у сфері структуризації компаній та податкового планування, вони також часто використовуються у значно прозаїчніших сферах – при спадкуванні майна, що перебуває за кордоном; у разі необхідності управління майном, що перебуває на території держави, відмінної від місця проживання учасників трасту; у разі перебування суб'єктів трасту на території різних країн; у разі перебування майна, що належить одному й тому ж власнику, у різних країнах та необхідності забезпечення ефективного управління та контролю за ним тощо. Тому міжнародні трасти не повинні асоціюватися лише зі схемами оптимізації податків та виведенням коштів за кордон.

Пропонуємо розібратися із термінологією. Так, у літературі трапляється декілька схожих понять – багатоюрисдикційні трасти (*multi-*

¹ Alastair Hudson, *Principles of Equity and Trusts* (Routledge 2016) 463.

jurisdictional trusts), модель міжнародного трасту (*international trust model*), міжнародні трасти (*international trusts*) та офшорні трасти (*offshore trusts*). При цьому варто зазначити, що поняття “багатоюрисдикційний траст” не дуже поширене серед англо-американських дослідників, які використовують переважно поняття міжнародного, іноді – офшорного трасту. Спробуємо визначити їхній зміст та співвідношення між ними.

Почнемо з того, який зміст вкладається у поняття “багатоюрисдикційний траст”. У монографії “Довірчі правовідносини з іноземним елементом” ми визначали багатоюрисдикційні трасти, як трасти, суб’єктами яких є резиденти різних країн або до яких передано майно, що знаходиться за кордоном, чи підставами виникнення, зміни або припинення яких були юридичні факти, що мали місце за кордоном².

Як вбачається із визначення, основою багатоюрисдикційного трасту є іноземний елемент, який може проявлятися у трастових відносинах через суб’єкт (учасниками трасту є резиденти різних країн), через об’єкт (трастове майно перебуває на території держави, відмінної від держави, резидентами якої є суб’єкти трасту) або через юридичний факт (факт виникнення, зміни чи припинення правовідносин має місце за кордоном). Як правило, у більшості міжнародних трастів іноземний елемент проявляється як через суб’єкт, так і через об’єкт одночасно. Окремо варто згадати, що існують трасти, у яких, умовно кажучи, єдиним іноземним елементом є іноземне право, яке сторони обирають для регулювання відносин у національному праві. Йдеться, перш за все, про *trusts interno* – конструкцію, яка існує у праві Італії та передбачає застосування іноземного права до локального італійського трасту. Отже, багатоюрисдикційний траст пов’язаний із декількома правовими порядками та становить предмет міжнародного приватного права.

Варто зазначити, що в англійській літературі термін “*multi-jurisdictional trust*” практично не застосовується. По суті, він використовується у праці Р. Хендріксона та Н. Сільвермана “*Changing the Situs of a Trust*”³. Інші дослідники оперують переважно поняттям “міжнародного” або “офшорного” трасту. До прикладу, Д. Хейтон і Дж. Глассон зазначають:

Вислів “міжнародний траст” сьогодні широко застосовується відносно трастів, які в юридичному значенні пов’язані з двома або більше країнами, як правило, де: установник із країни А створює траст, що регулюється законами країни В; у траст, що регулюється законами країни А, передано майно, що перебуває в країні В; у трасті, що регулюється законами країни А, довірчий власник є резидентом країни В⁴.

² Ганна Онищенко, *Довірчі правовідносини з іноземним елементом* (Алерта 2012) 53.

³ Robert A Hendrickson and Neal R Silverman, *Changing the Situs of a Trust* (Law Journal Press 2016).

⁴ David Hayton (ed), *The International Trust* (3rd edn, Jordan Publishing Limited 2011) xxx.

Ганна Буюджи

Із висловлювання вбачається, що вчені, по суті, визначають міжнародний траст майже так, як ми поняття багатоюрисдикційного трасту.

Із наведеного вище можна зробити перший висновок про те, що поняття багатоюрисдикційного та міжнародного трасту збігаються, коли йдеться про траст: 1) суб'єктами якого є резиденти різних країн; 2) до якого передано майно, що знаходиться за кордоном; 3) його підставами виникнення, зміни чи припинення є юридичні факти, що мали місце за кордоном; 4) до його регулювання застосовується право іноземної держави.

Проте зазначені поняття не єдині у цій сфері. Так, у 2000 р. італійський учений-компаративіст М. Лупої у своїй відомій праці “Порівняльне дослідження”⁵ увів ще одне поняття – “модель міжнародного трасту” (*international trust model*). Він системно доводив:

“Наплив” трастів у різних країнах, де податковий рай відігравав помітну роль <...>, призвів до виникнення моделі, яку ми можемо називати “модель міжнародного трасту”, яка значно відрізняється від англійської моделі, хоча [її] надихали ті самі фундаментальні принципи⁶.

Ця модель трасту, на його думку, близька не лише до системи загального права, а й до законодавства про трасти, що існує у країнах цивільного права. При цьому вона:

Має низку важливих ознак: вона з'явилася близько десяти років тому, її основа є виключно законодавчою; її використовує значна кількість правових систем (близько двадцяти); жодна з них не може вважатися його рушійною силою – навпаки, усі працюють над його розвитком⁷.

(Враховуючи, що цитована книга М. Лупої видана у 2000 р., нині зазначене твердження можна було б сформулювати не як ‘близько десяти років тому’, а як ‘близько двадцяти п'яти років тому’ або ‘на початку 90-х років ХХ ст.’. Щодо твердження ‘(близько двадцяти)’, то варто зазначити, на сьогодні кількість країн, які використовують міжнародну модель трасту, значно збільшилася.)

М. Лупої наголошував, що не всі правові системи, які використовують модель міжнародного трасту, відносяться до сім'ї загального права, проте є одна річ, яка їх поєднує, – ‘усі вони сприйняли бачення права справедливості як вираження зобов'язань совісті на правовому рівні’. При цьому учений не називає жодну юрисдикцію, яку ‘слід вважати лідируючою

www.pravo.ua.com.ua

⁵ Maurizio Lupoi, *Trusts: A Comparative Study* (Cambridge University Press 2000).

⁶ Там само 7.

⁷ Там само 201.

у формуванні цієї моделі. Законодавство про міжнародні трасти в цих країнах розвивається паралельно⁸.

Описуючи модель міжнародного трасту, М. Лупої уникає точного її визначення, проте все-таки окреслює сфери її застосування та стверджує, що вона може визначатись як:

Адаптація англійського традиційного трасту до потреб міжнародної бізнес-спільноти, як реакція проти обмежень у праві країн цивільного права в частині сімейного права та спадкування, або як функціональна альтернатива традиційним інструментам, які підвищена обізнаність щодо законодавства в сфері національних податків призвела до критичної точки⁹.

Отже, на основі аналізу наведеної вище праці, можна дійти висновку, що під поняттям “модель міжнародного трасту” мається на увазі певна правова конструкція, яка поєднує принципи англійського права справедливості із законодавством країн, що відносяться до різних правових систем. По суті це є міжнародний траст, який має виключно законодавче походження, використовується у низці країн, право яких передбачає певні податкові та інші преференції, та може застосовуватися у сфері міжнародного бізнесу, сімейного права, спадкування тощо з метою обходу деяких законодавчих обмежень, що існують у країнах, резидентами яких є учасники таких трастів (як правило, установник і бенефіціари).

Як вбачається із наведеного визначення (та на чому наголошував М. Лупої), модель міжнародного трасту “має виключно законодавче походження”, тому логічно проаналізувати право окремих країн, які визначають поняття міжнародного трасту безпосередньо у власному законодавстві. При виборі юрисдикцій, законодавство яких аналізувалося, ми спеціально обирали країни, які переважно відносяться до так званих офшорних юрисдикцій.

Почнемо з законодавства деяких країн, які відомі як офшорні юрисдикції. Згідно з Законом Сан Вінсента та Гренадину “Про міжнародні трасти” 1996 р. (*Saint Vincent And The Grenadines International Trusts Act*)¹⁰ міжнародний траст або траст означає траст, у якому: 1) установник не є резидентом на момент створення трасту або на момент, коли установник додає нове майно до трасту; 2) траст засвідчений письмово, підписаний установником або його представником (*nominee*) та зареєстрований довірчим власником; 3) у будь-який час як мінімум один із довірчих власників ліцензований відповідно до Ліцензійного закону “Про за-

⁸ Lupoi (n 5) 201-2.

⁹ Lupoi (n 5) 240.

¹⁰ Saint Vincent and The Grenadines International Trusts Act. 1996. No. 20; Act No. 39. URL: http://svgfsa.com/pdf/international_trusts_act.pdf (accessed: 20.12.2017).

реєстрованих агентів та довірчих власників”; 4) жоден із бенефіціарів не є резидентом на момент створення або заснування трасту або на момент, коли установник додає нове майно до трасту; 5) трастове майно не включає будь-яке нерухоме майно, розміщене в Державі, або інтерес у такому майні.

Дуже близьким до зазначеного закону – навіть практично дослівним його відтворенням – є положення більш пізнього Закону Санта Лучії “Про міжнародні трасти” 1999 р. (*Saint Lucia International Trusts Act*)¹¹, відповідно до якого міжнародний траст означає траст: 1) який створений у письмовій формі; 2) який відповідає формальним вимогам угоди або домовленості згідно з відповідним законом про трасти; 3) у якому установник не є резидентом на момент створення трасту або на момент, коли установник додає майно до трасту; 4) у якому траст засвідчений письмово, підписаний установником або номінантом установника та зареєстрований довірчим власником; 5) у якому в будь-який час як мінімум один із довірчих власників є ліцензованим згідно з Ліцензійним законом “Про зареєстрованих агентів та довірчих власників”; 6) у якому жоден із бенефіціарів не є резидентом на момент створення або заснування трасту або на момент, коли установник додає нове майно до трасту; 7) у якому трастове майно не включає ніякого нерухомого майна, розміщеного в Санта Лучії, або інтересу у будь-якому нерухомому майні, розміщеному в Санта Лучії; 8) який зареєстрований відповідно до глави II.

На Барбадосі міжнародні трасти регулюються Законом “Про міжнародні трасти” 1995 р. (*Barbados International Trusts Act*)¹². Відповідно до ст. 2 цього акта міжнародний траст або траст означає траст: 1) у якому установник є резидентом за межами Барбадосу на момент створення трасту або на момент, коли установник додає нове майно до трасту; 2) як мінімум один із довірчих власників є резидентом Барбадосу; 3) жоден із бенефіціарів, окрім особи, визначеної у параграфі “а”, не є резидентом Барбадосу на момент створення трасту або на момент, коли установник додає нове майно до трасту; 4) трастове майно не включає будь-яке нерухоме майно, розміщене на Барбадосі, або інтерес у такому майні.

Дещо інше розуміння міжнародного трасту можна знайти на Островах Кука у Законі “Про міжнародні трасти” 1984 р. у редакції 2004 р. (*Cook Island International Trusts Act*)¹³. Відповідно до зазначеного Закону міжнародний траст є трастом, зареєстрованим згідно з цим Законом, у якому:

¹¹ Saint Lucia International Trusts Act. 1999. No. 39. URL: https://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/arch/stl/int_trust.pdf (accessed: 20.12.2017).

¹² Barbados International Trusts Act. 1995. URL: <https://www.investbarbados.org/docs/International%20Trusts.PDF> (accessed: 21.12.2017).

¹³ Cook Islands International Trusts Act. 1984. URL: https://protectyou.com/wp-content/uploads/2013/10/interational_trust_act_1984_cook_islands.pdf (accessed: 21.12.2017).

1) як мінімум один із довірчих власників, донорів або утримувачів, які мають повноваження призначати (*power of appointment*), право утримувати (*power of maintenance*) або право сплачувати кошти бенефіціару до того моменту, коли він отримає право на виплату (*power of advancement*), або є: а) зареєстрованою іноземною компанією; б) міжнародною компанією; с) траст-компанією; 2) бенефіціари протягом усього часу не є резидентами. Крім того, поняття “міжнародний траст” включає (там, де це дає змогу контекст) траст, заснований або створений відповідно до законів іншої юрисдикції, проте який відповідає частинам 1 та 2 зазначеної вище статті та зареєстрований як міжнародний траст згідно з Законом. Отже, на Островах Кука однією з основних ознак міжнародного трасту є факт реєстрації його саме в такому статусі.

Говорячи про офшорні юрисдикції, ми не можемо не згадати про Британські Вірджинські Острови (далі – БВО), на яких зосереджена чи не найбільша кількість міжнародних (чи швидше офшорних) трастів. Трастові відносини на БВО регулюються, перш за все, Законом “Про довірчих власників” 1961 р. зі змінами (*Trustee Act*) та Законом “Про спеціальні трасти” 2003 р. зі змінами (*Virgin Islands Special Trusts Act*, відомий як “VISTA”)¹⁴, а також Законом “Про банківські та трастові компанії” 1990 р. зі змінами (*Banks and Trust Companies Act*).

Зазначене законодавство безпосередньо не оперує поняттям “міжнародний траст”, проте його положення свідчать про сферу застосування трастів. Так, БВО набули надзвичайної популярності саме через можливість заснування особливого виду міжнародних трастів – так званих VISTA (назва походить від перших літер Закону “Про спеціальні трасти”). Серед особливостей таких трастів є те, що у нього можуть передаватися лише акції компанії, яка зареєстрована на БВО. Крім того, на відміну від класичного трасту, де довірчий власник має право розпоряджатися трастовим майном у межах документа про створення трасту, у VISTA-трасті його повноваження значною мірою обмежені. За загальним правилом, він не має права відчужувати акції, голосувати ними, а також втручатися у діяльність компанії, акції якої передані в траст, що принципово відрізняє цей вид трасту від усіх інших, управління якими здійснюється саме довірчими власниками.

Окремо слід зазначити, що Закон “Про спеціальні трасти” передбачає можливість заснування приватної трастової компанії, підконтрольної

¹⁴ Virgin Islands Special Trusts Act. 2003. No. 10. URL: <http://www.bvifsc.vg/Portals/2/Virgin%20Islands%20Special%20Trusts%20Act,%202003.pdf> (accessed: 21.12.2017); Virgin Islands Special Trusts (Amendment) Act. 2013. No. 7. URL: [http://www.bvifsc.vg/Portals/2/Virgin%20Islands%20Special%20Trusts%20\(Amendment\)%20Act,%202013.pdf](http://www.bvifsc.vg/Portals/2/Virgin%20Islands%20Special%20Trusts%20(Amendment)%20Act,%202013.pdf) (accessed: 21.12.2017).

Ганна Буюджи

установнику та/або бенефіціару, яка буде управителем одного конкретного трасту, що залишає основний контроль із боку власника.

Пропонуємо проаналізувати законодавство Кіпру – країни, яка стала надзвичайно популярною саме через розгалужену систему юридичних і фінансових компаній, які професійно надають довірчі послуги, зокрема і в частині створення та супроводження діяльності міжнародних трастів. Це одна з небагатьох країн у Європейському Союзі (далі – ЄС), яка тривалий час спеціалізується на діяльності міжнародних трастів. Крім того, до 2004 р. Кіпр через власне законодавство у сфері оподаткування та розкриття інформації щодо кінцевих власників активів вважався офшорною територією. Протягом кількох десятків років пропонував своїм клієнтам одні з найвигідніших податкових умов для ведення бізнесу та в частині забезпечення конфіденційності інформації щодо кінцевих вигодонабувачів. Ситуація кардинально змінилася після входження Кіпру до складу ЄС, оскільки з цього моменту він був зобов'язаний переглянути власну податкову політику та політику прозорості ведення бізнесу і наблизити її до стандартів ЄС.

На Кіпрі протягом тривалого часу діяв Закон “Про міжнародні трасти” 1992 р. (*Cyprus International Trusts Act*)¹⁵, проте у 2012 р. він був прийнятий у новій редакції. Згідно з новим Законом міжнародний траст означає траст, у якому: 1) установник, будучи фізичною чи юридичною особою, не є резидентом Республіки протягом календарного року з моменту створення трасту; 2) як мінімум один із довірчих власників зараз є резидентом Республіки протягом усього строку [існування] трасту; 3) жоден із бенефіціарів, незалежно від того, чи фізична, чи юридична особа, окрім благодійної інституції, не є резидентом Республіки протягом календарного року, наступного після року, у якому був створений траст.

Щодо нового Закону Кіпру “Про міжнародні трасти” деякі дослідники зазначають, що він:

Перетворив кіпрський трастовий режим на найбільш сучасний і привабливий трастовий режим у Європі. Нове законодавство покликане зробити Закон більш робочим, доступним й ефективним, оскільки він заснований на значно більшій визначеності, ясності та стабільності¹⁶.

Серед іншого, перевагами нового Закону дослідники називають те, що в ньому відсутня заборона для установника та бенефіціарів трасту става-

www.pravoua.com.ua

¹⁵ Cyprus International Trusts Act. 1992. URL: [http://www.stepcyprus.com/booklet/6%20International%20Trusts%20\(Consolidated\)%20Law%20of%201992%20and%202012%20english.pdf](http://www.stepcyprus.com/booklet/6%20International%20Trusts%20(Consolidated)%20Law%20of%201992%20and%202012%20english.pdf) (accessed: 22.12.2017).

¹⁶ Stavros Pavlou and Lia Iordanou-Theodoulou, *The Cyprus International Trusts* (2012) <http://www.cyprusprofile.com/documents/uploads/publications/The_Cyprus_International_Trusts.pdf> accessed 23 December 2017.

ти резидентами Кіпру після створення трасту (зазначене обмеження діє лише протягом року з моменту створення трасту, тоді як у попередній редакції це було виключено взагалі). Крім того, новелою є те, що в траст може передаватися будь-яке майно, зокрема й нерухоме, розміщене на Кіпрі¹⁷. Як ми бачимо, це суттєва відмінність не лише якщо порівняти з попередньою редакцією кіпрського закону, а й із законами інших юрисдикцій, про які йшлося вище.

Існує ще одне важливе положення, на яке слід звернути увагу. У першій редакції Закону зазначалося, що установник і бенефіціар міжнародного трасту не можуть бути постійними резидентами (*permanent resident*) Республіки. Формулювання “постійний резидент” не повною мірою визначене, тому викликало певні труднощі у застосуванні на практиці. У новій редакції Закону ця невизначеність усунута за допомогою такого формулювання – ‘установник, будучи фізичною чи юридичною особою, не є резидентом Республіки протягом календарного року з моменту створення трасту’¹⁸.

Отже, Закон Кіпру “Про міжнародні трасти” 2012 р. є більш сучасним, продуманим і зручним інструментом для розвитку міжнародних трастів, що свідчить про зацікавленість держави у подальшому розширенні їх застосування та намагання забезпечити комфортні й прозорі умови для використання цього правового механізму іноземцями.

Вище ми коротко проаналізували поняття міжнародного трасту, що існує у деяких країнах, які традиційно відносять до офшорних юрисдикцій (окрім Кіпру, який сьогодні не вважається класичним офшором). Із наведених положень можна виокремити основну ознаку міжнародних трастів – резидентність учасників.

Проте це не єдина характерна ознака міжнародного трасту. До інших ознак П. Паніко відносить¹⁹:

- розширені повноваження трасті, особливо у сфері інвестування та управління;
- визнання комерційної основи оплачуваних професійних трасті, кореспондуючі положення щодо винагороди та витрат довірчого власника, обмеження відповідальності довірчих власників через умови про звільнення [від відповідальності];
- надання можливості установнику зберегти певні контрольні повноваження або передати їх особі, відмінній від довірчого власника, який зазвичай визначається як траст-протектор;

¹⁷ Pavlouand, Iordanou-Theodoulou (n 16).

¹⁸ E Neocleous and T Graham, ‘The amendments to the Cyprus International Trusts Law: finally enacted’ (2012) (18)5 *Trusts & Trustees* 415.

¹⁹ Paolo Panico, *International Trust Law* (Oxford University Press 2010) 3.

– значний ступінь свободи довірчих власників щодо приховування (замовчування) інформації від бенефіціарів і від установника з включенням положення із цього приводу до умов трасту;

– підвищений захист трастового фонду від позовів кредиторів установника, а також від його спадкоємців, які претендують на примусову частку майна установника згідно з законами відповідної юрисдикції.

Проаналізувавши положення законодавства низки країн, а також враховуючи думки науковців, вважаємо, що ознаками міжнародного трасту є:

1. Міжнародний траст – це траст, створений відповідно до законодавства конкретної країни (тобто країни, законодавство якої безпосередньо визначає особливості створення та функціонування саме міжнародного трасту).

2. Установник і бенефіціари міжнародного трасту не є резидентами цієї країни як на момент створення трасту, так і на момент долучення до нього нового майна.

3. Один із довірчих власників є обов'язково резидентом цієї країни.

4. Трастове майно, як правило, знаходиться за її межами. Найчастіше у такі трасти передають нематеріальні активи – частки у компаніях або акції. Іноді у траст передають права інтелектуальної власності. Нерухоме майно, що знаходиться на території держави, де створюється траст, у більшості юрисдикцій не допускається взагалі.

5. Установник, як правило, не втрачає контроль над майном. Навпаки, на відміну від класичного трасту, установник, який найчастіше є одночасно й бенефіціаром, бере активну участь у діяльності міжнародного трасту, надаючи конкретні вказівки довірчому власнику, обов'язкові для виконання останнім.

6. Довірчі власники наділяються широкими повноваженнями в частині управління та адміністрування трастом (хоча у переважній більшості випадків вони можуть реалізувати зазначені повноваження лише після отримання відповідної вказівки установника або бенефіціара).

7. Належним правом, що має застосовуватися до таких трастів, є право країни, резидентом якої є довірчий власник.

8. Поряд із міжнародними благодійними трастами визнаються та активно застосовуються міжнародні неблагодійні трасти, створені для досягнення будь-яких законних і реальних цілей.

У деяких країнах міжнародні трасти підлягають обов'язковій реєстрації або до них висуваються ще певні додаткові формальні умови (у порівнянні з національними трастами).

Отже, міжнародний траст – це траст, створений відповідно до законодавства конкретної країни, до якого установником-нерезидентом переда-

но майно, що знаходиться за кордоном, довірчим власникам, хоча б один із яких є резидентом відповідної країни, для управління ним в інтересах бенефіціарів-нерезидентів.

Можна вважати, що вказане визначення міжнародного трасту надане у вузькому значенні, поряд із розумінням міжнародного трасту у широкому значенні як аналога поняттю “багатоюрисдикційний траст”.

Як уже зазначалося, існує ще одне поняття, яке ми не можемо оминати увагою, – це поняття “офшорний траст”. Загалом визначення цього поняття є непростим завданням. По-перше, більшість юристів і пересічних користувачів ототожнюють поняття міжнародного та офшорного трасту й розуміють під ним правовий механізм оптимізації оподаткування (аж до повного уникнення сплати податків) і приховування кінцевих бенефіціарів. Тобто в уявленні переважної більшості людей це поняття пов’язується із чимось негативним і протиправним, що, на жаль, часто, небезпідставно. По-друге, на відміну від міжнародного трасту, поняття офшорного трасту рідко визначається на законодавчому рівні (за винятком декількох юрисдикцій). У результаті складається досить дивна і парадоксальна ситуація: термін “офшорний траст” користується неймовірною популярністю як у юридичній літературі, так і у засобах масової інформації та звичайних людей, проте мало хто розуміє його дійсне значення.

Як зазначає Е. Морріс:

Офшорний траст може бути описаний як найбільш цікавий і важливий офшорний інструмент, який також має величезний потенціал для інвесторів. <...> офшорний траст є законним утворенням, яке відноситься до [трасту], проте і відрізняється від свого добре відомого кузена, що існує у загальному праві. Він значною мірою відрізняється від ортодоксального трасту у загальному праві, дозволяючи такі речі <...>, які історично заборонені у загальному праві²⁰.

Якщо проаналізувати визначення, які можна знайти в юридичній літературі, то вдасться побачити, що офшорний траст розуміється як ‘траст, заснований в юрисдикції, відмінній від тієї, де доміцільований установник’²¹, як ‘траст, створений в юрисдикції з низькими податками або у податковому раю’²², ‘договірний траст, створений відповідно до законодавства офшорної юрисдикції’²³. Отже, навіть ці декілька визна-

²⁰ Andrew P Morriss, *Offshore Financial Centers and Regulatory Competition* (Government Institutes 2010) 39.

²¹ ‘Offshore trust’, *Business Dictionary* <<http://www.businessdictionary.com/definition/offshore-trust.html>> accessed 24 December 2017.

²² Michael Honiball and Lynette Olivier, *International Tax A South African Perspective* (5th edn, Siber Ink 2011) 129.

²³ ‘Offshore trust’, *Wikipedia* <https://en.wikipedia.org/wiki/Offshore_trust> accessed 24 December 2017.

чень свідчать про плутанину у розумінні цього поняття, оскільки перше визначення ототожнює його із поняттям міжнародного трасту, друге стосується трастів у юрисдикціях, де існують низькі податкові ставки, а третє відсилає до поняття офшорної юрисдикції.

Спробуємо розібратися із цим глибше. Почнемо з того, що термін “офшор” походить від англійського слова “*offshore*” – “поза берегом” або “у відкритому морі”. Він виник, щоб якось відокремити юрисдикції країн старої Європи та Сполучених Штатів Америки, так звані “оншори” (від англ. “на березі”), від країн і територій, які географічно розміщені на островах. Останні почали пропонувати особливі умови для ведення бізнесу, зокрема, низькі або нульові відсотки податків, прості правила для реєстрації та діяльності компаній, особливі умови для забезпечення конфіденційності з метою приховування осіб кінцевих бенефіціарів. Із часом до острівних країн долучилися і країни континентальної Європи (наприклад, Нідерланди, Швейцарія, Австрія, Шотландія, Ліхтенштейн, Сан Марино, Монако та деякі інші країни – члени ЄС), які поряд із “традиційними” для Європи умовами ведення бізнесу почали пропонувати альтернативні варіанти для оптимізації оподаткування та ефективного управління власністю. Звичайно, їх не можна повністю порівнювати з “класичними” офшорами, такими як Беліз, БВО, Барбадос чи Каймани, проте вони також зацікавлені у тому, аби привабити якомога більше клієнтів і залучити іноземний капітал на власну територію.

Офшорні трасти протягом останніх кількох десятків років стали неймовірно популярними, оскільки у багатьох державах податки на майно та приріст капіталу залишаються високими. Зазначений механізм використовується з метою зменшення або уникнення оподаткування, при цьому не лише фізичними особами, а й великими корпораціями. Заснувавши траст в одній із безподаткових юрисдикцій, у багатьох випадках вдається вивести кошти з оподаткування країни проживання установника та бенефіціарія. Це, перш за все, стосується податків на майно, оскільки майно, передане у траст, юридично не належить ані попередньому власнику, ані бенефіціарію. Те саме правило стосується і податку на прибуток із капіталу. Прибутки бенефіціарія, які він отримує від трасту, як правило, оподатковуються за правилами країни його проживання, але лише після їх реального отримання, що дає змогу відтягувати сплату податків на необмежений строк, реінвестуючи прибутки. У деяких випадках можна обійти сплату податку на спадок, але варто мати на увазі, що зазвичай передача майна у траст підпадає під податок на дарування. Ще однією з величезних переваг і привабливих сторін трасту протягом тривалого часу залишалася конфіденційність, яка давала можливість

приховувати кінцевих вигодонабувачів як від органів державної влади та банків, так і від зацікавлених осіб.

Проте така ситуація не могла тривати вічно. Так, протягом останніх декількох років законодавство у сфері діяльності міжнародних та офшорних трастів у багатьох країнах було значно змінено, стало більш жорстким та деталізованим. Податкове законодавство низки країн, зокрема і тих, які традиційно вважалися “податковим раєм”, також поступово змінюється та наближається до податкового законодавства інших “неофшорних” країн. Так само більш жорсткими стають вимоги щодо розкриття інформації стосовно дійсних власників компаній. Сьогодні вже практично неможливо заснувати траст без вказівки інформації щодо особи кінцевого бенефіціара, а також без обґрунтування офіційного джерела його доходів. Навіть якщо заснувати траст все-таки вдасться, основною проблемою стане відкриття банківських рахунків для пов’язаних компаній, без яких здійснення будь-якої діяльності, звісно, є неможливим.

Крім того, протягом останнього часу окремим документом, який обов’язково вимагається при заповненні цілої низки реєстраційних і банківських документів, є надання інформації щодо пов’язаності кінцевих бенефіціарів із публічними діячами (*Politically Exposed Persons*). У разі виявлення такого зв’язку вимагається розширений перелік документів, який, серед іншого, має включати документи, що підтверджують джерело походження коштів публічних осіб.

Неймовірна популярність офшорних трастів призвела до того, що європейські та американські інституції почали вживати заходи щодо обмеження їхньої діяльності, зокрема й на найвищому міжнародному рівні.

Між іншим, 5 грудня 2017 р. Рада Європейського Союзу підготувала Висновки щодо Переліку юрисдикцій, які не діють узгоджено для [досягнення] податкових цілей (*Council Conclusions on the EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes*)²⁴. Зазначені Висновки стали підсумком виконання Плану дій з протидії розмиванню оподаткованої бази й виведенню прибутку з-під оподаткування (*Base Erosion and Profit Shifting*, далі – План дій *BEPS*).

До вказаного вище Переліку, або як його ще називають – до “чорного списку” офшорних територій, потрапили 17 країн, а саме: в регіоні Північної Америки: Панама, Гренада, Тринідад і Тобаго, Санта Луція та Барбадос; в Африці та на Близькому Сході: Туніс, Намібія, Бахрейн та Об’єднані Арабські Емірати; в Азії та Тихому Океані: Монголія, Макао,

²⁴ Council Conclusions on the EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes, No. 15429/17, adopted on 5/12/2017. URL: <http://www.consilium.europa.eu/media/31945/st15429en17.pdf> (accessed: 24.12.2017).

Південна Корея, Палау, Гуам, Маршалські Острови, Самоа, Американські Самоа.

Основною причиною потрапляння до вказаного Переліку став так званий “шкідливий пільговий податковий режим” (*harmful preferential tax regime*) та невідповідність стандартам *BEPS*. Загалом зазначений список включає більшість юрисдикцій, які традиційно відносяться до офшорних. Водночас до нього з незрозумілих причин не потрапили БВО, Бермуди та Кайманові Острови – юрисдикції, задіяні в одному з найвідоміших корупційних скандалів, пов’язаних із так званим Панама Пейперс (*Panama Paper*). (*Panama Papers* – це умовна назва корупційного скандалу, пов’язаного з витоком конфіденційної інформації, якою володіла юридична фірма “*Mossack Fonseca*”, яка спеціалізувалася на роботі з офшорами. Внаслідок оприлюднення понад 11 млн документів було розкрито інформацію про активи та власність публічних осіб із багатьох країн світу, зокрема й України.) Як зазначено у тексті Висновків, це пояснюється тим, що у вересні 2017 р. у районі Карибських островів руйнівний шторм завдав значних збитків острівним державам регіону. Проте ми можемо припустити, що причини цього зовсім інші. Зокрема, те, що частина політиків із США та Європи утримують свої кошти у трастах саме у цих юрисдикціях, що й було виявлено та зафіксовано під час скандалу з Панама Пейперс.

Слід також зазначити, що ще ціла низка країн і територій були включені до “сірого списку” за різними підставами (відсутність автоматичного обміну інформацією, неучасть у Глобальному Форумі з відкритості та обміну інформацією, непідписання Багатосторонньої Конвенції щодо спільної адміністративної підтримки з податкових питань (*The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*), наявність “шкідливого податкового режиму” тощо).

До прикладу, до “сірого списку” на підставі наявності “шкідливих податкових режимів” потрапили такі країни, як: Андорра, Вірменія, Аруба, Беліз, Ботсвана, Кабо Верде, Острови Кука, Кюрасао, Фіджі, Гонконг, Йорданія, Мальдіви, Маврикій, Марокко, Сент-Вінсент і Гренадини, Сейшельські Острови, Тайвань, Таїланд, Туреччина, Уругвай та В’єтнам. Окрім того, до нього були включені декілька європейських країн, зокрема: Ліхтенштейн, Сан Марино та Швейцарія.

Вважається, що наведені “чорний” та “сірий” списки країн є першим офіційним переліком офшорних юрисдикцій, задіяних у найбільш корупційних схемах уникнення оподаткування, відмивання коштів і приховування кінцевих власників. Інакше кажучи, наведені юрисдикції офіційно вважаються офшорними. Проте, якщо “чорний список” відносить

країну до офшорних за багатьма підставами, то деякі країни потрапили до “сірого списку” лише через окремі недоопрацювання або деякі податкові практики, які суперечать стандартам BEPS.

Отже, *офшорними трастами вважаються міжнародні трасти, створені в юрисдикціях, які не відповідають міжнародним стандартам у сфері податкової політики та відкритості інформації в частині ведення бізнесу, а також офіційно включені до “чорного” або “сірого” списку офшорних країн.*

Офшорні трасти мають усі названі вище ознаки міжнародних трастів (у вузькому значенні), проте їх основною відмінністю є те, що вони створені в юрисдикціях, віднесених до офшорних. Інакше кажучи, усі офшорні трасти є міжнародними, проте не всі міжнародні трасти є офшорними. До прикладу, міжнародний траст, створений на Барбадосі чи на острові Санта Луція, вважатиметься офшорним, тоді як міжнародний траст на Кіпрі чи в Англії не буде відноситися до офшорних трастів, оскільки зазначені країни не включені до “чорного” або “сірого” списку офшорних юрисдикцій.

Зі свого боку як офшорні, так і міжнародні трасти (у вузькому значенні) є багатоюрисдикційними трастами, оскільки у них наявний іноземний елемент та вони пов’язані з декількома правопорядками. Водночас не всі багатоюрисдикційні трасти будуть міжнародними, а тим паче офшорними.

Висновки. Поняття багатоюрисдикційного трасту (або міжнародного трасту у широкому значенні) є найбільш загальним та по суті означає траст, у якому наявний іноземний елемент (учасники трасту є резидентами різних країн; майно, передане у траст, знаходиться за кордоном; юридичні факти, що є підставою для виникнення, зміни чи припинення трастових відносин, мали місце за кордоном; або для регулювання національного трасту було обране іноземне право).

Поняття міжнародного трасту у вузькому значенні означає траст, створений відповідно до законодавства конкретної країни, у якому як мінімум один довірчий власник є резидентом цієї країни, тоді як установник та бенефіціар є резидентами іншої країни.

Офшорним трастом є міжнародний траст, створений у юрисдикції, яка не відповідає міжнародним стандартам у сфері податкової політики та відкритості інформації в частині ведення бізнесу, а також офіційно включена до “чорного” або “сірого” списку офшорних країн.

Як офшорні, так і міжнародні трасти (у вузькому значенні) є багатоюрисдикційними трастами, оскільки у них наявний іноземний елемент та вони пов’язані з декількома правопорядками. Водночас не всі багатоюрисдикційні трасти будуть міжнародними, а тим паче офшорними.

Офшорні трасти мають усі ознаки міжнародних трастів (у вузькому значенні), проте їх основною відмінністю є те, що вони створені в юрисдикціях, віднесених до офшорних. Інакше кажучи, усі офшорні трасти є міжнародними, проте не всі міжнародні трасти є офшорними.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Barbados International Trusts Act. 1995. URL: <https://www.investbarbados.org/docs/International%20Trusts.PDF> (accessed: 15.01.2018) (in English).
2. Cook Islands International Trusts Act. 1984. URL: https://protectyou.com/wp-content/uploads/2013/10/interational_trust_act_1984_cook_islands.pdf (accessed: 21.12.2017) (in English).
3. Council Conclusions on the EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes, No. 15429/17, adopted on 5/12/2017. URL: <http://www.consilium.europa.eu/media/31945/st15429en17.pdf> (accessed: 24.12.2017) (in English).
4. Cyprus International Trusts Act. 1992. URL: [http://www.stepcyprus.com/booklet/6%20International%20Trusts%20\(Consolidated\)%20Law%20of%201992%20and%202012%20english.pdf](http://www.stepcyprus.com/booklet/6%20International%20Trusts%20(Consolidated)%20Law%20of%201992%20and%202012%20english.pdf) (accessed: 22.12.2017) (in English).
5. Saint Lucia International Trusts Act. 1999. No. 39. URL: https://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/arch/stl/int_trust.pdf (accessed: 20.12.2017) (in English).
6. Saint Vincent And The Grenadines International Trusts Act. 1996. No. 20; Act No. 39. URL: http://svgfsa.com/pdf/international_trusts_act.pdf (accessed: 20.12.2017) (in English).
7. Virgin Islands Special Trusts Act. 2003. No. 10. URL: <http://www.bvifsc.vg/Portals/2/Virgin%20Islands%20Special%20Trusts%20Act,%202003.pdf> (accessed: 21.12.2017) (in English).
8. Virgin Islands Special Trusts (Amendment) Act. 2013. No. 7. URL: [http://www.bvifsc.vg/Portals/2/Virgin%20Islands%20Special%20Trusts%20\(Amendment\)%20Act,%202013.pdf](http://www.bvifsc.vg/Portals/2/Virgin%20Islands%20Special%20Trusts%20(Amendment)%20Act,%202013.pdf) (accessed: 21.12.2017) (in English).

Bibliography

Authored books

9. Hendrickson R A and Neal R Silverman, *Changing the Situs of a Trust* (Law Journal Press 2016) (in English).
10. Honiball M and Olivie L, *International Tax A South African Perspective* (5th edn, Siber Ink 2011) (in English).
11. Hudson A, *Principles of Equity and Trusts* (Routledge 2016) (in English).
12. Lupoi M, *Trusts: A Comparative Study* (Cambridge University Press 2000) (in English).
13. Morriss A P, *Offshore Financial Centers and Regulatory Competition* (Government Institutes 2010) (in English).
14. Panico P, *International Trust Law* (Oxford University Press 2010) (in English).
15. Pavlouand S and Iordanou-Theodoulou L, *The Cyprus International Trusts* (2012) <http://www.cyprusprofile.com/documents/uploads/publications/The_Cyprus_International_Trusts.pdf> accessed 23 December 2017 (in English).
16. Onyshchenko G, *Dovirchi pravovidnosyny z inozemnym elementom [Trust Relationships with a Foreign Element]* (Alerta 2012) (in Ukrainian).

Edited books

16. Hayton D (ed), *The International Trust* (3rd, Jordan Publishing Limited 2011) (in English).

Dictionaries

17. 'Offshore trust', *Business Dictionary* <<http://www.businessdictionary.com/definition/offshore-trust.html>> accessed 24 December 2017 (in English).
18. 'Offshore trust', *Wikipedia* <https://en.wikipedia.org/wiki/Offshore_trust> accessed 24 December 2017 (in English).

Articles

19. Neocleous E and Graham T, 'The amendments to the Cyprus International Trusts Law: finally enacted' (2012) (18)5 *Trusts & Trustees* 415 (in English).

Ganna Buiadzhy

MULTI-JURISDICTIONAL, INTERNATIONAL AND OFFSHORE TRUSTS.
CHALLENGING ISSUES OF THE CORRELATION
OF CONCEPTS

ABSTRACT. Currently, most of the research papers in Ukraine are mainly focused on the trusts, the parties to which are residents of one state and with the trust property located in the territory of the same state. However, along with national trusts there are also international ones, i. e. trusts with the parties – residents of different countries. The specific thing about international trusts is that their members are representatives of different countries, including those which traditionally do not recognize the concept of a trust, such as citizens of Ukraine. Besides, along with the concept of “international trust” there are concepts of “multi-jurisdictional trust” and “offshore trust”, the meanings of which are not fully investigated in Ukraine as well.

The purpose of this article is to study the concept and specific features of multi-jurisdictional, international and offshore trusts, and to find out how they correlate.

The article examines the concepts of multi-jurisdictional, international and offshore trusts and offers the author's definition of these terms, and how they relate to each other. The comparative analysis of current law in different countries allows identifying the characteristic features of international trusts which fundamentally distinguish them from other types of trusts.

The article also analyzes the provisions of the EU List of non-cooperative jurisdictions for [achievement of] tax purposes issued by the EU Council in 2017, which for the first time officially defined which countries are on the “black” and “grey” list of offshore jurisdictions.

In the course of the research the author has arrived at the following conclusions.

The concept of “multi-jurisdictional trust” (or international trust in the broad sense) is most common and essentially means a trust with a foreign element.

The concept of international trust in the narrow sense means a trust established under the laws of a particular country, with at least one trustee being a resident of this country while the founder and the beneficiary are residents of another country.

Ганна Буюджи

An offshore trust is an international trust established in the jurisdiction which does not comply with international standards of tax policies and information transparency in terms of doing business, and which is also officially on the “black” or “grey” list of offshore countries.

Offshore as well as international trusts (in the narrow sense) are multi-jurisdictional trusts because they comprise a foreign element and are linked to several legal systems. At the same time, not every multi-jurisdictional trust can be classified as an international one and especially as an offshore trust.

KEYWORDS: multi-jurisdictional trusts; international trusts; offshore trusts; offshore jurisdiction; List of non-cooperative jurisdictions for [achievement of] tax purposes; “black” list; “grey” list.

ДИСКУСІЇ ТА ОБГОВОРЕННЯ



Іван Голосніченко

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
професор кафедри загальнотеоретичної юриспруденції,
конституційного та адміністративного права
Київського інституту інтелектуальної власності та права
Національного університету "Одеська юридична академія"
(м. Київ, Україна)
golosnichenko@ukr.net

УДК: 342.9

ДО ПИТАННЯ СВОБОДИ І САМОВРЯДУВАННЯ У СФЕРІ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ ТА НАУКИ В УКРАЇНІ

АНОТАЦІЯ. Свобода і самоврядування юридичних закладів освіти є невід'ємною складовою громадянського суспільства, яке нині розбудовується в українській державі. Поточна реформа правничої вищої освіти, наукової діяльності і професії, станом на тепер, з очевидністю не враховує значного вітчизняного досвіду самоорганізації та самоврядування освітян і вчених-правників 2000–2010-х років. Наслідком цього є певні недоліки концептуального планування і законопроектного доробку щодо юридичної (правничої) освіти і науки в Україні.

Метою статті є ознайомити юридичну спільноту з основними аспектами досвіду Ради юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ України, її взаємодії з Всеукраїнським з'їздом представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ, органами виконавчої і судової влади. Обґрунтувати корисність і доцільність урахування досвіду Ради у забезпеченні ефективності реформи юридичної (правничої) освіти й науки в Україні.

Основними результатами дослідження є рекомендації для використання під час реформи правничої вищої освіти і наукової діяльності в Україні: у вдосконаленні проекту закону про юридичну (правничу) освіту і загальний доступ до правничої професії та проекту концепції вдосконалення правничої (юридичної) освіти для фахової підготовки правника відповідно до європейських стандартів вищої освіти та правничої професії.

Під час реформи доцільно взяти за основу проект Закону № 7147-1, урахувавши доробок законопроекту № 7147 щодо гарантування Стандартом юридичної (правничої) освіти відповідних загальних компетентностей, встановлення обов'язкового мінімуму кредитів Європейської кредитної трансферно-накопичувальної системи для освітніх ступенів, обов'язковості навчальних дисциплін правничої клініки, правничої дослідницької лабораторії та імітації судового процесу, механізму первинного і періодичного оцінювання правничих шкіл тощо.

© Іван Голосніченко, 2018

У майбутньому законі й урядовій концепції необхідно передбачити залучення до складу Ради також деканів та ректорів правничих шкіл, що мають ліцензований обсяг на підготовку бакалаврів права і керівників правничих наукових установ; визначити таку Раду постійно діючим робочим органом Всеукраїнського з'їзду; окреслити принципи роботи Ради; передбачити територіальну ротацію місць засідань; допустити приватні правничі школи до підготовки правників; додати Раді функції обміну й узагальнення досвіду, вивчення і популяризації кращих практик, адаптації міжнародних стандартів і документів, вивчення і збереження правової спадщини України, сприяння розвитку вітчизняних наукових шкіл, затвердження рекомендацій Міністерству освіти і науки України з усього спектру юридичної освіти й науки, а не тільки їх фінансування, здійснення інших функцій, визначених З'їздом; передбачити, що Міністерство освіти і науки України скликає Всеукраїнський з'їзд у разі, якщо Рада не здійснила цього відповідно до закону, а не навпаки.

Ключові слова: юридична освіта; університетська автономія; правова реформа; розподіл повноважень; виключні повноваження; самоврядування; система стримувань і протитяг; Рада юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ України.

Питання підвищення ефективності юридичної освіти в нашій державі є досить актуальним, адже наявність великої кількості вищих юридичних навчальних закладів ще не вказує на високий рівень підготовки юриста. Як свідчить досвід, належну компетентність фахівця юриста можуть надавати як вищі навчальні заклади (далі – ВНЗ), що функціонують за рахунок державної власності, так і ті, які здійснюють підготовку такого спеціаліста на базі інших її форм. Проблема в тому – наскільки готовий той чи інший ВНЗ надавати сучасні знання у сфері юриспруденції, чи достатньою мірою впливають на підготовку цих спеціалістів інституції громадянського суспільства, наскільки вони можуть впливати на формування державних органів у сфері юстиції.

Проблеми громадянського суспільства і його інститутів, загальні питання становлення та розвитку громадських об'єднань України за сучасної доби, оптимізації їх взаємовідносин з органами влади, участі громадян в управлінні суспільством достатньо широко досліджені у працях Б. Андресюка, В. Андрущенка, О. Бандурки, Ю. Битяка, В. Герашука, І. Гриценка, С. Головатого, А. Грамчука, С. Ківалова, А. Колодія, В. Колпакова, О. Корнієвського, І. Кресіної, М. Михальченка, Я. Паська, С. Стеценка. Однак недержавним формуванням саме у сфері освітньої діяльності у правовій науці не приділено достатньої уваги. В юридичній літературі не розкрито організацію і діяльність деяких недержавних освітянських інституцій, їх ролі в житті українського суспільства. Зокрема, немає публікацій, що характеризували б повноваження та значення для вищої юридичної освіти і науки Ради юридичних вищих навчальних

закладів та наукових установ України, її роль у формуванні юрисдикційних органів.

Мета дослідження полягає у тому, аби показати місце і роль громадської організації “Рада юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ України” у вирішенні освітянських проблем та формуванні юрисдикційних органів держави, ознайомити юридичну спільноту з основними аспектами досвіду цієї організації, обґрунтувати його корисність та ефективність для українського суспільства, а також необхідність використання у реформуванні юридичної освіти.

Свобода і самоврядування юридичних закладів освіти є невід’ємною складовою громадянського суспільства, яке нині розбудовується українською державою. Запровадження інститутів громадянського суспільства – питання ненове. “Громадянське суспільство” є давнім й ustalеним поняттям, що традиційно сформувалося у Західній Європі, США та інших країнах на основі ідеї про державу як суб’єкта затвердження моральності (Платон, Аристотель, Г. В. Ф. Гегель), досягнення загальної безпеки (Т. Гоббс), охорони права приватної власності (Дж. Лок), досягнення суспільного блага (Г. Гроцій), затвердження загальної свободи (Ж.-Ж. Руссо, Ф. Лассаль)¹. Громадянське суспільство слугує підґрунтям демократичної і правової держави. Це сукупність соціальних витворів (груп, колективів), об’єднаних специфічними інтересами (економічними, культурними, освітянськими тощо), що реалізуються переважно поза сферою діяльності держави. Громадянське суспільство складається із таких інститутів, як сім’я, церква, незалежні від держави засоби масової інформації, підприємницькі структури, політичні партії, профспілки, громадські організації та ін. Це сфера як самовиявлення вільних громадян, так і добровільно сформованих асоціацій та організацій, “обмежених відповідними законами від безпосереднього втручання та довічної регламентації діяльності громадян і організацій з боку держави”².

Інституції громадського самоврядування в освітній сфері нині визначені в ст. 70 Закону України “Про освіту”, де закріплено:

Громадське самоврядування у сфері освіти – це право учасників освітнього процесу та громадських об’єднань, інших інститутів громадянського суспільства, установчими документами яких передбачена діяльність у сфері освіти та/або соціального захисту осіб з особливими освітніми потребами, вирішувати питання у сфері освіти як безпосередньо,

¹ Фелікс Рудич, ‘Політична система та інститути громадянського суспільства в Україні: теоретичний та прикладний контекст’ у Ф Рудич (ред), *Громадянське суспільство в сучасній Україні: специфіка становлення, тенденції розвитку* (Парламентське видавництво 2006) 7-11.

² Тетяна Тарахонич, ‘Поняття, зміст і структура громадянського суспільства’ в О Зайчук, Н Оніщенко (ред), *Теорія держави і права: Академічний курс* (Юрінком Інтер 2006) 115-8.

так і через органи громадського самоврядування, брати участь в управлінні закладом освіти, місцевими і державними справами у сфері освіти з питань, що належать до їх компетенції³.

Органи громадського самоврядування створюються на різних рівнях освітньої діяльності (у закладі освіти, на місцевому та національному рівнях).

Однією з інституцій громадянського суспільства є громадські організації. Громадська організація відповідно до Закону України “Про громадські об’єднання” є різновидом громадського об’єднання, під яким розуміється добровільне об’єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних, та інших інтересів. Засновниками громадських організацій та її членами є фізичні особи⁴.

Нині освітня галузь перебуває у стадії реформування. Реформа юридичної освіти, науки і професії – в епіцентрі дискусії юридичної громадськості, і не тільки її. До Верховної Ради України внесено два законопроекти: “Про юридичну (правничу) освіту і загальний доступ до правничої професії” № 7147⁵ (далі – Законопроект № 7147) і “Про юридичну освіту та юридичну (правничу) професію” № 7147-1⁶ (далі – Законопроект № 7147-1). Разом із ними активно обговорюється урядовий проект Концепції вдосконалення правничої (юридичної) освіти для фахової підготовки правника відповідно до європейських стандартів вищої освіти та правничої професії (далі – Проект Концепції)⁷. Законопроект № 7147 і Проект Концепції підпорядковують реформу магістральному поділу правничих професій на визнані і привілейовані (суддя, прокурор, адвокат, нотаріус) і невизнані, “уражені в правах” (юрисконсульт, учений-правник, працівник юридичної вищої освіти, слідчий, спеціаліст юридичного профілю державного органу, установи), підвищуючи статус і престижність перших за рахунок ускладнення й обтяження других. Законопроект № 7147 і Проект Концепції наголошують на невизнанні правником і незарахуванні правничого стажу фахівцям, чиї службові функції полягають у дослід-

³ Про освіту: Закон України від 5 вересня 2017 р. № 2145-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 38–39. Ст. 380.

⁴ Про громадські об’єднання: Закон України від 22 березня 2012 р. № 2572. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 1. Ст. 1.

⁵ Про юридичну (правничу) освіту і загальний доступ до правничої професії: проект Закону від 28 вересня 2017 р. № 7147. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62613 (дата звернення: 05.01.2018).

⁶ Про юридичну освіту та юридичну (правничу) професію: проект Закону від 17 жовтня 2017 р. № 7147-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62728 (дата звернення: 05.01.2018).

⁷ Проект Концепції вдосконалення правничої (юридичної) освіти для фахової підготовки правника відповідно до європейських стандартів вищої освіти та правничої професії. URL: <https://mon.gov.ua/ua/osvita/visha-osvita/konserciya-vdoskonalennya-pravnichoyi-yuridichnoyi-osviti-dlya-fahovoyi-pidgotovki-pravnika> (дата звернення: 05.01.2018).

женні, творенні, тлумаченні і застосуванні права, натомість визнаючи правниками і зараховуючи правничий стаж їх начальникам, чия діяльність може обмежуватися адміністративно-розпорядчими функціями і не включати дослідження, творення, тлумачення або застосування права. Водночас пропонується обмежити доступ випускників юридичних ВНЗ до привілейованих правничих професій численними перепонами, зокрема і корпоративного характеру (наприклад, видавати адвокатське свідоцтво тільки особам, які два роки пропрацювали стажистом адвоката)⁸.

Законопроект № 7147-1 є теж реформаторським, але побудований на повазі до усіх правничих професій, спеціальностей, спеціалізацій, на принципі вільного і рівного доступу випускників юридичних ВНЗ до правничих професій, незалежно від їх матеріального стану і соціального походження, родинних зв'язків із представниками тих чи інших юридичних професій. Стосовно ж питання самоврядності правничих шкіл, Проект Концепції обмежується скромним нарисом, де лише згадується Асоціація правничих шкіл – без розшифрування, для чого вона створюватиметься, як працюватиме, як забезпечуватиметься її незалежність, вільний обмін думками, фаховий склад й ефективна робота. Законопроект № 7147 не набагато конкретніший з цього приводу. Іменуючи форму нашого самоврядування “Рада деканів та ректорів правничих шкіл”, він мало чого додає у вимір функцій та інструментарію такої Ради. Тематичні положення альтернативного Законопроекту № 7147-1 сформульовано краще. Загалом же, маючи певний досвід у цій сфері, на нашу думку, ці та інші питання свободи і самоврядності правничих шкіл заслуговують на більшу увагу як у текстах згаданих вище документів, так і у дискусії з приводу реформи правничої освіти, науки і професії в нашій державі.

Споконвіку свобода була і залишається однією з найважливіших суспільних цінностей. Від ринкової економіки і вільної торгівлі до плюралістичної демократії і місцевого самоврядування, свобода залишається найефективнішим інструментом облаштування людського буття. Підприємництво, винахідництво, мистецтво і творчість потребують свободи. Так само потребують її науковий пошук і сучасна вища освіта.

Часті радикальні трансформації державного устрою і суспільного ладу в Україні наклали свій відбиток на сучасне право й правозастосування. Протягом десятиліть наші землі, а отже, і юристи – вчені і практики –

⁸ Звіт щодо проекту Закону про внесення змін до Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” та інших пов’язаних законодавчих актів України від 21 грудня 2017 р. (*Судебно-юридическая газета*, 15 Январь 2018) <<http://sud.ua/ru/news/publication/113605-proekt-zakona-ob-advokature-cto-zhdat-ot-reformy-dokument>> дата звернення 16 Січень 2018.

були затиснуті у межах різних державних утворень – Речі Посполитої, Австро-Угорської, Російської імперії, потім – Радянського Союзу – кожне з яких застосовувало в Україні своє право. Розбудова власне українського права на початку ХХ ст. була трагічно перервана.

У Декларації про державний суверенітет України ми пішли правильним шляхом, ґрунтуючись на загальновизнаних нормах і принципах міжнародного права, що згодом підтвердили, включивши до законодавства України чинні міжнародні договори і принципи верховенства права, приєднавшись до Ради Європи та її правозахисних конвенцій, Європейського суду з прав людини. Проте ця прогресивна і необхідна міжнародна нормативна база не може бути достатньо ефективною, якщо (скористаємося метафорою) вміщуватиметься у вакуум, де відсутня національна правосвідомість. Навпаки, її опорою в Україні мають бути цивілізовані національні правові традиції і культура, які характеризувалися б необхідним ступенем єдності, змістовним і термінологічним охопленням сучасних знань про право, здоровою динамікою розвитку. Саме це дає необхідну якість і дієвість масивові позитивного права – поточного законодавства держави. Тому утворення модерної Української Держави дало українським правникам унікальний шанс: об'єднати найкраще у правовій культурі і правових традиціях нашої землі у нову, суто українську правову науку, виробити національні, оригінальні підходи до викладання права. Ключ до цього – у міжрегіональному діалозі, вільному від забобонів, бюрократизму і властивих йому стереотипів.

Ми з колегами, вчені-правники з багаторічним стажем, маємо власний досвід утвердження свободи і налагодження такого діалогу у сфері юридичної вищої освіти й науки. У 2003 р. понад 100 учених та освітян-правників з усієї України зібралися на Всеукраїнському з'їзді представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ (далі – З'їзд) з приводу призначення членів Вищої ради юстиції та колективно дійшли згоди, аби вивести вільний діалог із питань вищої юридичної освіти й академічної правничої науки на новий, інституційний рівень. Рішенням З'їзду ми утворили Раду юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ України (далі – Рада), що об'єднала в своїх лавах близько тридцяти досвідчених правників, освітян і вчених з усіх провідних правничих шкіл України: Донецька, Івано-Франківська, Києва, Криму, Львова, Одеси, Харкова, Чернівців та ін. Причому було забезпечено представництво не лише знаних публічних інституцій, успадкованих від минулих державних формацій, а й правничих факультетів та інститутів молодих, приватних вищих навчальних закладів, що виникли і розвинулися у незалежній Україні. Мушу особливо наголосити на тому, що

створення Ради і вище управління Радою, відповідно до Закону України “Про Вищу раду юстиції” у чинній в ті роки редакції⁹, здійснювалося З’їздом, у складі делегатів, обраних від кожної з 24 областей України, міст Києва і Севастополя, Автономної Республіки Крим. Відтак Рада є одним із тих органів, що своїм створенням і діяльністю засвідчує та стверджує територіальну цілісність, єдність і неподільність території України в межах 24 серпня 1991 р. Завдання Ради полягало в утвердженні самоврядування у сфері юридичної вищої освіти і науки відповідно до стандартів Болонського процесу, Ради Європи, Європейського Союзу і ЮНЕСКО; обговоренні сучасних викликів, які постали перед юридичною освітою та наукою; збереженні й розбудові вітчизняних наукових шкіл у різних сферах права; збереженні спадщини й популяризації історії українського права і правознавства; розбудові сталого діалогу юридичної освіти і науки з практикою; висловленні незалежної фахової думки щодо освітніх стандартів та ініціатив профільного Міністерства освіти і науки України; виробленні рекомендацій і підготовці висновків для потреб законотворчості і правозастосування в Україні. Одночасно З’їзд доручив Раді скликання та організацію наступних з’їздів з питань призначення членів Вищої ради юстиції, які тогочасне законодавство, як самоврядне повноваження юридичних шкіл і наукових установ, захищало від участі органів державної виконавчої влади. Завданням Ради було забезпечувати правовий захист рішень З’їзду і наданих ними Раді повноважень, включно з судовим захистом. З’їзд висловив довіру, обравши мене секретарем Ради юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ України.

Перші три роки роботи Ради були дуже цікавими, сповненими цінних відкриттів про, нібито, достеменно відомі кожному з нас правові явища. Виявилось, що на сході і півдні України мало обізнані зі здобутками кодифікації цивільного права й адвокатури XVIII–XIX ст. на Галичині, а на заході з цікавістю дізнавалися про доробок судових процесів за участю присяжних другої половини XIX ст. на Харківщині й Одещині. І все це разом було новиною для деяких столичних правників, які вважали необхідним будувати українське право “з чистого аркуша”, з усіма похідними помилками, яких, виявляється, можна було уникнути, враховуючи знання з історії держави і права на нашій землі. Відповідно, було швидко запроваджено традицію проводити засідання Ради щоразу в новому місті України, від Одеси до Івано-Франківська, на базі нової правничої школи. Специфікою обміну досвідом і правовими матеріалами у межах роботи Ради був акцент на толерантності, взаємоповазі і повазі до різноманіт-

⁹ Про Вищу раду юстиції: Закон України від 15 січня 1998 р. № 22/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 25. Ст. 146.

ності тих чи інших аспектів наукової та освітньої діяльності правничих шкіл, уникнення нав'язування власної думки, ідентифікації і подолання стереотипів, пошуку спільності і точок дотику, пріоритеті вироблення потенційно сталих підходів до розв'язання проблем організації й методичного забезпечення наукової та освітньої діяльності у сфері права на загальнонаціональному рівні шляхом комбінування кращих регіональних практик, урахування особливостей історії держави і права на українських землях для рекомендацій та експертних висновків із правотворчості і правозастосування в Україні на сучасному етапі. Корисною формою зустрічі стали наукові конференції і семінари, як з питань організації юридичної освіти і науки в Україні, так і з широкого спектру класичних юридичних дисциплін, у столиці і різних куточках України. Дуже корисним виявилось долучення представників правничих шкіл ВНЗ приватної форми власності, яким вільне і довірче спілкування з представниками класичних юридичних шкіл допомагало швидше фахово зростати і розвивати власні колективи, освітні й наукові проекти. Ми виробили свій голос у питанні незалежної оцінки якості освітніх стандартів і документів щодо абітурієнтів, студентів правничих спеціальностей, викладачів права і наукових працівників у сфері права, звертали увагу органів влади на такі недоліки і можливості вдосконалення технічної документації, про які не інформувала формалізована вертикаль керівництва у сфері освіти, яка традиційно була головним джерелом зворотного зв'язку у тематичній реформі. У Раді забезпечувалися свобода як організації, так і дискусії, право кожного члена робити внесок до порядку денного, обговорення і формулювання рішень, виключно колегіальне їх прийняття, функція голови Ради у модерації обміну думками усіх членів замість скеровування дискусії, гнучкий підхід до часових меж обговорення. Свобода інтелектуального дискурсу давала нову якість колективної фахової позиції.

Цю свободу згодом довелося захищати у суді. Нам, делегатам перших всеукраїнських з'їздів правників-освітян і вчених, від початку було зрозуміло, що свобода дискусії й ефективність співпраці за неприбутковості нашої мети і мінімізації витрат потребували максимально дистанціюватися від бюрократичного формалізму, ризиків політичних та інших неправових впливів. Відповідно, З'їзд 2003 р. від початку доручив секретареві З'їзду зареєструвати Раду як приватну установу, враховуючи норму Цивільного кодексу України, що назавжди усувала засновника від участі в управлінні установою від дня її державної реєстрації, на чолі ж установи ставали Всеукраїнський з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ. Створена ним Рада юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ України була

представлена як діючий робочий орган З'їзду. Річ у тому, що ще під час обговорення рішення про утворення Ради на З'їзді 2003 р. йшлося про допоміжний, резервний характер державної реєстрації, на випадок необхідності захисту у судовій системі України рішень З'їзду у міжз'їздовий період. Адже тодішнє процесуальне законодавство і стала практика його застосування судами, зокрема адміністративної юрисдикції, давало можливість звертатися із позовом будь-якому колегіальному органу виключно за умови його державної реєстрації.

Тому відповідно до рішення З'їзду Рада почала роботу вже восени 2003 р. як робочий орган З'їзду, і три роки плідно працювала без державної реєстрації. Вчинити державну реєстрацію довелося лише наприкінці 2006 р., після того, як орган виконавчої влади, незважаючи на норми Конституції України, взявся скликати Всеукраїнський з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ з питань призначення членів Вищої ради юстиції. Слід зазначити, що Вища рада юстиції (нині – Вища рада правосуддя) є одним із ключових конституційних органів, відповідальним за кадрове формування судової влади в державі. А запроваджена Конституцією України з 1996 р. квота з правників-освітян і науковців у складі Вищої ради юстиції, особливо обраних їхніми колегами за професією, є не тільки засобом збагачення кваліфікації цього органу, а й зв'язку юридичної вищої науки й освіти з практикою. Головна ж проблема полягала ось у чому. Коли такий Всеукраїнський з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ з питань призначення членів Вищої ради юстиції або Вищої кваліфікаційної комісії суддів України ініціювала Рада – робочий орган самого З'їзду, повністю недержавна, громадська структура, без жодного владного повноваження щодо будь-якого українського ВНЗ чи наукового інституту – виключався будь-який сторонній вплив на склад, рішення З'їзду і призначених ним членів Вищої ради юстиції, саме так, як цього й вимагали Конституція України і закон. Коли ж той самий з'їзд у наказному порядку скликало Міністерство освіти і науки України, призначаючи його організаційний комітет, – де-факто заздалегідь обмежувалося і визначалося коло прохідних кандидатур майбутніх членів Вищої ради юстиції. Адже профільне Міністерство мало значні владні повноваження як щодо юридичних ВНЗ, так і щодо кожного з їх керівників і працівників індивідуально, й скромні повноваження зі скликання та організації Всеукраїнського з'їзду правників-освітян і науковців у руках Міністерства ставали справді владними повноваженнями, а виконавча влада отримувала, через посередництво визначених нею членів Вищої ради юстиції *(чий голоси часто ставали вирішальними при призна-*

чені і звільненні суддів, застосуванні до суддів найсуворішого з дозволених законом заходів дисциплінарної відповідальності, звільненні за порушення суддівської присяги), значний вплив на судову владу й повсякденне здійснення правосуддя у державі, серед іншого, в адміністративних справах, у більшості з яких саме органи виконавчої влади виступали відповідачем. Це не узгоджувалося із конституційним принципом поділу державної влади на три незалежні гілки: законодавчу, виконавчу і судову. Утворювалися ризики для об'єктивності й незалежності вирішення судами більшості адміністративних справ, кількість яких, починаючи від набрання чинності Кодексом адміністративного судочинства України, щороку зростала, а разом із нею – і сукупна важливість їх для забезпечення захисту в Україні не тільки конституційних прав і свобод громадян, а й охоронюваних законом інтересів юридичних осіб. Ідеться про елемент системи стримувань і противаг, закладених законодавцем в Основному Законі – Конституції України. Не лише Президентові України, Кабінету Міністрів України, Верховній Раді України чи органам прокуратури відводиться там відповідальна роль, а й сегментам громадянського суспільства, територіальним громадам, ініціативним групам, а в цьому випадку – вільному самоврядуванню юридичних ВНЗ та наукових установ. Відповідальність за захист цього елемента З'їзд поклав на Раду. Тож після державної реєстрації Рада домоглася визнання її права на позов, і виграла судовий процес у трьох інстанціях, підтвердивши повноваження Ради¹⁰ і незалежність З'їзду від виконавчої влади¹¹, а відтак сприяла незалежності судової гілки влади від виконавчої влади. Всеукраїнський з'їзд 2009 р. постановив відмовитися від форми приватної установи й зареєструвати Раду як громадську організацію. Такому рішенню сприяла певна дерегуляція громадських формувань на той час. У 2015 р. Верховна Рада Україна встановила новий порядок призначення членів Вищої ради юстиції, віддавши організацію З'їзду виконавчій владі в особі Міністерства освіти і науки України. Власне, участю у судових процесах із захисту рішень З'їзду у ролі позивача функціонування Ради як юридичної особи – “приватної установи” – й обмежилося: її банківський рахунок півроку проіснував порожнім. Сам статус “юридичної особи”, не кажучи вже про статус “приватної установи”, був Раді, за єдиним виключенням доступу до суду в ролі особи, яка бере участь у справі, непотрібний,

¹⁰ Лист Міністерства юстиції України народному депутату України Пилипенку В П від 25 червня 2009 р. № 412-0-2-09 з приводу ситуації, пов'язаної з призначенням 30 травня 2009 року III Всеукраїнським З'їздом представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ членів Вищої ради юстиції.

¹¹ Рішення Печерського районного суду міста Києва від 3 листопада 2006 р., судова справа № 2-А-622-1/06; Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 2 лютого 2007 р., судова справа № 22-3798 а/06; Ухвала Вищого адміністративного суду України від 23 жовтня 2008 р., судова справа № 3180511. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/3180511> (дата звернення: 05.01.2018).

і залишився незатребуваним. Адже і сама Рада, як і ми, її члени, працювали як робочий орган Всеукраїнського з'їзду представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ на громадських засадах.

Таким чином, виявлено недоліки проектів концепції і закону про юридичну (правничу) освіту і науку в Україні, обґрунтовано ефективність самоврядної форми колективної самоорганізації, обраного функціоналу й інструментарію Ради для утвердження свободи освітянських підходів і наукового пошуку в Україні, зміцнення їх зв'язку з юридичною практикою; необхідність встановлення правових гарантій незалежності З'їзду як необхідного елемента конституційної системи стримувань і противаг. Вони заслуговують на урахування в майбутніх концепції та законі про юридичну (правничу) освіту і науку в Україні.

Висновки. Під час напрацювання профільного закону про юридичну освіту та юридичну (правничу) професію доцільно взяти за основу Законопроект № 7147-1 як більш системний і досконалий, врахувавши кращі елементи Законопроекту № 7147, а саме типи загальних компетентностей, набуття яких має гарантувати Стандарт юридичної (правничої) освіти; визначення обов'язкового мінімуму кредитів Європейської кредитної трансферно-накопичувальної системи для отримання кожного освітнього ступеня, обов'язковість таких навчальних дисциплін, як правничі клініки, правничі дослідницькі лабораторії та імітація судового процесу, запровадження укладення ВНЗ договорів із самоврядними об'єднаннями представників правничих професій, впровадити механізм первинного і періодичного оцінювання правничих шкіл тощо.

У майбутньому законі «Про юридичну (правничу) освіту і загальний доступ до правничої професії» й урядовій Концепції вдосконалення правничої (юридичної) освіти для фахової підготовки правника відповідно до європейських стандартів вищої освіти та правничої професії доцільно врахувати доробок Ради юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ України, а саме:

- залучати до складу Ради деканів та ректорів правничих шкіл, що мають ліцензований обсяг на підготовку бакалаврів (а не тільки магістрів) права, а також керівників правничих наукових установ;
- визначити Раду деканів, ректорів правничих шкіл та керівників правничих наукових установ постійно діючим робочим органом Всеукраїнського з'їзду представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ;
- визначити принципами роботи Ради колегіальність, толерантність, свободу висловлювань і дискусії;
- передбачити територіальну ротацію місць проведення засідань Ради;

– відмовитися від заборони використання правничих шкіл приватної форми власності у підготовці майбутніх правників, що не відповідає ані реаліям незворотності переходу від планової до ринкової економіки, ані трендові приватизації, що неодмінно незабаром зачепить вищу освіту і науку в Україні;

– розширити перелік функцій Ради деканів, ректорів правничих шкіл та керівників правничих наукових установ, додавши функції обміну досвідом й узагальнення досвіду, формулювання і поширення кращих практик викладання правничих дисциплін і наукових досліджень у сфері права, опрацювання адаптації міжнародних стандартів і документів для впровадження в юридичній освіті й науці України з урахуванням вітчизняних правових традицій і культури, вивчення і збереження правової спадщини України, сприяння розвитку вітчизняних наукових шкіл за галузями права, затвердження рекомендацій для центрального органу виконавчої влади у сфері освіти і науки щодо усього спектру питань юридичної (правничої) освіти та науки, а не тільки розподілу їх фінансування, здійснення інших функцій, покладених на Раду Всеукраїнським з'їздом представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ;

– визначити, що центральний орган виконавчої влади у сфері освіти і науки скликає з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ у разі, якщо Рада деканів, ректорів правничих шкіл та керівників правничих наукових установ не здійснила цього відповідно до закону, а не навпаки.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Pro Vyshhu radu justyciji [On the High Council of Justice]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 15 sichnis 1998 r. № 22/98-VR, *Vidomosti Verkhovnoji Rady Ukrainy*, 1998, no. 25, Article 146 (in Ukrainian).
2. Pro ghromadsjki objednannja [On the Non-Governmental Organizations]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 22 bereznia 2012 r. № 2572, *Vidomosti Verkhovnoji Rady Ukrainy*, 2012, no. 1, Article 1 (in Ukrainian).
3. Pro osvitu [On Education]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 5 veresnia 2017 r. № 2145-VIII, *Vidomosti Verkhovnoji Rady Ukrainy*, 2017, no. 38–39, Article 380 (in Ukrainian).
4. Proekt Koncepicii vdoskonalennja pravnychoji (jurydychnoji) osvity dlja fakhovoji pidgotovky pravnyka vidpovidno do jevropejsjkykh standartiv vyshhoji osvity ta pravnychoji profesiji [Draft Concept of Advancement of Legal Education for Professional Training of Law Practitioner in Accordance with European Standards on Higher Education and Legal Profession]. URL: <https://mon.gov.ua/ua/osvita/visha-osvita/konceptiya-vdoskonalennya-pravnychoyi-yuridichnoyi-osviti-dlya-fahovoyi-pidgotovki-pravnyka> (accessed: 05.01.2018) (in Ukrainian).

5. Pro jurydychnu (pravnychu) osvitu i zaghalnyj dostup do pravnychoji profesiji [On Legal Education and Public Access to Legal Profession]: proekt Zakonu Ukrainy [Draft Law of Ukraine] vid 28 veresnia 2017 r. № 7147. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62613 (accessed: 05.01.2018) (in Ukrainian).
6. Pro jurydychnu osvitu ta jurydychnu (pravnychu) profesiju [On Legal Education and Legal Profession]: proekt Zakonu Ukrainy [Draft Law of Ukraine] vid 17 zhovtnya 2017 r. № 7147-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62728 (accessed: 05.01.2018) (in Ukrainian).

Cases

7. Rishennja Pecherskogo rajonnogo sudu mista Kyjeva [Judgment by Pechersk District Court of the City of Kyiv] vid 3 lystopada 2006 r., sudova sprava № 2-A-622-1/06 (in Ukrainian).
8. Ukhvala Apeljacijnogo sudu mista Kyjeva [Judgment by Court of Appeals of the City of Kyiv] vid 2 liutoho 2007 r., sudova sprava № 22-3798 a/06 (in Ukrainian).
9. Ukhvala Vyshhogho administratyvnogo sudu Ukrainy [Judgment by High Administrative Court of Ukraine] vid 23 zhovtnya 2008 r., sudova sprava № 3180511. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/3180511> (accessed: 05.01.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Edited books

10. Rudych F, 'Politychna systema ta instituty ghromadjanskogho suspiljstva v Ukraini: teoretychnyj ta prykladnyj kontekst' ['Political System and Institutions of Civil Society in Ukraine: Theoretical and Applied Elements'] in Rudych F (ed), *Ghromadjanske suspiljstvo v suchasnij Ukraini: specyfika stanovlennja, tendenciji rozvytku* [Civil Society in Modern Ukraine: Specifics of Establishment, Trends in Development] (Parlamentsjke vydavnytstvo 2006) (in Ukrainian).
11. Tarakhonych T, 'Ponjattja, zmist i struktura ghromadjanskogho suspiljstva' ['Concept, Essence and Structure of Civil Society'] in Zajchuk O, Onishhenko N (eds), *Teorija derzhavy i prava: Akademichnyj kurs* [Theory of State and Law: a Treatise] (Jurinkom Inter 2006) (in Ukrainian).

Websites

12. 'Zvit shhodo proektu Zakonu pro vnesennja zmin do Zakonu Ukrainy "Pro advokaturu ta advokatsjku dijalnistj" ta inshykh povjazanykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy' ['Report on the Draft Law on Amendment of the Law of Ukraine "On the Bar and Practice of Law" and Other Relevant Legislative Acts of Ukraine'] vid 21 grudnia 2017 r. <<http://sud.ua/ru/news/publication/113605-proekt-zakona-ob-advokature-chto-zhdatot-reformy-dokument>> accessed 16 January 2018 (in Ukrainian).

Personal communications

13. Lyst Ministerstva justycji Ukrainy narodnomu deputatu Ukrainy Pylypenky V P z pryvodu situaciji, povjazanoji z pryznachennjam 30 travnja 2009 roku III Vseukrajinskym Zjizdom predstavnykiv jurydychnykh vyshhykh navchalnykh zakladiv ta naukovykh ustanov chleniv Vyshhoji rady justycji [Letter from the Ministry of Justice of Ukraine to Member of Parliament of Ukraine Volodymyr Pylypenko with Regard to the Situation with Convening III Pan-Ukrainian Assembly of Representatives of Law Schools and Legal Research Institutions on 30 May 2009] vid 25 chervnja 2009 r. № 412-0-2-09 (in Ukrainian).

Ivan Golosnichenko

ON THE ISSUE OF FREEDOM AND SELF-GOVERNMENT
IN THE LEGAL EDUCATION AND SCIENCE BRANCH IN UKRAINE

ABSTRACT. Freedom and self-government of legal education institutions is an integral part of civil society being now under development in the Ukrainian state. As of today, the current reform of legal higher education, scientific activities and the legal profession apparently does not build upon the extensive national experience of self-organization and self-government accumulated by educators and legal scholars over years 2000–2010. This results in certain drawbacks of conceptual planning and draft legislation from the perspective of legal (law) education and science in Ukraine.

The purpose of this article is to demonstrate to the legal community the main aspects of the experience accumulated by the Council of Higher Legal Education Establishments and Scientific Institutions of Ukraine, and their interaction with the All-Ukrainian Congress of representatives of higher legal education establishments and scientific institutions and the executive and judicial authorities. The article also aims at justifying the benefits and expediency of the said Council's experience if it is taken into account for ensuring the efficiency of the legal (law) education and science reform in Ukraine.

The main results of the study are recommendations to be used in the course of the reform of legal higher education and scientific activities in Ukraine: for improvement of the draft law on the legal (law) education and public access to the legal profession, and the draft concept of improvement of legal (law) education for the purpose of training of legal professionals in compliance with the European standards of higher education and the legal profession.

For the purpose of the reform it is recommended to take as the basis the draft Law No. 7147-1, with due regard for the draft law No. 7147 on ensuring, through the Standard of legal (law) education, of relevant general competences and establishing of a mandatory minimum according to the European Credit Transfer and Accumulation System of educational degrees, and also the mandatory nature of courses of the legal clinic, the legal research laboratory and judicial process simulation, and the mechanism of initial and periodic assessment of legal schools etc.

The future law and the governmental concept should stipulate that the Council should also include, as its members, the deans and rectors of law schools with the licensed capacity for training of bachelors of law and heads of legal academic institutions; and the Council should be appointed the permanent working body of the All-Ukrainian Congress; the principles of the Council's operation should be outlined; territorial rotation of places for the Council's meetings should be provided for; private law schools should be allowed to train lawyers; the Council should be granted the additional functions of exchanging and generalizing of experience, studying and popularizing the best practices, adapting international standards and documents, exploring and maintaining the legal heritage of Ukraine, facilitating the development of national scientific schools, approving the recommendations to the Ministry of Education and Science of Ukraine with regard to the entire spectrum of legal education and science, and not just their funding, as well as other functions specified by the Congress; it should also be stipulated that the Ministry of Education and Science of Ukraine shall convene the All-Ukrainian Congress if the Council fails to do so according to law, and not the other way around.

KEYWORDS: legal education; University autonomy; legal reform; distribution of powers; exclusive powers; self-government; checks and balances system; the Council of Higher Legal Education Establishments and Scientific Institutions of Ukraine.

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ



Олександр Задорожний

аспірант Запорізького національного університету, адвокат
(м. Запоріжжя, Україна)
advocate-alexzr@i.ua

УДК 347.124 : 332.025.28

ДО ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНВЕТОРІВ У РАЗІ РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРУ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ПРИВАТИЗОВАНОГО МАЙНА*

АНОТАЦІЯ. Починаючи з 1991 р. і дотепер, в Україні триває процес приватизації державного майна. Непоодинокими є випадки порушення фундаментальних прав інвесторів і держави під час приватизації. Такі порушення здебільшого відбуваються при розірванні приватизаційних договорів у судовому порядку.

Як наслідок, актуальним є питання повернення коштів, сплачених покупцями за такими договорами. Проте однозначної відповіді на зазначене питання немає. Так, Фонд державного майна України відстоює позицію, що законодавство не передбачає можливості повернення інвестору сплачених за придбання об'єкта приватизації коштів. Серед іншого, зазначається, що згідно з ч. 4 ст. 653 Цивільного кодексу України сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом.

Проте права інвесторів неодмінно мають бути захищені, а у відносинах примусового позбавлення права власності збережено справедливий баланс між приватними та суспільними інтересами. Відтак актуальність досліджуваного питання є значною.

Мета статті полягає у виявленні деяких проблемних аспектів правового регулювання суспільних відносин при розірванні в судовому порядку договорів купівлі-продажу об'єктів приватизації через неналежне виконання покупцем взятих на себе інвестиційних зобов'язань, а також вироблення пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання відповідних відносин.

Проаналізовано проблемні питання захисту майнових прав інвесторів у відносинах, які виникають при розірванні в судовому порядку договорів купівлі-прода-

* Рекомендовано до друку кафедрою цивільного права Запорізького національного університету.

Олександр Задорожний

жу об'єктів приватизації. Автор досліджує стан проблеми через призму міжнародних стандартів захисту прав інвесторів. Зокрема, у статті ґрунтовно проаналізовано практику Європейського суду з прав людини щодо застосування ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Як наслідок, запропоновано внести зміни до ч. 4 ст. 653 Цивільного кодексу України і викласти її в такій редакції: “4. У разі розірвання договору кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього договору, а в разі неможливості такого повернення, сторони зобов'язані компенсувати одна одній вартість відповідних благ, якщо інше не встановлено договором або законом”. Окрім цього, на думку автора, доцільно змінити ч. 11 ст. 26 проекту Закону України “Про приватизацію державного майна” № 7066, привівши її у відповідність до міжнародних стандартів захисту права власності.

Таким чином, із метою захисту прав інвесторів, покращення інвестиційного клімату, запобігання ухваленню Європейським судом з прав людини негативних рішень проти України, а відповідно і втрат державного бюджету, необхідність удосконалення правового регулювання відносин, що виникають у досліджуваній сфері, з урахуванням загальноновизнаних міжнародних стандартів та вимог Конституції України, є очевидною та вкрай необхідною. Запропоновані автором зміни до чинного вітчизняного законодавства дадуть можливість досягти зазначених цілей.

Ключові слова: приватизація; розірвання договору; захист права власності; “справедливий баланс”.

Починаючи з 1991 р. і дотепер, в Україні триває процес приватизації державного майна. На жаль, непоодинокими є випадки порушення фундаментальних прав як інвесторів, так і держави під час приватизації. Зокрема, істотна кількість договорів приватизації державного майна розриваються у судовому порядку за позовами державних органів приватизації, зокрема й через неналежне виконання покупцями взятих на себе інвестиційних зобов'язань.

Як наслідок, актуальним є питання повернення коштів, сплачених покупцями за такими договорами. Проте однозначної відповіді на зазначене питання немає. Так, Фонд державного майна України (далі – ФДМУ) відстоює позицію, що законодавство не передбачає можливість повернення інвестору сплачених за придбання об'єкта приватизації коштів¹. Зокрема, відповідну позицію висловлено в листі ФДМУ². У ньому зазначено, що чинна редакція Закону України “Про приватизацію державного майна”³ (далі – Закон) не передбачає повернення покупцям коштів, сплачених за об'єкт приватизації, у разі розірвання договорів купівлі-прода-

www.pravo.ua.com.ua

¹ ‘Фонд державного майна України: Укртелеком повертається у державну власність’ (Фонд державного майна України) <<http://www.spfu.gov.ua/ua/news/fond-derzhmajna-ukrtelekom-povertaetsya-u-derzhavnu-vlasnist-3524.html>> дата звернення 10 Грудень 2017.

² Фонд державного майна України, Лист (№ 10-25-21484, 2017).

³ Про приватизацію державного майна: Закон України від 4 березня 1992 р. № 2163-ХІІ. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2163-12> (дата звернення: 11.12.2017).

жу об'єктів приватизації у зв'язку з невиконанням їх умов. Крім того, згідно з ч. 4 ст. 653 Цивільного кодексу України⁴ (далі – ЦК України) сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом. Проте права інвесторів неодмінно мають бути захищені, а у відносинах примусового позбавлення права власності збережено справедливий баланс між приватними та суспільними інтересами. Відтак актуальність досліджуваного питання є значною.

Окремими питаннями правового регулювання приватизаційних відносин займалися Ю. Алданов, І. Бандурка, О. Дзера, Н. Демченко, В. Луць, В. Нагорняк, О. Скворцов, Р. Шишка, М. Шутов, В. Щербина та ін. Проте деякі проблемні аспекти правового регулювання відповідних відносин потребують додаткового дослідження.

Мета дослідження полягає у виявленні деяких проблемних аспектів правового регулювання суспільних відносин при розірванні в судовому порядку договорів купівлі-продажу об'єктів приватизації через неналежне виконання покупцем взятих на себе інвестиційних зобов'язань, а також вироблення пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання відповідних відносин.

Незважаючи на відсутність у чинному законодавстві України прямої норми, яка б передбачала обов'язок держави повернути кошти інвестору при розірванні договору купівлі-продажу державного майна, все ж певні гарантії захисту прав інвестора в такій ситуації існують. Передусім ідеться про гарантії, закріплені в нормах Конституції України⁵. Так, у ст. 1 передбачено, що Україна є правовою державою. Право приватної власності є непорушним⁶. В Україні визнається і діє принцип верховенства права⁷. Одним із елементів принципу верховенства права, згідно з офіційним тлумаченням Конституційного Суду України (далі – КСУ), є *справедливість*⁸. Це одна з основних засад права, яка є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену у рівному юридичному масштабі поведінки. У сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед

⁴ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 11.12.2017).

⁵ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 11.12.2017).

⁶ Там само.

⁷ Там само.

⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Багінського Артема Олександровича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) від 22 грудня 2010 р. № 23-рп/2010, справа № 1-34/2010. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-10> (дата звернення: 12.12.2017).

законом, цілях законодавця і засобах, що обираються для їхнього забезпечення⁹. Однак у відносинах, які виникають при розірванні договорів купівлі-продажу об'єктів приватизації, зазначений принцип порушується, оскільки покупець зобов'язаний повернути придбане майно, але позбавлений права на повернення коштів, сплачених за його придбання. Це, без сумніву, ставить продавця і покупця у *нерівне становище*. Цікаво, що, обґрунтовуючи свою позицію щодо неповернення коштів при розірванні договорів купівлі-продажу державного майна, представники ФДМУ, серед іншого, посилаються на рішення КСУ, яким визнано конституційною ч. 5 ст. 29 Закону щодо можливості не повернення частково внесених інвестицій при розірванні договорів купівлі-продажу у зв'язку з невиконанням покупцем умов договорів стосовно внесення таких інвестицій¹⁰.

Із цього приводу слід зазначити, по-перше, що вказана норма Закону втратила чинність із 18 лютого 2012 р. на підставі Закону України “Про внесення змін до деяких законів України з питань приватизації щодо реалізації положень Державної програми приватизації на 2012–2014 роки”¹¹. По-друге, в зазначеному рішенні КСУ йдеться не про сплатену за майно суму, а про інвестиції, які є додатковими зобов'язаннями покупця і які здійснюються понад сплату ціни товару. Відтак слід розмежовувати, власне, поняття “ціни товару” (у розумінні статей 632, 691 ЦК України, ст. 189 Господарського кодексу України¹² (далі – ГК України)), яка є вираженням у грошовій формі еквівалентом одиниці товару, що підлягає продажу, і яка фіксується сторонами в договорі купівлі-продажу об'єкта приватизація саме як “ціна об'єкта приватизації”, від додаткових інвестиційних зобов'язань покупця (зокрема, щодо збереження робочих місць, профілю діяльності тощо). На нашу думку, зазначені правові категорії є різними за своєю правовою природою і повинні бути розмежовані. Тим більше, що можливість повернення коштів, сплачених за об'єкт приватизації саме як ціни, передбачено і постановою Кабінету Міністрів Украї-

⁹ Постанова Верховного Суду України від 14 квітня 2016 р. у справі № 5-23к(15)16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/5EFC18186C47BE90C2257FBF0023E00B](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/5EFC18186C47BE90C2257FBF0023E00B) (дата звернення: 12.12.2017).

¹⁰ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини четвертої статті 3, частини другої статті 5, частин другої та сьомої статті 7 і частини п'ятої статті 29 Закону України “Про приватизацію державного майна” (в редакції Закону України “Про внесення змін до Закону України “Про приватизацію майна державних підприємств” від 19 лютого 1997 року) (справа щодо приватизації державного майна) від 1 липня 1998 р. № 9-рп, справа № 01/1501-97. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-98> (дата звернення: 13.12.2017).

¹¹ Про внесення змін до деяких законів України з питань приватизації щодо реалізації положень Державної програми приватизації на 2012–2014 роки: Закон України від 13 січня 2012 р. № 4336-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4336-17/print> (дата звернення: 15.12.2017).

¹² Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 17.12.2017).

ни “Про затвердження Порядку повернення у державну власність об’єктів приватизації у разі розірвання або визнання недійсними договорів купівлі-продажу таких об’єктів”, відповідно до якої повернення покупцям коштів, сплачених за об’єкт приватизації, у разі розірвання договору купівлі-продажу такого об’єкта у зв’язку з невиконанням його умов або визнання його недійсним у судовому порядку провадиться згідно з законодавством¹³.

Крім Конституції України низку загальних норм-принципів, що гарантують, зокрема, права інвесторів, містять ЦК України та ГК України. Йдеться про норми, які встановлюють загальні засади цивільного законодавства (пункти 2, 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України)¹⁴ і конституційні основи правопорядку у сфері господарювання (ч. 2 ст. 5 ГК України)¹⁵. Проте слід зважати на те, що при застосуванні цивільного законодавства для регулювання приватизаційних відносин потрібно врахувати специфіку “приватизаційних правочинів” із притаманним їм особливим правовим режимом¹⁶. Серед іншого, наведене раніше рішення КСУ також визнає зазначені правочини (“угоди приватизації”) особливими договорами купівлі-продажу державного майна, на які поширюються також відповідні норми цивільного законодавства про угоди, якщо інше не впливає із законодавства про приватизацію¹⁷.

Отже, оскільки спеціальне законодавство не містить чітких правил повернення сплачених інвестором коштів за об’єкт приватизації, слід звернутися до ЦК України. Так, ч. 4 ст. 653, яка регламентує відносно повернення виконаного у разі розірвання договору, передбачає, що сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов’язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом. При цьому ч. 5 цієї статті встановлює: якщо договір змінений або розірваний у зв’язку з істотним порушенням договору однією зі сторін, друга сторона може вимагати відшкодування збитків, завданих зміною або розірванням договору.

¹³ Про затвердження Порядку повернення у державну власність об’єктів приватизації у разі розірвання або визнання недійсними договорів купівлі-продажу таких об’єктів: постанова Кабінету Міністрів України від 18 січня 2001 р. № 32. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/32-2001-%D0%BF> (дата звернення: 19.12.2017).

¹⁴ Цивільний кодекс України (н 4).

¹⁵ Господарський кодекс України (н 12).

¹⁶ Юрій Алданов, ‘Приватизація державного майна як спеціальна підстава набуття права власності’ (автореф дис канд юрид наук, Київський національний ун-т ім Тараса Шевченка 2006) 20.

¹⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини четвертої статті 3, частини другої статті 5, частин другої та сьомої статті 7 і частини п’ятої статті 29 Закону України ‘Про приватизацію державного майна’ (в редакції Закону України ‘Про внесення змін до Закону України ‘Про приватизацію майна державних підприємств’ від 19 лютого 1997 року) (справа щодо приватизації державного майна) (н 10).

Слід зауважити, що відмова законодавця від застосування правил двосторонньої реституції, яка застосовується при визнанні правочинів недійсними відповідно до ч. 1 ст. 216 ЦК України, у цьому випадку не видається обґрунтованою. Адже, за загальним правилом, навіть у разі визнання правочину недійсним, сторона правочину, яка порушила закон і уклала незаконний правочин, має право претендувати на повернення свого майна. Натомість при укладенні *дійсного* правочину, який згодом розривається, покупець позбавлений можливості повернути своє майно. Із цього приводу А. Ярема зазначав, що не виправдана жорсткість положень ч. 4 ст. 653 ЦК України має бути скоригована шляхом застосування загальних засад цивільного законодавства, якими, зокрема, є засади справедливості, добросовісності та розумності¹⁸. Отже, доцільно було б привести положення ч. 4 ст. 653 ЦК України у відповідність до аналогічних положень абзацу другого ч. 1 і ч. 2 ст. 216 ЦК України та передбачити можливість двосторонньої реституції.

Варто зауважити, що право покупця на повернення сплаченої ціни за об'єкт приватизації не може бути абсолютним і безумовним. Інакше не буде дотримано справедливого балансу між суспільними та приватними інтересами. На практиці мають місце випадки, коли при розірванні договору об'єкт приватизації повертається у стані, який значно гірший, ніж до приватизації. За таких обставин продавці не позбавлені права вимагати від такого покупця компенсації збитків (завданої шкоди), які можуть бути навіть більшими, аніж сплачена покупцем при приватизації купівельна ціна. У таких випадках, звичайно, право покупця на повернення сплачених коштів за купівлю об'єкта приватизації "поглинається" вартістю завданих збитків (шкоди).

Із цього приводу на увагу заслуговують положення ч. 11 ст. 26 проекту Закону України "Про приватизацію державного майна"¹⁹ (далі – законопроект). У документі йдеться про те, що порядок повернення у державну власність об'єктів приватизації в разі розірвання або визнання недійсними договорів купівлі-продажу таких об'єктів затверджується ФДМУ. Повернення покупцям коштів, сплачених за об'єкти приватизації, здійснюється у порядку, встановленому ФДМУ, *на підставі рішення суду з коштів, які надійшли від повторного продажу таких об'єктів* (зменшених на суму штрафів або інших платежів, які належать до сплати покупцем згідно з цим Законом та/або договором купівлі-продажу), протягом п'яти робочих днів після надходження коштів від по-

¹⁸ А Ярема та В Ротань (ред), *Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України* (Реферат 2005) 165.

¹⁹ Про приватизацію державного майна: проект Закону України від 19 вересня 2017 р. № 7066. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62455 (дата звернення: 21.12.2017).

вторного продажу на рахунок державного органу приватизації. *Повернення коштів покупцям здійснюється у сумі, що отримана державними органами приватизації в результаті повторного продажу об'єктів*, але не може перевищувати суми, сплаченої покупцем під час попереднього продажу. У разі, коли об'єкт приватизації визнано банкрутом, кошти від повторного продажу покупцю не повертаються. У разі повернення в державну власність об'єктів приватизації орган приватизації приймає рішення про повторний продаж такого об'єкта у порядку, визначеному цим Законом.

Із аналізу законопроекту вбачається, що у випадку розірвання договору кошти покупцям повертаються за таких умов: 1) виключно на підставі рішення суду; 2) за умови вдалого проведення повторної приватизації (якщо така взагалі відбудеться; до того часу об'єкт приватизації не буде визнано банкрутом; він буде проданий принаймні за ціною, не нижчою від першого продажу).

Видається, що запропонована у законопроекті правова конструкція є невдалою та такою, що порушує справедливий баланс між суспільними і приватними інтересами. По-перше, невдалою є норма щодо можливості повернення коштів лише за окремим рішенням суду. Така позиція є неприпустимою, адже органи державної влади мають здійснювати свої функції винятково на підставі закону. Суд може бути залучений до вирішення конкретного спору між інвестором та органом приватизації. Крім того, слід враховувати істотні суми судового збору, які мусить відшкодувати держава. По-друге, очевидно, що цитовані вище умови жодним чином не залежать від покупця. Імовірно, повторна приватизація може відбутися за нижчою ціною або не відбутися взагалі. Відтак інвестор отримає меншу суму або не отримає її взагалі, що є порушенням права власності.

Таким чином, на нашу думку, доцільно виключити з законопроекту норму про повернення коштів винятково за рішенням суду та решту дискримінаційних умов. Натомість варто зазначити, що таке повернення повинно відбутися у строк, не пізніше наступного бюджетного року після бюджетного року, в якому був повернений у державну власність об'єкт приватизації. Таке доповнення забезпечить дотримання балансу приватно-публічних інтересів, оскільки дасть можливість уникнути незапланованих витрат бюджетних коштів.

Крім національного законодавства відповідні норми, що гарантують права інвесторів, містяться у міжнародно-правових актах. Фундаментальною нормою-принципом є непорушність права власності, яка зафіксована в основоположних міжнародних документах, зокрема у: ст. 17

Загальної декларації прав людини²⁰; ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод²¹ (далі – Перший протокол); Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державою та іноземними особами²²; Конвенції про захист прав інвестора²³; Угоді про співробітництво в галузі інвестиційної діяльності²⁴; Сеульській Конвенції про заснування багатостороннього агентства з гарантій інвестицій²⁵ та ін. Крім того, ця норма-принцип належить до імперативних норм *jus cogens*, які відповідно до ст. 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів є нормами, які приймаються і визнаються міжнародним співтовариством держав як норми, відхилення від яких недопустиме і які можуть бути змінені тільки наступною нормою загального міжнародного права, що мала б такий характер²⁶. Згідно з принципом міжнародного права *pacta sunt servanda* в Україні запроваджений і діє принцип примату міжнародного права. Чільне місце в цьому питанні посідає Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)²⁷ та практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), які відповідно до ст. 17 Закону України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”²⁸ повинні застосовуватися судами при розгляді справ як джерело права.

Особливістю Конвенції є те, що їй, як зазначає В. Мармазов, притаманний метод автономного тлумачення²⁹. Цю позицію поділяють й інші науковці, зазначаючи, що ‘оскільки Конвенція засновується на загальному розумінні та дотриманні прав людини, її тлумачення має бути автономним’³⁰. Отже, “майно” в розумінні ст. 1 Першого протоколу

²⁰ Загальна декларація прав людини: прийнята і проголошена у резолюції 217 А (III) Генеральної Асамблеї від 10 грудня 1948 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 23.12.2017).

²¹ Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: ратифіковано Законом України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_535 (дата звернення: 25.12.2017).

²² Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державою та іноземними особами: ратифіковано Законом України від 16 березня 2000 р. № 1547-III. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_060 (дата звернення: 27.12.2017).

²³ Конвенція про захист прав інвестора від 28 березня 1997 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/997_047 (дата звернення: 28.12.2017).

²⁴ Угода про співробітництво в галузі інвестиційної діяльності від 24 грудня 1993 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_144 (дата звернення: 28.12.2017).

²⁵ Сеульська Конвенція про заснування багатостороннього агентства з гарантій інвестицій від 11 жовтня 1985 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_268 (дата звернення: 28.12.2017).

²⁶ Віденська конвенція про право міжнародних договорів: ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 14 квітня 1986 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_118 (дата звернення: 28.12.2017).

²⁷ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: ратифіковано Законом України від 17 липня 1997 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 28.12.2017).

²⁸ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3477-15> (дата звернення: 28.12.2017).

²⁹ В. Мармазов, ‘Метод автономного тлумачення Європейської конвенції про захист прав людини’ (2003) 14 Правова держава 636.

³⁰ Там само.

розглядається ЄСПЛ як автономне поняття, яке має збірний характер та включає в себе як гроші, так і інші речі, які мають вартісне значення.

Зокрема, ЄСПЛ, з урахуванням своєї усталеної практики (наприклад, рішення у справах “Спорронг і Лоннрот проти Швеції”³¹, “Джеймс та інші проти Сполученого Королівства”³², “Щокін проти України”³³, “Серков проти України”³⁴, “Колишній король Греції та інші проти Греції”³⁵, “Булвес’ АД проти Болгарії”³⁶, “Трегубенко проти України”³⁷, “*East/West Alliance Limited*’ проти України”³⁸) оцінює наявність порушення ст. 1 Першого протоколу через призму трьох критеріїв, які слід оцінювати на предмет сумісності заходу втручання у право особи на мирне володіння майном із гарантіями ст. 1 Першого протоколу³⁹, а саме:

- 1) чи є втручання законним (чи не є воно здійсненим “*ultra vires*”);
- 2) чи має воно “суспільний”, “публічний” інтерес та “легітимну мету”;
- 3) чи є такий захід (втручання у право на мирне володіння майном) пропорційним визначеним цілям.

Відтак неповернення майна (грошей) після розірвання договору приватизації державного майна підпадає, в розумінні ЄСПЛ, під втручання в майнові права особи, гарантовані ст. 1 Першого протоколу.

Варто звернути увагу на пункти 28, 29, 34 рішення ЄСПЛ у справі “Федоренко проти України”⁴⁰. У пункті 28 зазначеної справи він встановив, що відповідно до встановленого прецедентного права ЄСПЛ втручання має підтримувати “справедливий баланс” між загальними інтересами суспільства та вимогами фундаментальних прав окремої особи. Намагання

³¹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Спорронг і Лоннрот проти Швеції” (Case of Sporrang and Lonroth v. Sweden) від 23 вересня 1982 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_098 (дата звернення: 02.01.2018).

³² Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Джеймс та інші проти Сполученого Королівства” (Case of James and others v. the United Kingdom) від 21 лютого 1986 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_180 (дата звернення: 02.01.2018).

³³ Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Щокін проти України” (заява № 23759/03 та № 37943/06) від 14 жовтня 2010 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_858 (дата звернення: 02.01.2018).

³⁴ Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Серков проти України” (Case of Serkov v. Ukraine) (заява № 39766/05) від 7 липня 2011 р. URL: <http://old.minjust.gov.ua/34549> (дата звернення: 02.01.2018).

³⁵ Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Колишнього короля Греції та інших проти Греції” (The former king of Greece and others v. Greece) від 23 листопада 2000 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_007 (дата звернення: 02.01.2018).

³⁶ Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Булвес’ АД проти Болгарії” (заява № 3991/03) від 22 січня 2009 р. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SOO00553.html (дата звернення: 02.01.2018).

³⁷ Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Трегубенко проти України” (заява № 61333/00) від 2 листопада 2004 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_355 (дата звернення: 02.01.2018).

³⁸ Рішення Європейського суду з прав людини у справі “*East/West Alliance Limited*’ проти України” (заява № 19336/04) від 23 серпня 2014 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_994 (дата звернення: 02.01.2018).

³⁹ Постанова Верховного Суду України від 18 січня 2017 р. у справі № 6-2776цс16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/REVIEW/64344975> (дата звернення: 02.01.2018).

⁴⁰ Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Федоренко проти України” (заява № 25921/02) від 1 червня 2006 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_041 (дата звернення: 02.01.2018).

забезпечити цей баланс відображено у структурі ст. 1 загалом, включно з п. 2. Тому мають бути витримані розумні пропорції між використаними засобами і досягнутими цілями. До того ж в інших сферах соціальної, фінансової та економічної політики національні органи користуються певною свободою самостійного оцінювання під час імплементації законів, що регулюють власність і договірні відносини. Пункт 29 цього ж рішення ЄСПЛ передбачає, що ця свобода оцінювання, утім, йде пліч-о-пліч із Європейським наглядом. Тому ЄСПЛ повинен впевнитися, чи були надані Урядові межі розсуду перевищені, тобто чи було доктрину *ultra vires* (хоча і законну саму собою) застосовано у цій справі з *урахуванням принципу пропорційності*. У пункт 34 цитованого рішення ЄСПЛ дійшов висновку, що в цій справі мало місце непропорційне втручання у мирне володіння майном, а тому він вважає, що було порушено ст. 1 Першого протоколу.

Слід зазначити, у своїх рішеннях ЄСПЛ вказує на те, що одним із елементів дотримання принципу пропорційності при втручанні у право на мирне володіння майном є надання справедливої та обґрунтованої компенсації.

Проаналізувавши усталену практику ЄСПЛ, можна дійти висновку, що у випадку неповернення покупцеві сплачених за об'єкт приватизації коштів (ціни товару) при одночасному відібранні в нього об'єкта приватизації (при розірванні договору купівлі-продажу об'єкта приватизації) таке втручання у мирне володіння майном покупця є непропорційним і порушує "справедливий баланс" "між загальними інтересами суспільства та вимогами захисту основоположних прав окремої особи". Отже, таке втручання, у розумінні ЄСПЛ, є свавільним, котре, до того ж, покладає на інвестора індивідуальний та надмірний тягар. І це при тому, що Конвенція гарантує не теоретичні та ілюзорні права, а права, які мають практичний вплив і є ефективними.

Висновки. Таким чином, задля запобігання ухваленню ЄСПЛ негативних рішень проти України, а відтак і втрат державного бюджету, необхідність удосконалення правового регулювання відносин, які виникають у досліджуваній сфері, з урахуванням загальноновизнаних міжнародних стандартів та вимог Конституції України, є очевидною. Тим більше, що це є вимогою Закону України "Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу"⁴¹.

Зокрема, видається за доцільне внести зміни у ч. 4 ст. 653 ЦК України і викласти її в такій редакції: "4. У разі розірвання договору кожна зі

⁴¹ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1629-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1629-15> (дата звернення: 05.01.2018).

сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього договору, а в разі неможливості такого повернення, сторони зобов'язані компенсувати одна одній вартість відповідних благ, якщо інше не встановлено договором або законом". Водночас доцільно змінити ч. 11 ст. 26 законопроекту і викласти її в такій редакції: "11. Порядок повернення в державну власність об'єктів приватизації в разі розірвання або визнання недійсними договорів купівлі-продажу таких об'єктів затверджується Фондом державного майна України. Повернення покупцям коштів, сплачених за об'єкти приватизації, здійснюється, за наявності підстав, у строк не пізніше наступного бюджетного року після того року, в якому був повернений в державну власність об'єкт приватизації".

Зазначені зміни дадуть змогу забезпечити права інвесторів при розірванні договорів купівлі-продажу державного майна та убезпечать нашу державу від судових позовів, пов'язаних із неповерненням інвесторам належних їм грошових коштів.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Videnska konventsia pro pravo mizhnarodnykh dohovoriv [Vienna Convention on the Law of Treaties]: ratyfikovano Ukazom Prezydii Verkhovnoi Rady Ukrainiskoi RSR [ratified by Decree of the Presidium of the Supreme Council of the Ukrainian SSR] vid 14 kvitnia 1986 r. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_118 (accessed: 28.12.2017) (in Ukrainian).
2. Hospodarskyi kodeks Ukrainy [Commercial Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 436-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (accessed: 17.12.2017) (in Ukrainian).
3. Zahalna deklaratsiia prav liudyny [Universal Declaration of Human Rights]: pryiniata i proholoshena u rezoliutsii 217 A (III) Heneralnoi Asamblei [adopted and proclaimed by Resolution 217 A (III) of the General Assembly] vid 10 hrudnia 1948 r. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (accessed: 23.12.2017) (in Ukrainian).
4. Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms]: ratyfikovano Zakonom Ukrainy [Ratified by the Law of Ukraine] vid 17 lypnia 1997 r. № 475/97-VR. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (accessed: 28.12.2017) (in Ukrainian).
5. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.004> (accessed: 11.12.2017) (in Ukrainian).
6. Konventsiiia pro zakhyst prav investora [Convention on the Protection of Investors' Rights] vid 28 bereznia 1997 r. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/997_047 (accessed: 28.12.2017) (in Ukrainian).

7. Konvencija pro porjadok vyrishennja investycijnykh sporiv mizh derzhavoju ta inozemnymi osobamy [Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States]: ratyfikovano Zakonom Ukrainy [Ratified by the Law of Ukraine] vid 16 bereznja 2000 r. № 1547-III. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_060 (accessed: 05.01.2018) (in Ukrainian).
8. Pro vnesennia zmin do deikykh zakoniv Ukrainy z pytan pryvatyzatsii shchodo realizatsii polozhen Derzhavnoi prohramy pryvatyzatsii na 2012–2014 roky [On Amendments to Some Privatization Laws of Ukraine in Connection with Implementation of the State Privatization Program for years 2012–2014]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 13 sichnia 2012 r. № 4336-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4336-17/print> (accessed: 15.12.2017) (in Ukrainian).
9. Pro vykonannia rishen ta zastosuvannia praktyky Ievropeiskoho sudu z prav liudyny [On Implementation of Decisions and Use of the Case Law of the European Court of Human Rights]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 23 liutoho 2006 r. № 3477-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3477-15> (accessed: 29.12.2017) (in Ukrainian).
10. Pro Zahalnodержавnu prohramu adaptatsii zakonodavstva Ukrainy do zakonodavstva Ievropeiskoho Soiuzu [On the National Program of Adaptation of Ukrainian Legislation to the European Union Legislation]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 8 bereznja 2004 r. № 1629-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1629-15> (accessed: 05.01.2018) (in Ukrainian).
11. Pro zatverdzhennia Poriadku povnennia u derzhavnu vlasnist obektiv pryvatyzatsii u razi rozirvannia abo vyznannia nediiisnymi dohovoriv kupivli-prodazhu takykh obektiv [On Approval of the Procedure for Reinstatement of State Ownership over Privatized Property in Case of Termination or Invalidation of Such Property Sale Contracts]: postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 18 sichnia 2001 r. № 32. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/32-2001-%D0%BF> (accessed: 19.12.2017) (in Ukrainian).
12. Pro pryvatyzatsiiu derzhavnoho maina [On Privatization of State Property]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 4 bereznja 1992 r. № 2163-XII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2163-12> (accessed: 21.12.2017) (in Ukrainian).
13. Pro pryvatyzatsiiu derzhavnoho maina [On Privatization of State Property]: proekt Zakonu Ukrainy [Draft the Law of Ukraine] vid 19 veresnia 2017 r. № 7066. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62455 (accessed: 05.01.2018) (in Ukrainian).
14. Protokol do Konventsii pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod [Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms]: ratyfikivano Zakonom Ukrainy [ratified by the Law of Ukraine] vid 17 lypnia 1997 r. № 475/97-VR. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_535 (accessed: 25.12.2017) (in Ukrainian).
15. Seulska Konventsiia pro zasnuvannia bahatostoronnoho ahenstva z harantii investytsii [Seoul Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency] vid 11 zhovtnia 1985 r. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_268 (accessed: 28.12.2017) (in Ukrainian).
16. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (accessed: 11.12.2017) (in Ukrainian).
17. Uhoda pro spivrobitnetstvo v haluzi investytsiinoi diialnosti [Cooperation Agreement on Investment Activities] vid 24 hrudnia 1993 r. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_144 (accessed: 28.12.2017) (in Ukrainian).

Cases

18. Postanova Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 14 kvitnia 2016 r. u spravi № 5-23ks(15)16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/5EFC18186C47BE90C2257FBF0023E00B](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/5EFC18186C47BE90C2257FBF0023E00B) (accessed: 12.12.2017) (in Ukrainian).
19. Postanova Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 18 sichnia 2017 r. u spravi № 6-2776tss16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/REVIEW/64344975> (accessed: 02.01.2018) (in Ukrainian).
20. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Prezidenta Ukrainy shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) polozhen chastyny chetvertoi statti 3, chastyny druhoi statti 5, chastyn druhoi ta somoi statti 7 i chastyny piatoi statti 29 Zakonu Ukrainy “Pro pryvatyzatsiiu derzhavnoho maina” (v redaktsii Zakonu Ukrainy “Pro vnesennia zmin do Zakonu Ukrainy ‘Pro pryvatyzatsiiu maina derzhavnykh pidpriemstv’” vid 19 liutoho 1997 roku) (sprava shchodo pryvatyzatsii derzhavnoho maina) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Petition of the President of Ukraine Concerning the Compliance with the Constitution of Ukraine (Constitutionality) of Provisions of Part Four of Article 3, Part Two of Article 5, Parts Two and Seven of Article 7 and Part Five of Article 29 of the Law of Ukraine “On Privatization of State Property” (as Amended by the Law of Ukraine “On Amendments to the Law of Ukraine ‘On Privatization of Property of State-Owned Enterprises’” dated February 19, 1997) (Case of State Property Privatization)] vid 1 lypnia 1998 r. № 9-rp, sprava № 01/1501-97. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-98> (accessed: 13.12.2017) (in Ukrainian).
21. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym zvernenniam hromadianyna Bahinskoho Artema Olersandrovycha shchodo ofitsiinoho tlumachennia polozhen chastyny pershoi statti 14-1 Kodeksu Ukrainy pro administratyvni pravoporushennia (sprava pro advinistratyvnu vidpovidalnist u sferi zabezpechennia bezpeky dorozhnoho rukhu) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Petition of Citizen Baginskyi Artem Oleksandrovych Concerning Official Interpretation of Provisions of Part One, Article 14-1 of the Ukrainian Code of Administrative Offences (Case on Administrative Liability Relating to Road Traffic Safety)] vid 22 hrudnia 2010 r. № 23-rp/2010 sprava № 01/1501-97. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-10> (accessed: 12.12.2017) (in Ukrainian).
22. Rishennja Jevropejskogho sudu z prav ljudyny u spravi “Bulves” AD proty Bolghariji [Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Bulves AD v. Bulgaria] (zajava № 3991/03) vid 22 sichnja 2009 r. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SOO00553.html (accessed: 02.01.2018) (in Ukrainian).
23. Rishennja Jevropejskogho sudu z prav ljudyny u spravi “East/West Alliance Limited” proty Ukrajiny” [Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of East/West Alliance Limited] (zajava № 19336/04) vid 23 serpnja 2014 r. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_994 (accessed: 02.01.2018) (in Ukrainian).
24. Rishennja Jevropejskogho sudu z prav ljudyny u spravi “Fedorenko proty Ukrajiny” [Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Fedorenko v. Ukraine] (zajava № 25921/02) vid 1 chervnja 2006 r. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_041 (accessed: 02.01.2018) (in Ukrainian).
25. Rishennja Jevropejskogho sudu z prav ljudyny u spravi “Dzhejms ta inshi proty Spoluchenogho Korolivstva” (Case of James and others v. the United Kingdom) [Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of James and Others v. the United Kingdom] vid 21 ljutogho 1986 r. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_180 (accessed: 02.01.2018) (in Ukrainian).
26. Rishennja Jevropejskogho sudu z prav ljudyny u spravi “Kolyshnjogho korolja Ghreciji ta inshykh proty Ghreciji” (The former king of Greece and others v. Greece) [Judgment

- of the European Court of Human Rights in the Case of the Former King of Greece and Others v. Greece] vid 23 lystopada 2000 r. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_007 (accessed: 02.01.2018) (in Ukrainian).
27. Rishennja Jevropejskogho sudu z prav ljudyny u spravi “Treghubenko proty Ukrainy” [Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Tregubenko v. Ukraine] (zajava № 61333/00) vid 2 lystopada 2004 r. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_355 (accessed: 02.01.2018) (in Ukrainian).
28. Rishennja Jevropejskogho sudu z prav ljudyny u spravi “Serkov proty Ukrainy” (Case of Serkov v. Ukraine) [Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Serkov v. Ukraine] (zajava № 39766/05) vid 7 lypnja 2011 r. URL: <http://old.minjust.gov.ua/34549> (accessed: 02.01.2018) (in Ukrainian).
29. Rishennja Jevropejskogho sudu z prav ljudyny u spravi “Shhokin proty Ukrainy” [Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Shchekin v. Ukraine] (zajavy № 23759/03 ta № 37943/06) vid 14 zhovtnja 2010 r. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_858 (accessed: 02.01.2018) (in Ukrainian).
30. Rishennja Jevropejskogho sudu z prav ljudyny u spravi “Sporrong i Ljonnrot proty Shveciji” (Case of Sporrong and Lonroth v. Sweden) [Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Sporrong and Lonroth v. Sweden] vid 23 veresnja 1982 r. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_098 (02.01.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Edited books

31. Jarema A ta Rotanj V (red), *Problemni pytannja u zastosuvanni Cyviljnogho i Ghospodarsjkogho kodeksiv Ukrainy* [Challenging Issues in the Application of Civil and Commercial Codes of Ukraine] (Referat 2005).

Articles

32. Marmazov V, ‘Metod avtonomnogo tлумachennia Evropeiskoy konventsiy pro zahyst prav ljudyny’ [‘Method of Autonomous Interpretation of the Convention for the Protection of Human Rights’] (2003) 14 Pravova derzava 636 (in Ukrainian)

Thesis abstracts

33. Aldanov J, ‘Privatizatsia derzhavnoho mauna iak spetsialna pidstava nabuttia prava vlasnosti’ [‘State Property Privatization as a Special Ground for Acquisition of Property Right’] (avtoref dys kand juryd nauk, Kyjivskyj nacionalnyj un-t im Tarasa Shevchenka 2006) 20 (in Ukrainian).

Government publications

34. Fond derzhavnogo majna Ukrainy, Lyst (№ 10-25-21484, 2017) (in Ukrainian).

Websites

35. ‘Fond derzhavnoho maina Ukrainy: Ukrtelekom povertaietsia u derzhavnu vlasnist’ [‘The State Property Fund of Ukraine: State Ownership over Ukrtelecom Reinstated’] (*Fond derzhavnogho majna Ukrainy*) <<http://www.spfu.gov.ua/ua/news/fond-derzhmajna-ukrtelekom-povertaetsya-u-derzhavnu-vlasnist-3524.html>> accessed 10 December 2017 (in Ukrainian).

Oleksandr Zadorozhnyi

ON THE ISSUE OF INVESTORS' RIGHTS PROTECTION IN CASE
A PRIVATIZED PROPERTY SALE CONTRACT IS TERMINATED

ABSTRACT. Since 1991 and till now, the process of state property privatization is underway in Ukraine. Not infrequent are instances of infringement of the fundamental rights of investors and the State in the privatization process. Such infringements mostly occur when privatization contracts are terminated in a court of law.

As a consequence, there arises an urgent question about refunding the money paid by the buyers under such contracts. However, there is no clear answer to this question. Thus, the State Property Fund of Ukraine holds the view that current law does not provide for refunding to the investor of the money paid to buy the privatized property. Among other things, it is noted that according to part 4, article 653 of the Civil Code of Ukraine, the parties are not entitled to demand a reinstatement of what was done by them under an obligation before amendment or termination of the contract, unless otherwise provided by contract or law.

However, investors' rights should be protected under any circumstances, and in case of involuntary deprivation of the property right a fair balance should be maintained between private and public interests. Therefore, the relevance of the issue under study is significant.

The purpose of this article is to identify some challenging aspects of legal regulation of social relations in case privatized property sale contracts are terminated in a court of law due to improper performance by the buyer of the assumed investment obligations, and also to draw up the proposals on improving the legal regulation of respective relations.

The author analyzes challenging issues of protection of investors' property rights within the framework of relations arising in case privatized property sale contracts are terminated in a court of law. The author explores this issue from the perspective of international standards of investors' rights protection. In particular, the article thoroughly analyzes the case law of the European Court of Human Rights on the application of article 1 of the First Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

As a consequence, it is proposed to amend part 4, article 653 of the Civil Code of Ukraine and to formulate it as follows: "4. In case of termination of the contract, each party shall return to the other party in kind all what it has received in pursuance of this contract, and if such return is impossible, the parties shall compensate each other the costs of respective benefits, unless otherwise provided by contract or law." Besides, the author believes that it is reasonable to change part 11, article 26 of the draft law of Ukraine "On State Property Privatization" No. 7066 with the aim of harmonizing it with international standards of property rights protection.

Thus, currently there is a quite apparent and urgent need to make improvements to legal regulation of relations arising in the area under study with a view to protecting investors' rights, improving the investment climate and avoiding negative decisions against Ukraine adopted by the European Court on Human Rights and, accordingly, the State budget expenditure associated thereto, with due regard for the generally accepted international standards and the requirements of the Ukrainian Constitution. The changes to applicable national law proposed by the author will allow achieving the mentioned objectives.

KEYWORDS: privatization; contract termination; property right protection; "fair balance".

РЕЦЕНЗІЇ

Анатолій Довгерт

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СУЧАСНІ ІНСТРУМЕНТИ ЗБЛИЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ДОКТРИН МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА*

Сьогодні у трикутнику “доктрина – законодавство – судова практика” важко простежити їх взаємовпливи та співвідношення.

У практичній або теоретичній площині часто порушується та обговорюється питання адаптації вітчизняного *законодавства* до міжнародних правових стандартів, до права ЄС тощо. Проте важливим засобом правової акультурації слугує також *доктрина*.

Історично доктрини міжнародного приватного права різних країн завжди тяжіли до певної одноманітності. Сьогодні процес зближення національних доктрин у сфері міжнародного приватного права продовжується. У ньому задіяно багато інструментів, зокрема такі: внутрішнє законодавство країн, міжнародне законотворення, діяльність міжнародних організацій, арбітражів, проведення міжнародних конференцій тощо.

Не менш важливу роль у зближенні доктрин міжнародного приватного права відіграють фундаментальні та епохальні наукові праці. Такою працею, безперечно, стане нещодавно опублікована у лондонському видавництві “*Edward Elgar Publishing*” чотиритомна “Енциклопедія міжнародного приватного права” (далі – Лондонська Енциклопедія). Це унікальне світове наукове досягнення, без сумніву, буде дійовим інструментом зближення національних доктрин міжнародного приватного права.

Лондонська Енциклопедія є третьою, найуспішнішою, спробою світової наукової спільноти створити міжнародне джерело знань про міжнародне приватне право.

Перша спроба була зроблена ще наприкінці 60-х років ХХ ст. у межах “Міжнародної енциклопедії порівняльного права” (“*International*

* Encyclopedia of Private International Law : four volume set / ed. by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio. – London : Edward Elgar Publishing, 2017. – 4034 p.

Encyclopedia of Comparative Law”)*, третій том якої планувалося присвятити 47 питанням (терміни-глави) міжнародного приватного права, виконаних у порівняльному аспекті. На сьогодні, майже 50 років потому, третина статей ще не представлена. Написано й опубліковано лише 32 глави**.

Практично одночасно зі згаданим вище проектом починає виходити “Міжнародна енциклопедія права” (*“International Encyclopedia of Laws”*) за редакцією професора Р. Бланпена, яка складається із понад 20 “галузевих” енциклопедій, зокрема й у сфері міжнародного приватного права (*“International Encyclopedia of Private International Law”*)***. Енциклопедії побудовані за принципом представлення національних монографій (приблизний обсяг кожної 200 сторінок), написаних за уніфікованою структурою. У галузі міжнародного приватного права запропонована структура охоплює понад 100 термінів-статей, які стосуються широкого кола питань, починаючи з історичного нариса науки й закінчуючи питаннями міжнародного цивільного процесу. Нині опубліковано лише 25 із запланованих понад 60 національних монографій****.

Повністю успішною виявилася наступна спроба світової наукової спільноти щодо підготовки фундаментальної міжнародної енциклопедії міжнародного приватного права. Завдяки сучасним засобам комунікації та цифрової обробки інформації, міжнародному колективу вчених (близько 200 науковців з усіх континентів), співробітників та видавців вдалося створити у найкоротший строк (протягом 2012–2017 рр.) чотиритомну, без перебільшення історичну, унікальну працю з міжнародного приватного права. Спочатку планувалося назвати її *“European Encyclopedia of Private International Law”*. Проте у процесі підготовки ста-

* “Міжнародна енциклопедія порівняльного права” (*“International Encyclopedia of Comparative Law”*) створюється під егідою Міжнародної асоціації правничих наук за фінансового сприяння ЮНЕСКО. Незважаючи на назву проекту, 17 томів енциклопедії охоплюють, головним чином, сферу цивільного та комерційного права. Кожний том складається із певної кількості глав, до написання яких Редакційна рада, нині очолювана професором К. Цвейгертом та У. Дробнінгом, запрошує найвидатніших учених з усього світу. Глави різних томів у міру їх написання друкуються окремими збірками (*installments*). Ініціатори сподівалися завершити проект протягом 8 років. Проте через складність “жанру” фундаментальна праця ще не завершена.

** *International Encyclopedia of Comparative Law* / ed. by K. Zweigert and U. Drobning // Volume III: Part 1. Private International Law. – Tuebingen, 2011. – 615 p.; *International Encyclopedia of Comparative Law* / ed. by K. Zweigert and U. Drobning // Volume III: Part 2. Private International Law. – Tuebingen, 2011. – 921 p.

*** “Міжнародна енциклопедія права” (*“International Encyclopedia of Laws”*) являє собою серію роз’ємних (*looseleaf*) публікацій у сферах корпоративного, речового права та права довірчої власності, права інтелектуальної власності, контрактів, деліктного, сімейного і спадкового права, комерційного, страхового, трудового, медичного права, права соціального забезпечення, транспортного права, міжнародного приватного права, цивільного процесу тощо (всього поступово охоплено 26 галузей права). Кожна “галузева” енциклопедія складається із національних монографій багатьох країн світу, в яких описана відповідна правова сфера тієї чи іншої країни.

**** “Міжнародна енциклопедія міжнародного приватного права” (*“International Encyclopedia of Private International Law”*) за редакцією професора Б. Вершреген поки що представлена національними монографіями Аргентини, Австралії, Білорусі, Бразилії, Греції, Естонії, Індії, Іспанії, Ізраїлю, Кіпру, Нової Зеландії, Росії, Сербії, США, Туреччини, Чехії, Чорногорії, Швеції, Угорщини, Уругваю та деяких інших країн.

вало зрозуміло, що така назва вже не відповідає змісту: приблизно 50% вміщених статей і національних доповідей разом із законодавством за авторами та інформацією виходила за межі Європи. Тому було вирішено обрати більш універсальну назву – “*Encyclopedia of Private International Law*”. Однак фокус праці все ж таки залишився “європейським”, зважаючи на велику роль міжнародного приватного права (включно з Брюсельськими і Римськими конвенціями і регламентами) у потужному трансграничному обігу на цій порівняно малій території.

Лондонська Енциклопедія підготовлена за редакцією відомого німецького юриста, професора Ю. Базедова, теперішнього директора Інституту Макса Планка з порівняльного і міжнародного приватного права (*Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*), та його колегами, професорами Г. Рюль із університету Єні, Ф. Феррарі зі Школи права Нью-Йоркського університету і П. де Мігеля Асенсіо із мадрридського Університету Комплутенсе.

Заслуга цих міжнародно визнаних науковців полягає передусім у тому, що вони звертають нашу увагу на ‘переміщення міжнародного приватного права з периферії правової системи до її центру’ у результаті глобальних змін у системі міжнародних відносин. У такій ситуації юристи-практики та дослідники вже не можуть обмежуватися лише правом своєї юрисдикції, вони потребують ширших знань, які виходять за національні межі та враховують глобальні й порівняльні перспективи.

Редактори цієї праці поєднали в ній підходи щодо представлення матеріалу, які є характерними для згаданих вище двох “незавершених” енциклопедій: у перших двох томах розміщені за алфавітом понад 240 великих (до 6 000 слів) термінів-статей міжнародного приватного права порівняльного характеру (з урахуванням розвитку на національному, європейському та міжнародному рівнях), а наступні томи охоплюють національні доповіді (обсягом до 6 500 слів) та законодавство стосовно міжнародного приватного права 80 країн.

Редактори Лондонської Енциклопедії доклали чимало зусиль до відбору та формулювання тем статей. Творчий і новаторський підхід до цього питання робить зміст перших двох томів праці супер оригінальним, що відразу привертає увагу фахівців. До цих томів включено, безумовно, статті з традиційних загальних питань колізійного права і міжнародного процесу (автономія волі, ввічливість, взаємність, відсилання, *depecage*, імунітет, обхід закону, публічний порядок, різні колізійні прив’язки, арбітраж тощо) та з питань окремих сфер правового регулювання (мережа Інтернет, право власності, інтелектуальна власність, договори і делікти, морське та повітряне право, фінансове право, сімейне право, спадкове право, трудове право тощо). Особливістю статей щодо згаданих вище та інших базових понять, конструкцій і тем є те, що вони написані

найавторитетнішими науковцями світу. Тому кожна така стаття містить у собі великий доктринальний “гармонізаційний” заряд. У такій статті, як правило, спочатку пропонується та аргументується найбільш поширений науковий погляд з того чи іншого питання, а потім наводяться інші погляди, за їхньої наявності.

Величезний інтерес викликають статті, присвячені новим науковим темам, зокрема: міжнародне приватне право та поведінкова економіка; міжнародне приватне право та економічний аналіз; міжнародне приватне право та теорія ігор; міжнародне приватне право та глобалізація; міжнародне приватне право та права людини; міжнародне приватне право та нові інституційні економіки; міжнародне приватне право та соціальна безпека; міжнародне приватне право та соціально-правові студії. Якщо до цього ще додати десятки прекрасно складених статей-персоналій найвидатніших учених у сфері міжнародного приватного права, то стає зрозумілим, що понад 2 000 сторінок тексту статей 1-го і 2-го томів здатні багато в чому “переплавляти” національні доктрини у світову теорію міжнародного приватного права.

Окремо варто сказати про перелік літератури, наведений наприкінці кожної статті. По-перше, пропонується величезний масив міжнародної літератури. По-друге, у переліку міститься базова література для отримання уявлення про сучасний рівень знань у тій чи іншій сфері. Нарешті, автори статей пропонують найавторитетніші наукові джерела.

Не менш вражаюче виглядають наступні томи Лондонської Енциклопедії, які присвячені національному міжнародному приватному праву 80 країн. У третьому томі представлено Національні доповіді про міжнародне приватне право різних країн*. Всі вони написані за єдиною структурою, що значно полегшує проведення порівняльних студій та сприятиме гармонізації доктрин і законодавства. Кожна доповідь включає теми з історії розвитку та стану міжнародного приватного права у відповідній країні, а також джерел міжнародного приватного права (основних законодавчих актів національного права, міжнародних договорів, звичаїв, доктрини, судової практики тощо). Окрема увага приділяється компетенції судових і несудових органів у сфері міжнародного приватного права, застосуванню іноземного права у національній юрисдикції. У параграфах, присвячених колізійному праву, міститься інформація про основні принципи вибору застосованого права, про колізійні правила щодо фізичних осіб і корпорацій, речового права, інтелектуальної власності, зобов'язань; щодо сімейних, спадкових і трудових правовідносин. Міжнародний цивільний процес представлений темами про процесуальні права іноземців, визначення юрисдикції, визнання і примусове виконання рішень іноземних судів й арбітражів та ін. Наприкінці кожної

* Доповідь про міжнародне приватне право України представлено автором цього матеріалу.

Анатолій Довгерт

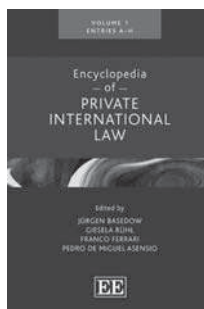
доповіді наводиться література з міжнародного приватного права певної країни, що дає змогу поглиблювати знання із міжнародного приватного права конкретної країни та мати уявлення про коло її науковців.

У четвертому томі праці англійською мовою наведено основні законодавчі джерела міжнародного приватного права 80 країн (станом на початок 2016 р.). Варто зазначити, що деякі з джерел представлені широкому загалу вперше. Спеціальні закони з міжнародного приватного права мають лише понад два десятки країн. Причому країни, які звернулися до так званої “автономної кодифікації” міжнародного приватного права, належать, за незначним винятком, до країн, що розвиваються, або до країн із невеликими успіхами в економіці. Вже само собою вміщення законодавства з міжнародного приватного права 80 країн однією мовою до однієї збірки є унікальним явищем.

Лондонська Енциклопедія вийшла у паперовому та електронному форматах. Окремо слід сказати про електронну версію. Вона надає додаткові можливості у користуванні. Так, у разі активації виділених в електронному тексті слів відбувається перехід до відповідної статті. Те саме зроблено й для літературних джерел. При активації назви книги або статті видається додаткова бібліографічна інформація, анотація та інші відомості про джерело.

Лондонська Енциклопедія для виконання своєї важливої функції – гармонізації національних доктрин міжнародного приватного права через стимулювання порівняльного і більш функціонального погляду на міжнародне приватне право – має стати настільною книгою для всіх, хто вивчає і досліджує міжнародне приватне право.

Encyclopedia of Private International Law : four volume set / ed. by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio. – London : Edward Elgar Publishing, 2017. – 4034 p.



www.pravoua.com.ua

Енциклопедія створена зусиллями 181 автора з 57 країн. Висвітлює поточний стан міжнародного приватного права у світі та його залежність від глобалізації та підвищення регіональної інтеграції. Надає унікальну інформацію про дисципліну.

Видання складається із чотирьох томів. 247 статей перших двох містять актуальні аспекти міжнародного приватного права. Третій том присвячений приватному праву 80 країн світу. Четвертий включає у себе збірку національних кодифікацій і положень міжнародного приватного права.

Енциклопедія вийшла у світ англійською мовою у двох форматах: паперовому та електронному.

RATIO DECIDENDI – НОВЕЛИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Юридичний журнал “Право України” започатковує нову рубрику “*RATIO DECIDENDI* – новели судової практики”!

Метою її запровадження є зближення правової доктрини та судової практики, сприяння формуванню і забезпеченню їх єдності та сталості. У межах цього розділу ми будемо ознайомлювати широкий читацький загал із останніми та найбільш цікавими правовими позиціями Верховного Суду, Конституційного Суду України, Європейського суду з прав людини та інших судових інституцій, розміщувати наукові висновки, супроводжуючі матеріали з різних категорій справ задля більш глибокого розуміння того, що ми називаємо *RATIO DECIDENDI*.

Зазначена рубрика запроваджується під егідою Єдиного порталу аналітики судової практики *RATIO DECIDENDI*.

I. Правові позиції Верховного Суду

ПРО ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПОВОРОТУ ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ У ЦИВІЛЬНІЙ СПРАВІ*

Поворот виконання рішення – це цивільна процесуальна гарантія захисту майнових прав особи, яка полягає у поверненні сторін виконавчого провадження у попереднє становище через скасування правової підстави для виконання рішення і повернення стягувачем відповідачу (боржнику) всього одержаного за скасованим (зміненим) рішенням.

Поворот виконання рішення є способом захисту насамперед майнових прав сторони, і цей спосіб не може бути застосований у справах, де предмет спору є немайнові права, наприклад, право на визнання кредитного та іпотечного договору діючими, або право на вимогу про внесення відповідних записів до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно.

Отже, поворот виконання рішення можливий за будь-якими справами за наявності таких умов: 1) щоб позивач отримав від відповідача в порядку виконання рішення майно чи гроші; 2) щоб виконане рішення

* Правову позицію сформовано за: Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду В. Висоцької, С. Мартева, В. Пророка, І. Фаловської, С. Штелики від 23 січня 2018 р. у справі № 203/2612/13-ц за заявою про поворот виконання рішення у справі за позовом про визнання договору іпотеки недійсним, визнання дій протиправними, відшкодування майнової шкоди та зобов'язання вчинити дії.

було скасовано вищестоящим судом повністю чи змінено із задоволенням позовних вимог у меншому розмірі.

В усіх інших випадках розгляд питань про повернення стягненого в порядку цивільного судочинства (поворот виконання) відбуватися не може.

З огляду на наведене, застосування інституту повороту виконання рішення, яким скасовано судові рішення про визнання іпотеки недійсною і виключення з Державного реєстру іпотек запису про обтяження, є неможливим.

ПРО ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПУ СТАБІЛЬНОСТІ ПРИ ВНЕСЕННІ ЗМІН ДО БУДЬ-ЯКИХ ЕЛЕМЕНТІВ ПОДАТКІВ ТА ЗБОРІВ В УКРАЇНІ*

Одним із принципів податкового законодавства України є принцип стабільності, відповідно до якого зміни до будь-яких елементів податків та зборів не можуть вноситися пізніше як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, в якому будуть діяти нові правила та ставки. Податки та збори, їх ставки, а також податкові пільги не можуть змінюватися протягом бюджетного року (п. 4.1.9 Податкового кодексу України (далі – ПК України)).

Так, у п. 10.2 ст. 10 ПК України передбачено обов'язок органів місцевого самоврядування встановлювати єдиний податок та податок на майно у частині транспортного податку та плати за землю шляхом прийняття відповідного рішення.

Сільські, селищні, міські ради приймають такі рішення у межах своїх повноважень на підставі п. 12.3 ст. 12 ПК України й офіційно оприлюднюють їх до 15 липня року, що передує бюджетному періоду, в якому планується застосування встановлених місцевих податків та зборів або змін (плановий період).

В іншому разі норми відповідних рішень застосовуються не раніше початку бюджетного періоду, що настає за плановим періодом.

Положення про порядок опублікування та застосування рішень місцевої ради про встановлення місцевих податків та зборів є імперативним, врегульоване пп. 12.3.4 п. 12.3 ст. 12 ПК України.

* Правову позицію сформовано за: Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду І. Гончарової, І. Олендера, Р. Ханової від 24 січня 2018 р. у справі 813/1701/17 за позовом до Державної податкової інспекції у Сихівському районі міста Львова Головного управління Державної фіскальної служби України у Львівській області про визнання протиправним та скасування податкового повідомлення-рішення.

Системний аналіз наведених норм дає підстави для висновку, що зміни до будь-яких елементів податків і зборів не можуть вноситися пізніше як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, в якому будуть діяти нові правила та ставки. Податки та збори, їх ставки, а також податкові пільги не можуть змінюватися протягом бюджетного року; при цьому опублікування рішення органу місцевого самоврядування про встановлення транспортного податку як місцевого податку пізніше 15 липня року є підставою для застосування відповідних норм оподаткування не раніше початку бюджетного періоду, що настає за плановим періодом.

Із питань імперативності правила про прийняття рішення на користь платників податків при існуванні неоднозначності у тлумаченні прав та/чи обов'язків такого платника, тобто у спірних відносинах можуть бути також застосовані рішення Європейського суду з прав людини у справах “Серков проти України” (заява № 39766/05), “Шокін проти України” (заяви № 23759/03 та № 37943/06), які відповідно до ст. 17 Закону України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини” підлягають застосуванню судами як джерела права.

У цих рішеннях було встановлено порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, оскільки органи державної влади віддали перевагу найменш сприятливому тлумаченню національного законодавства, що призвело до накладення на заявника додаткових зобов'язань зі сплати податку.

II. Правові позиції Європейського суду з прав людини

ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАНІСТЬ ЧЕРЕЗ ВАДИ НОВОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ*

Європейський суд з прав людини (далі – Суд) зазначає, що за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України) вибір запобіжних заходів, що обираються у кримінальному провадженні, довірено двом різним судовим інстанціям: слідчому судді під час досудового розслідування та судді, який розглядає справу, під час судового

* Правову позицію сформовано за: Рішення Європейського суду з прав людини від 9 жовтня 2014 р. у справі “Чанев проти України” (заява № 46193/13).

розгляду (див. статті 176 та 197 КПК України). Тому розподіл компетенцій між зазначеними вище особами чітко позначений моментом, коли розслідування закінчено, обвинувальний акт затверджено і кримінальну справу передано на розгляд суду. Уряд підтвердив цю позицію у своїх зауваженнях <...>. Незважаючи на це, після передачі справи на розгляд суду слідчий суддя може перевіряти підстави позбавлення обвинуваченого свободи (див. ст. 206 КПК України).

У цій справі запобіжний захід у вигляді тримання заявника під вартою під час досудового слідства до 27 лютого 2013 р. було обрано слідчим суддею. У той день кримінальну справу щодо заявника було передано до суду першої інстанції, який прийняв справу до своєї юрисдикції та повноваження щодо обрання заявникові запобіжних заходів. Проте суд першої інстанції протягом близько півтора місяця (з 27 лютого до 15 квітня 2013 р.) не розглядав питання щодо продовження тримання заявника під вартою, а заявник залишався під вартою, хоча у ст. 203 КПК України чітко передбачено, що всі ухвали про застосування запобіжного заходу втрачають чинність одразу після закінчення строку їхньої дії <...>. Усі скарги заявника щодо незаконності досудового тримання його під вартою без судового рішення та його клопотання про звільнення було залишено без задоволення на тій підставі, що тримання його під вартою здійснювалося відповідно до закону. Зокрема, слідчий суддя залишив скаргу заявника без задоволення, стверджуючи, що у суду першої інстанції було два місяці для вирішення питання щодо продовження тримання його під вартою відповідно до ч. 3 ст. 331 КПК України <...>. Таким чином, національні органи влади вважали, що порушення права заявника на свободу не було, незважаючи на той явний факт, що його тримали під вартою протягом півтора місяця без жодного судового рішення. До того ж вони посилалися на положення КПК України як на такі, що допускають існування такої ситуації.

Щодо цього питання Суд із занепокоєнням зазначає, що новий КПК України, на відміну від звіту Уряду Комітетові міністрів <...>, чітко та точно не врегулює питання щодо тримання особи під вартою у період після закінчення досудового розслідування та до початку судового розгляду. Отже, у ч. 3 ст. 331 КПК України передбачено, що суд першої інстанції має двомісячний строк для вирішення питання щодо продовження тримання обвинуваченого під вартою, навіть якщо вже закінчився строк дії попередньої ухвали про тримання під вартою, постановленої слідчим суддею, як це мало місце у цій справі.

Зазначених вище міркувань достатньо для того, щоб Суд міг дійти висновку, що чинне законодавство дозволяє продовження триман-

ня підозрюваного під вартою без судового рішення протягом періоду тривалістю до двох місяців та що ці положення застосовувалися у справі заявника, який перебував під вартою без ухвали суду про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою у період з 28 лютого до 15 квітня 2013 р. Відповідно, було порушення п. 1 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція).

ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД ЧЕРЕЗ СВАВІЛЬНІСТЬ РІШЕННЯ ВИЩОГО НАЦІОНАЛЬНОГО СУДУ*

<...> Суд зазначає, що у своїй ухвалі від 14 березня 2008 р. Верховний Суд України (далі – ВСУ) грубо викривив висновки рішення Суду від 3 травня 2007 р. Зокрема, ВСУ зазначив, що Суд встановив, що рішення національних судів у справі заявниці були законними та обґрунтованими і що їй було присуджено відшкодування у зв'язку з порушенням гарантії щодо “розумного строку”, а ці твердження є явно помилковими (див. пункти 13–18 та 21).

Суд зауважує, що обґрунтування ВСУ становило не просто інше розуміння правового документа. Суд вважає, що обґрунтування ВСУ можна тлумачити лише як “грубе свавілля” або “відмову у правосудді” в тому розумінні, що викривлений виклад рішення 2007 р. у першій справі “Бочан проти України” (*Bochan v. Ukraine*) призвів до руйнування намагань заявниці домогтися розгляду в межах передбаченої національним законодавством процедури касаційного типу її майнових вимог на підставі рішення Суду у попередній справі <...>. У зв'язку з цим слід зазначити, що у своєму рішенні 2007 р. Суд встановив, що, зважаючи на обставини, за яких ВСУ передавав справу заявниці до нижчестоящих судів, сумніви заявниці щодо безсторонності суддів, які розглядали справу, включаючи суддів ВСУ, були об'єктивно обґрунтованими <...>.

Відповідно, з огляду на висновки Суду щодо характеру та наслідків недоліків ухвали ВСУ від 14 березня 2008 р. <...> слід зробити висновок, що оскаржуване провадження не відповідало вимозі п. 1 ст. 6 Конвенції щодо “справедливого суду” і що було порушення цього положення.

* Правову позицію сформовано за: Рішення Європейського суду з прав людини від 5 лютого 2015 р. у справі “Бочан проти України (№ 2)” (заява № 22251/08).

ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА ПОВАГУ ДО ЖИТЛА ЧЕРЕЗ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ В КВАРТИРІ ЗА ВІДСУТНОСТІ ДОСТАТНІХ ЗАКОНОДАВЧИХ ГАРАНТІЙ*

У квартирі заявниці обшук проводився на підставі постанови суду. Попереднє надання судом дозволу на проведення обшуку було важливою гарантією проти зловживання. Той факт, що дозвіл на проведення обшуку було надано за відсутності заявниці, сам собою не є проблематичним, оскільки національний суд може ухвалити таке рішення без повідомлення іншої сторони <...>.

Суд зазначає, що при встановленні обсягу запропонованого обшуку, національний суд посилався на таке формулювання, як 'підроблені документи', а також 'засоби та знаряддя для підроблення документів'. Суд не вказав жодних деталей, навіть незважаючи на те, що міг це зробити з огляду на предмет доказування кримінального провадження, що стосувався документів, які належали колишньому чоловіку заявниці або були пов'язані з ним, а також стверджуваного підроблення документів. Слід також зауважити, що Суд раніше вже піддавав критиці розпливчастість та надмірну узагальненість формулювань у постановках про дозвіл на обшук, надаючи органу влади, який проводив обшук, нічим не обґрунтовану свободу розсуду при встановленні необхідного обсягу обшуку <...>. Подібним чином, зважаючи на узагальнені формулювання в постанові про дозвіл на обшук у цій справі, Суд не вважає, що попередній судовий дозвіл на обшук став належною гарантією проти можливого зловживання владою під час його проведення.

Щодо способу втручання, то обшук проводився за відсутності заявниці, внаслідок чого виникла необхідність зламати двері її квартири. Сторони не можуть дійти згоди у питанні, чи була заявниця заздалегідь попереджена про обшук, чи ні. Суд вважає, що саме органи влади повинні були належним чином встановити, чи було заявницю заздалегідь попереджено про обшук. Проте Судові не було надано переконливих документів на підтвердження цього факту. У зв'язку з цим Суд зазначає, що показання працівників міліції не можуть мати суто об'єктивний характер, які б підтверджували, що працівники міліції зателефонували заявниці перед тим як увійти до квартири, надаючи їй можливість запобігти пошкодженню свого майна та взяти участь у слідчій дії.

Крім того, додатково до наведеного вище висновку про те, що у постанові про дозвіл на обшук не були встановлені межі обшуку, варто

* Правову позицію сформовано за: Рішення Європейського суду з прав людини від 28 квітня 2016 р. у справі "Багієва проти України" (заява № 41085/05).

зазначити, що працівники міліції вилучили низку речей, які навіть не входили до категорії розшукуваних речей, встановлених судом: мобільні телефони, скриня з готівкою, картина та ікона, – навряд чи відповідали обсягу обшуку, дозвіл на проведення якого було надано постановою суду, та стосувалися кримінального провадження щодо підроблення посвідчення водія. Варто також зазначити, що органи влади згодом визнали, що вони вилучили мобільні телефони, які з самого початку не були включені до списку вилучених речей. Лише потім, із запізненням, вони повернули заявниці телефони та деякі інші речі, які не стосувалися кримінальної справи. У зв'язку з цим Суд зауважує, що поняті та представник житлово-експлуатаційної організації, запрошені міліцією для участі в проведенні обшуку, не пересвідчилися у правильності внесення до списку протоколу про проведення обшуку всіх вилучених речей, та у тому, чи відповідали вилучені речі обсягу обшуку, визначеному в постанові про дозвіл на обшук.

За цих обставин Суд вважає, що наявні гарантії національного законодавства виявилися недостатніми, а проведений обшук у квартирі заявниці становив втручання, яке не було пропорційним відповідній меті.

Суд доходить висновку, що було порушення ст. 8 Конвенції.

ЮРИДИЧНА ХРОНІКА

Микола Панов

доктор юридичних наук,
професор, академік НАПрН України,
завідувач кафедри кримінального права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)

Ірина Зінченко

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАЛОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНИ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ

(за матеріалами VII Міжнародної науково-практичної конференції
з кримінального права, м. Харків, 12–13 жовтня 2017 р.)

На базі Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого 12–13 жовтня 2017 р. відбулася VII Міжнародна науково-практична конференція “Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації”, співорганізаторами якої виступили Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені ака-



Президія VII Міжнародної науково-практичної конференції
“Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації”

© Микола Панов, Ірина Зінченко, 2018

деміка В. В. Сташиса, Національна академія правових наук України, Національна академія прокуратури України. Захід було проведено за підтримки громадської організації “Всеукраїнська асоціація кримінального права”.

У роботі конференції взяли участь понад 150 науковців-спеціалістів із Національної академії правових наук України, Національної академії прокуратури України, Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара, Національного університету “Одеська юридична академія”, Національного університету “Киево-Могилянська академія”, Львівського державного університету внутрішніх справ тощо, а також вчені з Республіки Білорусь, Федеративної Республіки Німеччина, Республіки Польща, Киргизької Республіки. Із цікавими та змістовними доповідями на заході виступили представники Євразійського інституту наркополітики, судді, працівники правоохоронних органів України. Серед учасників було 5 академіків і 5 членів-кореспондентів Національної академії правових наук України, 27 докторів і 83 кандидати юридичних наук.

Роботу цього заходу відкрив ректор Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, президент Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії наук України Василь Тацій. У вступному слові він зазначив, що вже сьомий рік поспіль правники з усієї України та із зарубіжжя збираються на такій конференції у Національному юридично-



Вітальне слово голови оргкомітету, доктора юридичних наук, професора, академіка НАН України, ректора Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, голови громадської організації “Всеукраїнська асоціація кримінального права” Василя Тація

му університеті імені Ярослава Мудрого для обговорення дискусійних і найбільш актуальних проблем боротьби зі злочинністю, а також вказав на цьогорічну тему заходу – кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації.

В. Тацій наголосив, що Україна перебуває на перетині глобалізаційних процесів, які справляють на розвиток суспільства як позитивний, так і негативний впливи. У сфері кримінального права позитивними моментами глобалізації є імплементація міжнародних стандартів кримінально-правового забезпечення прав і свобод людини та громадянина, запозичення досвіду побудови і діяльності правоохоронних органів іноземних держав у сфері боротьби зі злочинністю та втілення їх у вітчизняне законодавство і практику його застосування. Водночас процес глобалізації має й негативні наслідки. Українські ресурси (людські, економічні, природні) надзвичайно привабливі для кримінальних елементів. Це, зокрема, призводить до поширення транснаціональної злочинності – торгівлі людьми, органами чи тканинами людини, зброєю, наркотичними засобами, зростання масштабів кіберзлочинності, тероризму тощо. При цьому, на думку академіка В. Тація, деякі прагнення влади впровадити в нашої державі позитивний зарубіжний досвід виявилися непридатними в українських реаліях. Отже, попри ту швидкість, із якою глобалізація пронизує наше життя, необхідно дбати про збереження власних здобутків, традицій, особливостей менталітету, культури та надзвичайно потужного інтелектуального потенціалу нашого народу. Таким чином, перед Україною постає завдання продовжити інтеграцію у світове співтовариство і зберегти при цьому власну автентичність, увібрати переваги від глобалізації та вберегтися від небезпечних її проявів.

В. Тацій повідомив, що у межах проголошеної тематики на конференції заплановано обговорити широке коло питань, зокрема: теоретичні та методологічні засади реформування кримінального законодавства України в умовах глобалізації; джерела формування норм міжнародного кримінального права та його місце у національній правовій системі; впровадження позитивного міжнародного досвіду в сфері кримінального права у вітчизняну правотворчу та правозастосовну практику; кримінально-правові проблеми боротьби із транснаціональною злочинністю та корупцією на національному і міжнародному рівнях.

Академік В. Тацій побажав учасникам VII Міжнародної науково-практичної конференції “Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації” успішної роботи та висловив сподівання, що обмін думками вітчизняних науковців і практиків та їх зарубіжних

колег надасть можливість вирішити актуальні проблеми і визначити подальші шляхи розвитку нашої держави.

На пленарному засіданні заходу було заслухано доповіді, у яких визначалися принципи, фундаментальні проблеми обговорюваної на конференції теми.



Пленарне засідання Міжнародної науково-практичної конференції
“Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації”
у залі № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Доповідь доктора юридичних наук, професора, академіка Національної академії правових наук України, завідувача кафедри кримінального права № 2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого Миколи Панова була присвячена глобалізаційним процесам та їх впливу на стан і розвиток кримінального права. Вчений зауважив, що розвиток світової цивілізації супроводжується планетарним єднанням та уніфікацією людської діяльності у різних сферах матеріального і духовного життя. Ця макротенденція має всеохоплюючий характер, інтегрується до змісту життя і діяльності всіх народів та держав, акумулюється ними. Процеси і явища, властиві такій тенденції, отримали назву глобалізації, або ж глобальних чи глобалізаційних (всесвітніх) процесів.

Академік М. Панов наголосив, що наразі категорія “глобалізація”, по-перше, має досить загальний і недостатньо визначений характер як за змістом, так і за обсягом: за обсягом вона суттєво виходить за межі таких категорій, як “держава”, “нація”, “суверенітет”, “національний інтерес” і тому знаходиться з ними у відносинах певних суперечностей. По-друге, процеси та явища, що становлять зміст глобалізації, мають гетерогенний характер, проявляються у низці випадків спонтанно. По-третє, найбільш суттєвим у загальній характеристиці глобалізаційних процесів є те, що

вони залежно від їх спрямованості та характеру впливу на матеріальну і духовну сфери життєдіяльності народів та держав поділяються на позитивні й негативні (“глобалізаційні виклики”). Останні призводять до шкідливих, украй збиткових і руйнівних (тяжких чи особливо тяжких) наслідків. По-четверте, механізм дії цих факторів на соціальне буття людей може виражатися у їх безпосередньому впливі на соціальні та інші (зокрема й державно-правові) практики, або в опосередкованому впливі через ідеї (ідеали) і погляди на масову свідомість та психологію людей, класів, груп і, таким чином, втілюватися, врешті-решт, у відповідні соціальні практики.

Доповідач констатував, що кримінальне право також зазнає суттєвого впливу з боку глобалізаційних процесів. На його думку, до позитивних глобальних факторів впливу на кримінальне право потрібно віднести ідеї всебічного кримінально-правового захисту людини та громадянина і водночас – обмеження заходів кримінально-правового впливу, що застосовуються до людини за вчинене кримінальне правопорушення. Ці ідеї, проголошені ще у XVIII ст. видатними представниками просвітницько-гуманістичного напрямку в кримінальному праві (як-от: Л. Монтеск’є, Ч. Беккарія, Вольтер), відображено в Декларації прав людини і громадянина 1789 р. – програмному документі Великої французької революції. У подальшому ідею захисту прав і свобод людини та громадянина було відображено у чисельних міжнародних актах, в яких закріплено права людини, засновані на принципах демократизму, свободи, рівності та справедливості, що мають універсальний характер. Фундаментальними і загально визнаними є, зокрема, право на життя, на незастосування до особи насильства, тортур або жорстокого чи принижуючого людську гідність поводження або покарання, право на захист честі та гідності. Ці права закріплено в конституціях більшості держав світу та, відповідно, у їх кримінальному законодавстві. Норми й інститути чинного Кримінального кодексу України (далі – КК України) ґрунтуються на вказаних надзвичайно важливих і принципових конституційних положеннях щодо захисту людини, її прав, свобод та законних інтересів. Проте чинний КК України наразі не містить норм, які були б спрямовані на захист честі та гідності особи як однієї із найвищої соціальної цінності держави й суспільства, що безпосередньо визначено у ст. 3 Конституції України. Цей недолік КК України має негативні наслідки як з погляду необхідності реалізації визначених в Основному Законі України ідей та принципів, так і з точки зору обов’язковості реального правового захисту відповідних цінностей суспільства.

Доповідач також дослідив негативні глобалізаційні процеси, що потенційно впливають на стан і розвиток кримінального права та законодавства, а саме: вчинення злочинів, які відрізняються підвищеним ступенем суспільної небезпечності, мають значну регіональну розповсюдженість, вчиняються на територіях ряду держав, зокрема і в Україні (так звана інтернаціоналізація злочинності) та заподіюють значну чи тяжку шкоду суспільному життю. Це зумовлює встановлення необхідних заходів державного примусу – кримінально-правових заборон у законодавстві як засобів протидії таким процесам. До них доцільно віднести: по-перше, конструювання “деліктів створення небезпеки”, які посягають на безпеку держави, суспільства й особи, створюють небезпеку заподіяння їм значної або тяжкої шкоди чи поєднані із реальним заподіянням такої шкоди; по-друге, встановлення кримінальної відповідальності за діяння, пов’язані із застосуванням зброї та інших предметів, що використовуються як зброя. Ці злочини останнім часом набули поширеності й заподіюють тяжку чи особливо тяжку шкоду особі, суспільству, державі. Проте не в усіх випадках використання зброї передбачено в нормах КК України як ознака злочину, хоча відповідні діяння вчинюються досить часто саме у такий спосіб.

Наприкінці виступу М. Панов зазначив, що в умовах сьогодення конкретної історичної ситуації особливої актуальності набуває проблема боротьби зі злочинами проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, які є викликами глобалізаційного характеру. Ці злочини потребують належного регулювання у системі не тільки національного, а й міжнародного кримінального права.

У доповіді доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, професора Львівського державного університету внутрішніх справ Вячеслава Навроцького йшлося про плюси і мінуси глобалізації у сфері кримінального права. Вчений зауважив, що глобалізація як процес всесвітньої інтеграції та уніфікації має всеосяжний характер і не оминає кримінально-правову сферу. Позитивні аспекти глобалізації у кримінальному праві очевидні. Це явище, принаймні щодо законодавства, сприймається як таке, що надає однозначні переваги усім, хто під час створення чи вдосконалення тексту кримінального закону сприймає вимоги міжнародно-правових актів і керується відповідними принципами та правилами. Альтернативи глобалізації немає, хоча б з огляду на те, що зобов’язання, прийняті під час підписання міжнародно-правових актів, підлягають безумовному виконанню. Утім, доповідач убачає і недоліки глобалізації у сфері кримінального права. На його думку, вони виявляються у: нестабільності

вітчизняного кримінального законодавства; внесенні відверто зайвих змін у чинний КК України; порушенні системи кримінального закону; розладнанні термінологічної основи кримінального законодавства; появі багатьох статей, які фактично не застосовуються в Україні, тощо.

Учений також зазначив, що наслідки глобалізації не оминули й правозастосовну практику в сфері кримінального права. Тут вони пов'язані головним чином із упровадженням правових позицій, викладених у рішеннях Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Позитивним є те, що вітчизняна правова система, нехай і повільно, але все ж таки відходить від засад позитивізму, починає вбачати у кримінальному праві живу систему, діє на тих самих принципах, що і правові системи держав, які досягли очевидних успіхів у забезпеченні верховенства права та диктатури закону. Проте негативним є те, що існує об'єктивна неспроможність українських юристів, вихованих у старих традиціях, досягнути зміст положень, якими керується ЄСПЛ.

Завершуючи свій виступ, В. Навроцький констатував, що глобалізація зачіпає всі аспекти кримінального права. Поряд із, безумовно, позитивними результатами вона має і небажані наслідки. Їхня мінімізація чи ліквідація сприятиме самостійному розвитку вітчизняного кримінального права, реалізації його завдань, інтеграції у світову культуру, що буде на користь Україні.

Зацікавленість учасників конференції викликала доповідь “Особливості кваліфікації злочину на підставі принципу громадянства за кримінальним законодавством України і Республіки Білорусь”, підготовлена кандидатом юридичних наук, доцентом, директором ДУ “Науково-практичного центру проблем укріплення законності і правопорядку Генеральної прокуратури Республіки Білорусь ВАСИЛЕМ МАРЧУКОМ. Вчений зазначив, що вивчення норм кримінального законодавства зарубіжних держав свідчить, що межі кримінальної юрисдикції щодо діянь, учинених за межами держави її громадянами, визначаються по-різному. Зокрема, умовно можна виділити чотири законодавчі підходи у визначенні юрисдикційних підстав кримінальної відповідальності: повна персональна юрисдикція; обмежена персональна юрисдикція; юрисдикційне правило подвійної кримінальності (подвійної злочинності); диференційована юрисдикція. Аналіз приписів ст. 7 КК України дає підстави для висновку, що законодавець України дотримується обмеженої кримінальної юрисдикції. У Республіці Білорусь зміст розглядуваних принципів зовсім інший. У КК Республіки Білорусь закріплено диференційований підхід, що побудований на різних юрисдикційних підставах кримінальної відповідальності. Базовим є юрисдикційне правило про подвійну кримінальність. Проте щодо деяких злочинів на-

ціональний кримінальний закон застосовується незалежно від положень, обов'язкових щодо місця вчинення діяння.

На думку В. Марчука, диференційований підхід у визначенні меж персональної юрисдикції є оптимальним. При впровадженні диференційованого підходу винятки з правила про подвійну кримінальність у кримінальному законі доцільно формулювати на підставі таких критеріїв: діяння має визнаватися злочином згідно із національним кримінальним законом; діяння не є злочином за кримінальним законом держави, на території якої воно було вчинене; вчинене діяння є тяжким або особливо тяжким злочином; цей злочин спрямований проти інтересів держави, громадянином якої є відповідна особа.

Доповідач наголосив, що у практиці застосування білоруського кримінального закону правові наслідки вчинення громадянином Республіки Білорусь злочину та території іншої держави не враховуються під час кваліфікації злочину. Інша позиція означала б можливість поширення на території держави дії зарубіжного кримінального закону.

Обговорення наукових доповідей продовжилось на секційних засіданнях, які працювали за чотирма напрямками. Так, на першій секції було розглянуто загальні питання реалізації завдань і функцій кримінального права в умовах глобалізації. З доповідями та науковими повідомленнями на цій секції виступили доктори юридичних наук, професори В. Мисливий, В. Ємельянов, О. Литвинов, С. Денисов та інші вчені.

Другу секцію було присвячено дослідженню кримінально-правового забезпечення охорони прав і свобод людини та громадянина, суспільних і державних інтересів в умовах глобалізації. У її роботі взяли участь, зокрема, доктори юридичних наук, професори П. Хряпінський, Т. Денисова, О. Житний, С. Мохончук. На круглому столі цієї секції йшлося про кримінально-правові заходи боротьби з корупцією.

Під час роботи третьої секції учасники заходу розглянули роль кримінології та інших наук кримінально-правового циклу у забезпеченні сталого розвитку України в умовах глобалізації.

На четвертій секції молоді вчені досліджували вплив глобалізаційних процесів на теорію і практику боротьби зі злочинністю.

Розглянувши й обговоривши проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій і правозастосовній діяльності, на завершення роботи VII Міжнародної науково-практичної конференції було прийнято рекомендації, у яких констатовано викладене нижче.

Розвиток світової цивілізації супроводжується планетарним єднанням та уніфікацією людської діяльності у різних сферах матеріального і духовного життя: у виробництві, техніці, науці, медицині, фінансах, культурі,

політиці, державотворенні тощо. Ця тенденція має всеохоплюючий характер, інтегрується до змісту життя і діяльності всіх народів та держав, акумулюється ними. Притаманні їй процеси і явища отримали назву глобалізації, або глобальних чи глобалізаційних (всесвітніх) процесів.

Наразі категорія “глобалізація” є недостатньо визначеною як за змістом, так і за обсягом. З одного боку, вона суттєво виходить за межі таких категорій, як “держава”, “нація”, “суверенітет”, “національний інтерес”, а з другого – процеси і явища, що становлять зміст глобалізації, поряд із позитивними властивостями (що в цілому є загальним правилом) в низці випадків можуть мати негативний характер – призводити до шкідливих, украй руйнівних наслідків. Як приклад можна навести значне розширення шкідливих видів виробництва, безпрецедентне забруднення навколишнього середовища, розповсюдження зброї масового знищення людей, неконтрольований обіг наркотичних, сильнодіючих та отруйних речовин, поширення СНІД-інфекцій, прояви агресії та експансії у міждержавних відносинах тощо.

Усі процеси і явища глобального характеру (фактори) залежно від їх спрямованості та характеру впливу на матеріальну і духовну сфери життєдіяльності народів та держав є підстави поділяти на позитивні й негативні. Механізм дії цих факторів на соціальне буття людей (в узагальненому вигляді) може виражатися у їх безпосередньому чи опосередкованому впливі на масову свідомість та психологію людей, класів, груп і, таким чином, втілюватися у відповідні соціальні практики.

Глобалізаційні процеси (фактори) активно впливають на всі сфери життя людства, суспільств, держав, зокрема на їх державно-правові інститути. Не оминув цей вплив і кримінальне право. До позитивних глобальних факторів впливу на кримінальне право необхідно віднести ідеї всебічного кримінально-правового захисту людини та громадянина і водночас – обмеження заходів кримінально-правового впливу, що застосовуються до людини за вчинене кримінальне правопорушення.

Найбільш важливі й актуальні кримінально-правові проблеми боротьби зі злочинністю глобального характеру, що потребують міждержавних узгоджених підходів, є предметом обговорення та рішень міжнародної спільноти, їх результати нормативно закріплено у міжнародних нормативно-правових актах і значною мірою впливають на зміст національного кримінального права багатьох держав. Не випадково в ч. 1 ст. 3 КК України визначено, що Кримінальний кодекс України ґрунтується на Конституції України та загальноновизнаних принципах і нормах міжнародного права. Закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться у міжнародних договорах,

згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України (ч. 5 ст. 3 КК України).

Особливий вплив на кримінальне право мають прояви окремих видів злочинів глобального характеру, тому боротьба з ними потребує узгодженого міждержавного правового регулювання. Угоди між державами, що містять кримінально-правові положення, передбачають їх включення (імплементацію) в національне кримінальне законодавство. Проте вказані "конвенційні" норми за формою і змістом мають відповідати основним принципам національного права та правилам законодавчої техніки чинного КК України.

Позитивними глобалізаційними процесами, що впливають на кримінальне право, доцільно визнати і тенденції конвергенції (зближення) держав та правових систем, зокрема й у сфері кримінального права. Розвиток сучасного кримінального права України дає змогу успішно гармонізувати КК України з кримінальним законодавством Європи, про що свідчить їхнє взаємопроникнення та взаємозв'язок. З'ясувалося, що розбіжності в кримінальному праві різних правових систем, на яких раніше було акцентовано увагу, більшою мірою пов'язані не із сутністю того чи іншого кримінально-правового явища, а з його юридичною формою, правовими традиціями, правовою культурою, законодавчою технікою тощо. Євroatлантичний напрям розвитку України є чітким і визначальним орієнтиром для подальшого розвитку кримінального законодавства України під кутом зору сприйняття позитивного і кращого досвіду боротьби зі злочинністю. Водночас указаний розвиток має пов'язуватись зі збереженням кращих досягнень науки та практики вітчизняного кримінального права і традицій кримінального законотворення. Зближення правових систем та національних законодавств (апроксимація) має ґрунтуватися на ідеях правової держави та верховенства права, що визнається в Україні конституційним принципом і на рівні правотворчої діяльності має бути реалізованим через систему принципів кримінального права.

Негативними глобалізаційними процесами, що потенційно впливають на стан та розвиток кримінального права й законодавства, необхідно визнати об'єктивно існуючі поширені явища (фактори) злочинного характеру (злочини), що характеризуються підвищеним ступенем суспільної небезпечності, мають значну регіональну поширеність, вчинюються на територіях низки держав (так звана інтернаціоналізація злочинності) та заподіюють тяжку чи особливо тяжку шкоду суспільному життю. Це й обумовлює встановлення відповідних кримінально-правових заборон як засобу протидії таким процесам. До них варто віднести: по-перше,

злочини “небезпечного характеру” (делікти створення небезпеки), які посягають на безпеку держави, суспільства й особи, створюють небезпеку заподіяння останнім істотної шкоди чи поєднані з реальним заподіянням такої шкоди. Законодавець виокремлює спеціальні види безпеки: основи національної безпеки, громадської безпеки, безпеки виробництва, безпеки руху й експлуатації транспорту тощо, і достатньо повно регламентує кримінальну відповідальність за відповідні посягання у нормах Особливої частини КК України. Проте в чинному КК України не виокремлено інформаційної безпеки (в сфері використання ЕОМ), екологічної безпеки, безпеки споживачів, хоча в дійсності посягання на відповідні сфери суспільних відносин поширені й у край небезпечні. Такі діяння безпідставно не розглядаються як такі, що пов’язані з порушенням небезпечного стану суспільних відносин і не отримують у законі належної правової оцінки. Так, склад “незаконного виготовлення, збуту або транспортування з метою збуту підакцизних товарів” (ст. 204 КК України) не охоплює особливо тяжких наслідків цього злочину. Склад “умисне введення в обіг на ринок України небезпечної продукції” (ст. 227 КК України) не передбачає шкоди здоров’ю чи життю споживачів, хоча ця шкода буває тяжкою і навіть особливо тяжкою. Норми КК України, що встановлюють відповідальність за злочини проти довкілля, у більшості своїй не враховують, що ці посягання пов’язані з порушеннями екологічної безпеки та здатні створювати великі загрози для життєдіяльності людей. Так само повною мірою не відображають небезпечного характеру злочинів у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп’ютерів), систем комп’ютерних мереж і мереж електрозв’язку норми Розд. XVI Особливої частини КК України, хоча низка таких злочинів може бути пов’язана із заподіянням чи створенням загрози заподіяння тяжких або особливо тяжких наслідків для людей, суспільства, держави.

Підвищений ступінь суспільної небезпечності становлять злочини, пов’язані із застосуванням зброї та інших предметів, що використовуються як зброя. Ці діяння останнім часом отримали значне поширення, вони здатні заподіювати тяжку чи особливо тяжку шкоду правоохоронюваним відносинам. Утім, не в усіх випадках використання зброї наразі передбачено в нормах КК України як ознаку злочину, хоча відповідні діяння вчинюються досить часто саме у такий спосіб. Зокрема, відсутня вказана ознака (“застосування зброї”) при заподіянні умисного тяжкого тілесного ушкодження (ст. 121 КК України), в складах розбою (ст. 187 КК України), вимагання (ст. 189 КК України), викрадення вогнепальної зброї (ст. 262 КК України), незаконного заволодіння транспортним

засобом (ст. 289 КК України), викрадання наркотичних засобів (ст. 308 КК України) тощо. Через це у чинному законодавстві не відображено повною мірою підвищений ступінь суспільної небезпечності указаних злочинів, що негативно впливає на державно-правові заходи боротьби з ними.

В умовах сьогодення особливо актуальною убачається боротьба зі злочинами проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку (Розд. XX КК України), насамперед із найманством, відповідальність за яке встановлено у ст. 447 КК України. Найманство – це виклик глобалізаційного характеру. Воно набуло велетенських масштабів, вчинюється у багатьох країнах світу (Сирія, Лівія, Єгипет, Ємен, Ірак, Придністров'я тощо), пов'язане із заподіянням особливо тяжких наслідків. В Україні найманство поширене в східних регіонах – Донецькій і Луганській областях. У зв'язку з цим вказаний злочин потребує нового ґрунтового осмислення.

Негативними факторами глобального характеру, що мають потенційний вплив на кримінальне право, треба визнати також корупційні злочини, злочини насильницького характеру, торгівлю людьми, викрадення людей, злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотичних засобів і психотропних речовин, злочини проти сім'ї та неповнолітніх. Указані фактори можуть бути визнані такими, що мають реальний вплив на кримінальне право, його норми й інститути за умови їх поглибленого вивчення, встановлення щодо кожного із них обов'язкової наявності необхідних і достатніх підстав та критеріїв криміналізації (декриміналізації) і пеналізації (депеналізації) відповідних суспільно небезпечних діянь.

Вислухавши й опрацювавши пропозиції науковців щодо проблем кримінально-правового забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації, конференція запропонувала:

– на національному рівні протидії злочинності виділити такі напрями розвитку сучасного кримінального права України, як: удосконалення диспозицій статей КК України, що передбачають ознаки тероризму, екологічних злочинів, злочинів у сфері комунікацій, відмивання “брудних грошей” тощо; пришвидшення процесів імплементації норм міжнародних договорів у КК України; більш широке застосування універсального та національного принципів кримінально-правової юрисдикції України; вирішення питання про врахування вироків судів іноземних держав; урегулювання проблем видачі й передачі злочинців іноземній державі чи міжнародному суду; удосконалення законодавства щодо відповідальності за вчинення злочинів організованою групою й злочинною органі-

зацією; легітимація таких обставин, що виключають злочинність діяння, як контрольована поставка, застосування зброї, спеціальних засобів і фізичної сили; удосконалення підстав обов'язкового та безумовного звільнення від кримінальної відповідальності представників державних органів, упроваджених в організовані злочинні угруповання, тощо;

– передбачити у чинному КК України відповідальність за образу і наклеп, оскільки його сучасна редакція не містить норм, які були б спрямовані на захист честі та гідності особи як однієї з найвищих соціальних цінностей держави і суспільства, як це має місце в кримінальному законодавстві більшості держав світу. Такий недолік КК України має негативні наслідки з погляду на необхідність реалізації проголошеної в Конституції України ідеї всебічного правового захисту прав і свобод людини та громадянина;

– удосконалити низку новел чинного КК України, згідно з якими спеціальна конфіскація як різновид інших заходів кримінально-правового характеру може застосовуватися до неосудних або до осіб, які не досягли віку кримінальної відповідальності. Наразі ці законодавчі рішення (ч. 3 ст. 96²) суперечать приписам ч. 1 ст. 2 КК України, відповідно до якої підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину. Викликає сумнів і обґрунтованість встановлення в КК України можливості застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру, оскільки це суперечить принципу особистої винної відповідальності. Указані відхилення від основних принципів кримінального права у правотворчості є неприпустимими, позаяк пов'язані з порушенням прав і свобод людини та громадянина, що означає порушення принципів законності й верховенства права як необхідних складових і обов'язкових умов функціонування правової держави;

– звернути увагу на дослідження та вирішення проблеми спеціальної конфіскації доходів, отриманих від вчинення злочинів, або майна, вартість якого відповідає вартості таких доходів, а також майна, обладнання чи інших засобів, що використовувались чи призначались для використання під час вчинення злочинів.

Із метою удосконалення кримінальної відповідальності за корупційні злочини:

– повернути до примітки ст. 364 КК України, де надається визначення істотної шкоди та тяжких наслідків як ознаки цього складу злочину й інших складів, що містяться у відповідному розділі, слово “якщо”, яке свідчило про можливість визнання наслідками шкоди немайнового характеру (фізичної, моральної, політичної тощо), адже, вилучивши

його, законодавець залишив у диспозиціях відповідних статей вказівку на спричинення шкоди ‘правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб’. У чинній редакції примітка до ст. 364 КК України суперечить змісту диспозицій низки статей Розд. XVII Особливої частини КК України;

– включити до переліку корупційних злочинів, що міститься в примітці до ст. 45 КК України, ст. 365 “Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу” та ст. 369³ КК України “Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань”, оскільки відповідні злочини можуть мати ознаки корупції. Незважаючи на те, що названу мету в диспозиції ст. 365 не зазначено, в реальних життєвих ситуаціях перевищення влади найчастіше вчинюється саме з метою одержання неправомірної вигоди, тим більше, що остання може бути вигодою і ‘нематеріального або негрошового характеру’. Тому складно уявити ситуацію, коли працівник правоохоронного органу перевищує надану йому владу, переслідуючи при цьому мету, яку не можна було б визнати ‘метою одержання неправомірної вигоди’. Що ж до ст. 369-3, то зазначена новела з’явилася у КК України згідно із прийнятим законом, де слово “корупція” було наявне у назві: “Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань”;

– додати до кола потерпілих, яке визначено у ч. 1 ст. 55 Кримінального процесуального кодексу України таких суб’єктів, як держава і суспільство. Про доцільність цього свідчить аналіз складів корупційних злочинів, що містяться у примітці до ст. 45 КК України, практика застосування відповідних кримінально-правових норм, а також досвід боротьби з такими суспільно небезпечними діями;

– виключити з диспозиції ч. 1 ст. 365² КК України вказівку на такого суб’єкта, як ‘службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб’, оскільки: по-перше, заборону на його відповідальність за таке діяння встановлено в подальшому тексті цієї ж статті; по-друге, визнання службової особи суб’єктом цього злочину суперечить приписам статей 364 і 364¹ КК України, у яких передбачено відповідальність за зловживання повноваженнями з боку службових осіб публічного й приватного права;

– виключити із санкцій частин 1 і 2 ст. 368² КК України “Незаконне збагачення” додаткове (обов’язкове) покарання у виді конфіскації майна, оскільки призначати це покарання неможливо через те, що відповідні злочини не належать до категорії тяжких чи особливо тяжких, як того вимагають положення Загальної частини КК України (ч. 2 ст. 59);

– привести у відповідність до положень частин 1 і 2 ст. 55 КК України санкції ч. 4 ст. 220¹, ст. 220², ч. 1 ст. 365² КК України, які наразі передбачають покарання у виді “обмеження” (ч. 4 ст. 220-1) та “позбавлення” права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до десяти років. По-перше, у санкції ч. 4 ст. 220-1 указано покарання, якого не існує в Загальній частині КК України (ст. 55) у виді “обмеження” права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; по-друге, максимальна межа цього покарання становить 10 років, тоді як у ч. 1 ст. 55 КК України – 3 роки, а в певних випадках (абз. 2 ч. 1 ст. 55 КК України) – 5 років;

– зважаючи на необхідність покращення кримінально-правової охорони продовольчої безпеки в умовах глобалізації ринку харчових продуктів, необхідно вдосконалити диспозицію та санкцію ст. 227 КК України (“Умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції”). Нині мінімальний розмір предмета цього злочину дорівнює 500 нмдг (на 1 січня 2017 р. – 400 тис. грн). З урахуванням зазначеної вартості небезпечної продукції під дію цієї норми не підпадають факти продажу простроченої харчової продукції з “подвійним” маркуванням, виготовлення готових страв у закладах громадського харчування тощо, оскільки такі порушення, як правило, здійснюються в менших розмірах. Існуюче основне покарання у виді штрафу від 8 500 до 17 000 грн навряд чи є відчутним для винних осіб (тим більше, коли мінімальна вартість партії товару має бути не меншою ніж 400 тис. грн).

Анна Держипільська

асистент кафедри теорії та філософії права
Львівського національного університету імені Івана Франка
(м. Львів, Україна)

ВСЕСВІТНЯ АКТУАЛЬНІСТЬ ПРАВЗАХИСНИХ КОНЦЕПЦІЙ ГЕРША ЛАУТЕРПАХТА І РАФАЛА ЛЕМКІНА – ВИПУСКНИКІВ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Цього року відзначатиметься унікальний ювілей – 70-річчя ухвалення Організацією Об'єднаних Націй двох міжнародно-правових актів епохального значення: Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за його вчинення, а також Загальної декларації прав людини (відповідно, 9 і 10 грудня 1948 р.). Первинними доктринальними проєктантами кожного з них були, як відомо, Рафал Лемкін і Герш Лаутерпахт, які свого часу здобували юридичну освіту у Львівському університеті.



Події, що відбувалися у світі після прийняття цих актів, переконливо демонстрували постійну (на превеликий жаль!) їх актуальність. Саме вказані акти поклали початок формуванню сучасної праволюдності юриспруденції – як міжнародної, так і внутрішньодержавної; вони стали її вихідним базовим джерелом.

Наведені положення були стрижневою ідеєю низки визначних науково-меморіальних заходів, проведених у Львові 9–12 листопада минулого року тамтешньою недержавною дослідницькою інституцією “Центр міської історії Центрально-Східної Європи” (директор – Софія Дяк; далі – Центр міської історії). Найактивнішим їх учасником, можна навіть сказати – співорганізатором, став професор Університетського коледжу Лондона, знаний юрист-міжнародник Філіп Сендс, захоплюючий доку-

© Анна Держипільська, 2018

ментально-публіцистичний роман якого “Східно-Західна вулиця. Повернення до Львова” був опублікований і презентований у Львові восени минулого року (малося на увазі повернення – принаймні інформаційне – пам’яті про вказаних випускників Львівського університету).

Загальна проблематика означених заходів, що передбачали проведення науково-історичного семінару та круглих столів, присвячених обговоренню правозахисних концепцій Г. Лаутерпахта і Р. Лемкіна та впливу цих концепцій на розвиток міжнародного права, передовсім міжнародного права прав людини, мала назву “Права, правосуддя і пам’яті Львова”.

Своєрідною “увертюрою” до цього стала прочитана професором Ф. Сендсом 9 листопада в Українському католицькому університеті лекція “Вихід за межі Східно-Західної вулиці – виклики майбутнього і верховенства права”. Свій виступ він побудував на змістовому аналізі листів та відгуків, які отримав після численних авторських презентацій свого твору, вже опублікованого щонайменше у 15 країнах світу. Більшість цих послань надходила йому від тих людей, чия доля (а частіше – доля їхніх предків) була так чи інакше пов’язана зі Львовом.

Зазначений семінар, що мав назву “Ідеї (без) місця: концепції і практики прав і правосуддя у Східній Європі”, складався з двох панельних послідовних дискусій, розподілених за хронологією відповідних історичних подій. Перша з них називалася “Пост-імперський момент: правова думка і трансформовані місця” та стосувалася історичних подій після 1918 р., зокрема тих, у яких постала проблематика людських прав як у контексті, так і у відповідь на розпад імперських систем, появу нових держав і устроїв, а також на численні й нерідко жорстокі суспільні перетворення після Першої світової війни. Участь у цій дискусії взяли: Міра Зігельберг (Лондонський університет Королеви Марії, Великобританія) із доповіддю “Законність та проблеми і можливості пост-імперського устрою”; Вільям Померанц (Інститут Кеннана, США) із доповіддю “Право і початки Конституції Радянського Союзу”; Наташа Вітлі (Прінстонський університет, США) із доповіддю “Мистецтво володіння правами: нації як юридичні особи між Габсбурзьким і міжнародним правом”, а також Франциска Екзелер (Вільний університет Берліна, ФРН / Кембриджський університет, Великобританія) та Геррі Сімпсон (Лондонська школа економіки, Великобританія).

Друга панельна дискусія за назвою “Повоєнний момент: локальні за-
соби і значення правосуддя” об’єднала науковців із різних континентів і була зосереджена на повоєнних наслідках, різному розумінні поняття “справедливість” та обговоренні історичних проблем, часто знехтуваних або ж забутих із цих чи інших причин (зокрема, на Міжнародному

військовому трибуналі у Нюрнберзі, а також на численних кримінальних процесах, які відбувалися після Другої світової війни у великих і малих містах по всій Східній Європі). Так, із доповіддю “Анатомія радянських військових трибуналів: Чернігів, листопад 1947 року” виступила Ф. Екзелер. “Слідство у тіні крематоріїв: Польща і Головна комісія з розслідування німецьких воєнних злочинів” – такою була тема виступу Луїза МакКлінтока (Колумбійський університет, США). Доповідь на тему “Радянські процеси над фашистськими колаборантами у контексті пропаганди, національної політики і холодної війни (1960–1980 рр.)” зробила Ірина Склокіна (Центр міської історії). У дискусії також взяли участь ПІТЕР ЛАГРУ (Брюссельський вільний університет, Бельгія) та С. ДЯК (Центр міської історії).

Надалі відбувся важливий за змістовим наповненням круглий стіл “Історії правників-міжнародників: між дослідженням та вшануванням”. Метою проведення цього заходу було поєднати історичні події, під впливом яких сформувалися концепції Г. Лаутерпахта і Р. Лемкіна щодо захисту прав людини, та показати, навпаки, вплив зазначених концепцій на сучасну практику правозахисту, а також внесок цих юристів-міжнародників у їх обґрунтування і у впровадження юридичних засобів (насамперед міжнародних) захисту прав людини. Із доповідями з цієї проблематики виступили РЕУТ ПАЗ (Гіссенський університет, ФРН), МАРКІАН БЕМ (юрист Секретаріату Європейського суду з прав людини, вітчизняний автор дисертації на тему “Міжнародно-правові погляди Р. Лемкіна”) і САРА НОУВЕН (Кембриджський університет, Великобританія).

Так, Р. Паз розповіла, що вперше познайомила із науковими концепціями Г. Лаутерпахта, виконуючи докторське дослідження про німецькомовних юристів. Вона згадала, з-поміж іншого, про: роки навчання Г. Лаутерпахта у Віденському університеті, де він був учнем професора Г. Кельзена; його неоліберальний підхід до розуміння міжнародного права; концепцію універсалізму прав людини; його внесок у гуманізацію міжнародного права, зокрема у визнання персонального захисту індивіда і важливість цієї ідеї для сучасності з огляду на нинішні прояви націоналізму та персоналізму. Доповідач нагадала про події Голокосту у Львові в жовтні 1942 р., коли було знищено 40 тис. людей єврейської національності. До обговорення долучився і Ф. Сендс, який, зокрема, зазначив, що під час ‘остаточного вирішення єврейського питання’ у Львові було знищено і батьків Г. Лаутерпахта.

Співдиректор Центру міжнародного права імені Г. Лаутерпахта, що діє при Кембриджському університеті, С. Ноувен розповіла про історію

заснування та основні дослідження цієї наукової установи. Вона зазначила, що основною метою його діяльності є дослідження сучасних проблем міжнародного права, проте фахівці Центру водночас постійно мають справу із такими науковими концепціями Г. Лаутерпахта, які й дотепер відіграють неабияку роль у розвитку міжнародного права. Доповідач зауважила, що Центр був заснований сином Г. Лаутрпахта – паном Еллу, професором Кембриджського університету, і першим його співробітником став Ф. Сендс – учень цього професора. Зараз у Центрі працює понад 30 науковців на постійній основі та понад 50 дослідників-відвідувачів.

Доповідач нагадала, що, за оцінкою фінського вченого М. Коскеньємі, саме Г. Лаутерпахт був ‘найбільш впливовим правником ХХ століття’. Вона виокремила три основні напрями впливу його концепцій на сучасне міжнародне право: гуманізація міжнародного публічного права (зокрема, через Міжнародний білль прав людини); підтримання обов’язкової юрисдикції міжнародних судів і трибуналів; побудова зв’язків усередині самої системи публічного міжнародного права (поєднання індуктивного та дедуктивного підходів до формування міжнародного права).

У процесі дискусії Ф. Сендс поставив на загальне обговорення запитання: “Чи можна вважати випадковістю, що такі видатні юристи-міжнародники, як Г. Лаутерпахт та Р. Лемкін, які відіграли непересічну роль у розвитку міжнародного права, походять із одного міста – Львова, в якому вони й отримали правничу освіту?” Надаючи на нього відповідь, Р. Паз наголосила, що властива цьому місту поліетнічна та полірелігійна структура його населення, потреба щоденного співіснування у мультикультурному середовищі та в урегулюванні розбіжностей на різних рівнях (етнічному, релігійному тощо) зумовлювали необхідність взаємної толерантності, що мала забезпечуватися в основному за посередництва власне юридичних засобів.

Поставлене запитання спричинило жваву дискусію присутніх. У ній взяв участь і народний депутат України Олег Березюк (виходець зі Львова), який теж наголосив, що до Другої світової війни Львів був містом космополітичним (як, до прикладу, і Нью-Йорк), де проживали разом представники різних національностей.

У наступній дискусії “Права і правосуддя сьогодні: спадок, виклики, наслідки” взяли участь Лорі Демрош (Колумбійський університет, США), Шон Мерфі (Університет Джорджа Вашингтона, США), Ганна Юдківська (суддя від України в Європейському суді з прав людини), Іван Городиський (Український католицький університет) та Катерина Бусол (*Global Rights Compliance* – Міжнародні консультації з прав людини). Так, Ш. Мерфі – член Комісії з міжнародного права ООН, повідомив, що на

сьогодні зазначеною Комісією у першому варіанті розроблено проект Конвенції ООН про заборону злочинів проти людяності, який включено до щорічного звіту Комісії за 2017 р. (вказаний проект складається з преамбули, 15 статей і заключних положень). На його думку, це необхідно для заповнення наявної прогалини у міжнародному кримінальному праві, зокрема з огляду на діяльність Міжнародного кримінального суду.

На особливу увагу заслуговує те, що на всіх зазначених заходах були присутні прямі родичі професора Г. Лаутерпахта: його єдина онука ГАБРИЕЛЬ КОКС із правнучками ГЕРМІОНОЮ і ТАЛІЄЮ, які проживають у США та вперше відвідали батьківщину свого славетного предка.

В останній день заходів відбулося (за участю міського голови Львова Андрія Садового) встановлення меморіальних дошок на тих будинках, де проживали у минулому столітті під час навчання у Львівському університеті класики світової праволюдності юриспруденції Г. Лаутерпахт і Р. Лемкін (а також відомий юрист-міжнародник Луї Зон – основний проєктант Конвенції ООН з морського права).

Заключною і, можливо, найбільш емоційно насиченою частиною заходів був спроектований Ф. Сендсом, за матеріалами його вказаної вище книги, мистецький перформанс “Східно-Західна вулиця. Пісні добра і зла”, що відбувся цього ж дня у Львівській філармонії. Захід передбачав насамперед усні оповіді Ф. Сендса та його колеги по сцені – кіноактриси КАТІ РІМАНН (ФРН), демонстрації на великому екрані унікальних фотографій головних дійових осіб цієї книги, а також музичний супровід із класичних творів Моцарта, Бетховена, Шопена, Баха, Шуберта, які полюбляв слухати Г. Лаутерпахт. Ці твори вишукано виконували митці світового й європейського рівня: піаністи Емануель АКС (США), Гійом де ШАСІ (Франція) та співак Лоран НАУРІ (Франція). Після завершення перформансу міський голова Львова А. Садовий (за словами якого Ф. Сендс ‘повернув до Львова його колишніх жителів – Герша Лаутерпахта та Рафала Лемкіна, нині широко знаних у світі юристів-міжнародників’) під бурхливі оплески присутніх вручив професору золотий герб нашого міста.

Володимир Гончаров

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
Львівської лабораторії прав людини і громадянина
Науково-дослідного інституту державного будівництва
та місцевого самоврядування НАПрН України
(м. Львів, Україна)

УСПІШНЕ ПРОДОВЖЕННЯ НОВОГО ЦИКЛУ ЛЬВІВСЬКИХ КРУГЛИХ СТОЛІВ З ПРАВОЛЮДИННОЇ МІЖДИСЦИПЛІНАРНОЇ ПРОБЛЕМАТИКИ

Наприкінці листопада минулого року Львівська лабораторія прав людини і громадянина (далі – Лабораторія) Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України спільно з юридичним факультетом Львівського національного університету імені Івана Франка (далі – ЛНУ ім. І. Франка) організували II Міжнародний круглий стіл за наскрізною темою “Права людини: філософські, теоретико-юридичні та політологічні виміри”. Як і попередній круглий стіл¹, цей захід був покликаний продовжити минулу десятирічну львівську традицію проведення міжнародних круглих столів з антропології права, за результатами яких опубліковано загалом близько 400 статей їхніх учасників (обсягом понад 250 друк. арк.) із більш ніж 100 вищих навчальних закладів і наукових установ Азербайджану, Білорусі, Вірменії, Казахстану, Канади, Киргизії, Польщі, Росії, Узбекистану й України.



Професор Петро Рабінович відкриває роботу круглого столу

© Володимир Гончаров, 2018

¹ Д Гудима та В Гончаров, ‘Вдалиний початок нового циклу круглих столів у Львові з міждисциплінарної проблематики прав людини’ (2016) 11 Право України 253.

За підсумками роботи минулорічного круглого столу співорганізатори готують для опублікування у нинішньому році збірку матеріалів, до якої увійде майже 40 статей учасників цього заходу.

Основними тематичними напрямками останнього круглого столу були такі: “Поняття прав людини”, “Проблеми реалізації та захисту прав людини”, “Філософія прав людини”. Безпосередню (очну) участь у заході взяли близько 30 представників 12 навчальних закладів і наукових установ України та зарубіжжя.

Круглий стіл відкрили заступник декана юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, доцент Олександр Марін та завідувач Лабораторії ПЕТРО РАБІНОВИЧ. Вони відзначили актуальність і перспективність дослідження праволюднинної проблематики як в юридичних, так і в інших суспільствознавчих науках, а також наголосили на особливій ролі юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка та Лабораторії, яким вдалося організувати широкий науковий форум для обміну вченими з різних куточків України та зарубіжжя своїми здобутками у дослідженнях проблематики прав людини.

Перший день роботи заходу було присвячено обговоренню таких питань, як: Львівські заходи з відзначення світових заслуг у праволюднинній юриспруденції ГЕРША ЛАУТЕРПАХТА та РАФАЛА ЛЕМКІНА – випускників Львівського університету (професор ПЕТРО РАБІНОВИЧ, асистент кафедри теорії та філософії права ЛНУ ім. І. Франка АННА ДЕРЖИПІЛЬСЬКА); правосуб’єктність людства як суб’єкта обраних прав третього покоління (менеджер проектів у сфері верховенства права і прав людини Координатора проектів ОБСЄ в Україні ІРИНА ІВАНКІВ); розкоші та злидні прав людини (доктор філософських наук, професор кафедри філософії природничих факультетів Одеського національного університету імені І. І. Мечникова СЕРГІЙ ШЕВЦОВ); дотримання прав людини у процесі здійснення люстрації (кандидат юридичних наук, правовий аналітик Благодійного фонду “Право на захист” ЕЛІНА ШИШКІНА); проблеми реалізації соціальних та економічних прав людини (аспірант Національного університету “Києво-Могилянська Академія” ВІКТОР КУШИК); право людини на отримання справедливих вигод від співробітництва (кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права Київського національного торговельно-економічного університету ОЛЬГА МІКІЧУРОВА). Неабиякий інтерес викликала доповідь одного з постійних учасників львівських круглих столів АНТОНА ДІДКІНА (кандидат юридичних наук, доктор філософських наук, доцент кафедри правового забезпечення ринкової економіки Новосибірського національного дослідницького університету, Росія), що була присвячена лінгвістичній інтерпретації права в концепціях Г. Кельзена і Г. Гарта.

Наступного дня жваві дискусії учасників заходу розгорталися навколо таких питань: утопія права (кандидат юридичних наук, доцент кафедри філософії Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого НАТАЛІЯ САТОХІНА); правова метанорма (кандидат юридичних наук, доцент кафедри приватного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича ВІКТОР ТРУТЕНЬ); штучний інтелект і права людини (кандидат юридичних наук, суддя Верховного Суду ДМИТРО ГУДИМА); застосування системи альтернативного врегулювання спорів в ісламській громаді Великобританії (доктор юридичних наук, доцент, начальник управління планування та координації правових досліджень Національної академії правових наук України ДМИТРО ЛУК'ЯНОВ); відповідальність юристів за ефективне правове регулювання у сфері забезпечення прав людини (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого ВІКТОР СМОРОДИНСЬКИЙ); правові потреби: поняття, специфіка, особливості механізму їх задоволення (асистент кафедри теорії та філософії права ЛНУ ім. І. Франка АННА НАКОНЕЧНА); броманс та адельфопоезіс: історія нетрадиційних сімейних союзів у Європі (кандидат юридичних наук, доцент ЛНУ ім. Івана Франка, старший науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина Національної академії правових наук України ВОЛОДИМИР ГОНЧАРОВ).

На завершення стислого огляду цієї неординарної події у науковому житті не буде, напевно, перебільшенням наголосити, що десятирічна львівська традиція проведення круглих столів з антропології права дістала гідне продовження. А це сприятиме подальшій активізації вітчизняних досліджень у праволюдській сфері з урахуванням здобутків юридичних, філософських, соціологічних і суміжних із ними галузей сучасного гуманітарного знання.

ЮВІЛЯРИ

ЮВІЛЕЙ

АКАДЕМІКА НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ НАУК УКРАЇНИ
ТА НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
ВАЛЕНТИНА МАМУТОВА
(до 90-річчя від дня народження)



30 січня виповнюється 90 років видатному вченому в галузі господарського права, академіку Національної академії наук України, академіку Національної академії правових наук України, заслуженому діячеві науки і техніки України, доктору юридичних наук, професору ВАЛЕНТИНУ МАМУТОВУ.

Валентин Мамутов народився 30 січня 1928 р. у місті Одесі. У 1949 р. закінчив Свердловський юридичний інститут. Із 1950 р. працював державним арбітром Свердловського обласного державного арбітражу. З 1956 р. – начальник юридичних відділів, головний арбітр (попередньо) Міністерства будівництва підприємств вугільної промисловості УРСР, Донецького Раднаргоспу, Міністерства вугільної промисловості УРСР. Протягом 1966–1969 рр. обіймав посади заступника керівника з наукової роботи Донецького відділення Інституту економіки Академії наук УРСР (нині – Національна академія наук України). У 1969–1992 рр. – заступник директора з наукової роботи та завідувач відділу економіко-правових проблем Інституту економіки промисловості АН УРСР. Із 1992 р. по 2013 р. – директор Інституту економіко-правових досліджень Національної академії наук України, а нині – радник при дирекції цього Інституту, а також заступник голови Донецького наукового центру НАН та Міністерства освіти і науки України, член Президії Національної академії правових наук України (НАПрН України), голова Донецького регіонального наукового центру НАПрН України.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 1 • 315-317

У 1956 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему “Питання асортименту, якості та комплектності продукції, яка постачається, у радянському праві” (спеціальність 12.00.04), у 1965 р. – дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему “Регулювання компетенції господарських органів промисловості” (спеціальність 12.00.04). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1967 р., вчене звання професора присвоєно у 1976 р. У 1998 р. обраний академіком НАН України, у 1993 р. – дійсним членом (академіком) Академії правових наук України (нині – Національна академія правових наук України).

Проведення наукових досліджень на межі економіки і права в напрямі правового регулювання господарської діяльності, дослідження проблем управління, вдосконалення господарського законодавства, його систематизації та кодифікації, становлення національного антимонопольно-конкурентного законодавства, правового забезпечення регіонального управління, попередження тінізації та криміналізації економіки, вирішення проблем структурної перебудови економіки регіону, попередження її негативних економічних і соціальних наслідків, удосконалення державного регулювання економіки, запобігання господарським злочинам та іншим правопорушенням у сфері економіки – це все напрями наукових досліджень академіка.

В. Мамутов – засновник Донецької школи господарського права, яка суттєво впливає на підвищення ролі та престижу права у вирішенні економічних проблем, Інституту економіко-правових досліджень НАН України.

Опублікував понад 600 наукових праць, серед яких: “Компетенция государственных органов в решении хозяйственных вопросов промышленности” (1964), “Предприятие и вышестоящий хозяйственный орган” (1969), “Организация хозяйственно-правовой работы на предприятии” (у співавторстві, 1975), “Экономические санкции и дисциплина поставок” (у співавторстві, 1976), “Совершенствование правового регулирования хозяйственной деятельности (методология, направления)” (1982), “Управление развитием города: экономико-правовые аспекты” (у співавторстві, 1986), “Формирование организационно-экономических отношений в производственном комплексе региона” (у співавторстві, 1994), “Господарське право зарубіжних країн” (1996), “Развитие форм экономической демократии” (у співавторстві, 1998), “Хозяйственное право” (у співавторстві, 2002), “Экономика и право” (2003), “Науково-практичний коментар Господарського кодексу України” (співавтор та відповідальний редактор, 2004), “Глядя из Донбасса” (2007), “Хозяйственное право” (2008), “Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Т. 4: Методологічні засади розвитку екологічного, земельного, аграрного та господарського права” (у співавторстві, 2008 (укр. мовою), 2011 (рос. мовою), 2013 (англ. мовою)), “Важное направление правового обеспечения экономики – кодификация”

(2009), “Правова доктрина України: у 5 т. Т. 4: Доктринальні проблеми екологічного, аграрного та господарського права” (у співавторстві, 2013 (укр. мовою), 2017 (англ. мовою)), “Усиление заинтересованности субъектов хозяйствования” (2015), “Передовой опыт регионализации государственного управления экономикой” (2016), “Умело комбинирующиеся преимущества капитализма и социализма” (2017).

Очоловав робочу групу та брав участь у розробленні проекту Господарського кодексу України, а також проектів законів і пакету нормативних актів про спеціальний режим інвестиційної діяльності на низці територій, нормативних актів, пов'язаних із реструктуризацією вугільної промисловості. Член бюро відділення економіки НАН України, арбітр Міжнародного комерційного арбітражного суду, почесний доктор Ужгородського національного університету. Двічі обирався головою Експертної ради Вищої атестаційної комісії України з юридичних наук. В. Мамутов є головою спеціалізованої вченої ради з захисту докторських та кандидатських дисертацій при Інституті економіко-правових досліджень НАН України. Головний редактор наукового журналу “Економіка та право”, член редакційних колегій журналів “Вісник господарського судочинства”, “Підприємництво, господарство і право” та ін.

За плідну наукову і науково-організаційну діяльність В. Мамутова відзначено державними нагородами та грамотами, а саме: присвоєно звання “Заслужений діяч науки і техніки України” (1998); нагороджено орденами “Дружби народів” (1981), князя Ярослава Мудрого V, IV, III ступенів (2003, 2008, 2012); медалями “За трудову доблесть. На ознаменування 100-річчя з дня народження В. І. Леніна” (1970), “Ветеран праці” (1984), “10 років незалежності України” (2001); Почесною грамотою Верховної Ради УРСР (1978, 1988); Почесною грамотою Верховної Ради України (2003); Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2003); почесною відзнакою Міністерства вугільної промисловості України “Шахтерская слава” (2003); почесною відзнакою Асоціації правників України “За честь і професійну гідність” (2009). Лауреат премії Академії наук УРСР ім. О. Г. Шліхтера (1982), Державної премії України в галузі науки і техніки (2003). Почесний працівник Арбітражного суду України (1993), Почесний громадянин міста Донецька (2002), Почесний громадянин Донецької області (2008).

Свій ювілей В. Мамутов зустрічає у повноті творчих сил. Колеги, учні, послідовники, наукова спільнота вітають вельмишановного Валентина Карловича з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя та подальших творчих успіхів!

Рада почесних членів HONORIS CAUSA та Редакційна рада юридичного журналу “Право України” приєднуються до привітань із ювілейною датою та сердечно зичать Валентину Мамутову активного довголіття, невичерпної енергії на довгі й щасливі роки!

ЮВІЛЕЙ
ЧЛЕНА-КОРЕСПОНДЕНТА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
ВІКТОРА ДРЬОМІНА
(до 65-річчя від дня народження)



ВІКТОР ДРЬОМІН народився 24 січня 1953 р. у селі Кожелак Красноярського краю. У 1977 р. із відзнакою закінчив юридичний факультет Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова (нині – Одеський національний університет імені І. І. Мечникова), де залишився працювати і пройшов шлях від асистента до доцента кафедри криміналістики, кримінального права та процесу. З 1991 р. по 1994 р. – докторант кафедри кримінального права та кримінології Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині – Київський національний університет імені Тараса Шевченка). З 1994 р. по 1998 р. – доцент кафедри кримінального права, кримінально-виконавчого права та кримінології Юридичного інституту Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова. З грудня 1997 р. і дотепер – завідувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету “Одеська юридична академія”. Із 2010 по 2015 р. працював одночасно проректором з наукової роботи цього університету.

У 1983 р. В. Др'омін у Київському державному університеті ім. Т. Г. Шевченка захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему “Криміногенний вплив раніше судимих осіб на неповнолітніх” (спеціальність 12.00.08). Вчене звання доцента присвоєно у 1986 р. У 2010 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему “Інституціональна теорія злочинності та криміналізації суспільства” (спеціальність 12.00.08). Вчене звання професора присвоєно у 2011 р. Обраний членом-кореспондентом Національної академії правових наук України у 2011 р.

Напрями наукових досліджень – теоретичні та практичні питання вивчення причин та протидії злочинності; інституціональна теорія криміналізації суспільства; кримінологічні основи удосконалення системи кримінальної юстиції; проблеми теорії і практики кримінально-виконавчого права, застосування міжнародних стандартів прав людини у сфері кримінальної юстиції та пенітенціарної системи. Автор понад 170 наукових і навчально-методичних праць, серед яких: “Криминология” (1982), “Противоправное поведение несовершеннолетних: генезис и ранняя профилактика” (у співавторстві, 1985), “Исправительно-трудовое право” (1994), “Преступность как социальная практика: институциональная теория криминализации общества” (2009), “Преступность и криминологические основы уголовной юстиции” (у співавторстві, 2007), “Социально-правовые аспекты терроризма” (у співавторстві, 2003), “Проблемы вхождения Украины в европейское правовое пространство” (у співавторстві, 1999), “Институционализация преступности и институциональная криминология: концептуальные подходы” (2008), “Кримінально-виконавче право” (у співавторстві, 2004), “Криминология. Загальна та особлива частини” (2009), “Наука в Южном регионе Украины (1971–2011)” (2012).

В. Дрьомін був керівником робочої групи при Міністерстві юстиції України, яка розробляла проект Закону України “Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом” (1999–2000). Брав участь у розробці проектів законів України: “Про боротьбу з тероризмом” (2001–2002), “Про криминологічну експертизу” та ін. Здійснював експертизу низки законопроектів, проектів рішень Ради національної безпеки і оборони України з проблем протидії злочинності.

Науковий консультант у міжнародних проектах “Система кримінальної юстиції в Україні”, який координувався Департаментом міжнародного розвитку Великої Британії (1999–2000); з проблем застосування апробації в Україні, який здійснювався спільно з Лондонською службою апробації та Центром з прав людини Ноттінгемського університету (2000–2003 рр.); міжнародного проекту спільно з Національним інститутом юстиції Міністерства юстиції США та Центру з вивчення транснаціональної злочинності і корупції (TRACCC) при Американському університеті (Вашингтон, США, 2003–2006).

Читав лекції з проблем криминології в Американському університеті (Вашингтон, США, 2003, 2005), у Школі права Піттсбургського університету (Піттсбург, США, 2005), учасник щорічних конференцій Європейського криминологічного товариства.

Член редакційних колегій вітчизняних і зарубіжних наукових фахових видань юридичного профілю. Член Координаційного бюро з проблем кримінології Національної академії правових наук України (з 1999). Член Європейської кримінологічної асоціації (з 2003).

Нагороджений Знаком Міністерства освіти і науки України “Відмінник освіти України” (1997); Почесним знаком Міністерства освіти і науки України “За наукові досягнення” (2007). Має Почесні грамоти голови Одеської обласної державної адміністрації (2001, 2006, 2010).

Заслужений діяч науки і техніки України (2012).

Рада почесних членів HONORIS CAUSA та Редакційна рада юридичного журналу “Право України” щиро вітають шановного Віктора Дрьоміна з ювілейною датою та бажають міцного здоров’я, благополуччя, невичерпної енергії, подальших творчих і наукових здобутків!

ЮВІЛЕЙ
ЧЛЕНА-КОРЕСПОНДЕНТА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
ВОЛОДИМИРА НАГРЕБЕЛЬНОГО
(до 65-річчя від дня народження)



Володимир Нагребельний народився 23 січня 1953 р. у селі Крилівка Андрушівського району Житомирської області. У 1972 р. закінчив Житомирський автомобільно-шляховий технікум; протягом 1972–1974 рр. проходив дійсну військову службу в Збройних силах СРСР.

Після закінчення з відзнакою юридичного факультету Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині – Київський національний університет імені Тараса Шевченка), з 1 серпня 1979 р. розпочав роботу в Інституті держави і права Академії наук України (нині – Інститут держави і права ім. В. М. Корецького Національної академії наук України, Інститут).

У 1979–1983 рр. обіймав посади стажиста-дослідника, молодшого наукового співробітника. Протягом 1984–1990 рр. – учений секретар Інституту. У 1983 р. захистив кандидатську дисертацію на тему “Організаційно-правові питання управління матеріально-технічним забезпеченням сільського господарства”. У 1987 р. присвоєно вчене звання старшого наукового співробітника. Протягом 1990–1993 рр. навчався у докторантурі і підготував до захисту докторську дисертацію, присвячену організаційно-правовим проблемам інвестиційної діяльності в Україні. У травні 1993 р. Президією НАН України призначений на посаду заступника директора Інституту з наукової роботи, з 2009 р. і дотепер – заступник директора Інституту з науково-організаційних та фінансово-господарських питань. Починаючи з 1998 р., очолює Центр банківського права при Інституті. У лютому 2002 р. обраний членом-кореспондентом Національної академії правових наук України.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 1 • 321-324

Протягом 2006–2013 рр. виконував обов'язки вченого секретаря Відділення екологічного, господарського та аграрного права.

За роки наукової діяльності В. Нагребельний опублікував понад 700 наукових праць (без урахування довідково-інформаційних матеріалів), зокрема й у зарубіжних виданнях (Польща, Чехія, Угорщина, Словаччина, Німеччина, Австрія, Росія, Білорусь, Молдова, Казахстан). У 1986 р. за цикл наукових праць із проблем державного управління у сфері агропромислового комплексу удостоєний медалі з премією для молодих учених НАН України.

Займається вивченням теоретичних аспектів публічного управління та адміністративного права, організаційно-правових проблем державного регулювання й управління у сфері інвестиційної діяльності, правового забезпечення формування ринкових відносин. Значна увага приділена дослідженням організаційно-правових форм підприємницької діяльності, аналізу правового регулювання господарських відносин у сучасних умовах, вивченню та аналізу юридичних аспектів фондового ринку, банківської діяльності, зовнішньоекономічних відносин, проблемам правового регулювання відносин у сфері економіки, аграрного та екологічного права, захисту та державної підтримки підприємництва, питанням законодавчого забезпечення діяльності органів виконавчої влади в умовах проведення адміністративної реформи в Україні та ін.

У 2004 р. серед авторів 6-томної «Юридичної енциклопедії» йому присуджена Державна премія України в галузі науки і техніки. Лауреат I і III щорічних конкурсів Співки юристів України на краще юридичне монографічне видання (1998, 2000), лауреат Премії імені Ярослава Мудрого (2010).

Свої теоретичні висновки і практичні пропозиції В. Нагребельний реалізує у законотворчому процесі; бере участь у роботі комітетів Верховної Ради України, робочих груп з підготовки відповідних законопроектів. Зокрема, у розробці законопроектів: «Про енергозбереження», «Про трубопровідний транспорт», «Про банківський кредит», «Про банки і банківську діяльність», «Про нафту і газ», «Про альтернативні види рідкого і газового палива», «Про антарктичну діяльність», «Про наукову і науково-технічну діяльність», «Про арбітражний суд», «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні», «Про захист економічної конкуренції», проектів Господарського, Бюджетного і Податкового кодексів України та ін. Протягом 1993–2016 рр. здійснював наукове керівництво розробкою низки наукових проектів, зокрема, проектом «Адаптація законодавства України про енергетику до законодавства Європейського Союзу» (2002), «Правове забезпечення наукової

і науково-технічної діяльності Національної академії наук України” (2013–2016) та ін.

Постійно залучався до розробки інших матеріалів для органів законодавчої, виконавчої і судової влади України; бере участь у підготовці експертних науково-правових висновків, пропозицій і рекомендацій до проектів актів Президента України, Кабінету Міністрів України, деяких центральних органів виконавчої влади.

Результати своїх наукових досліджень В. Нагребельний неодноразово репрезентував на наукових конференціях, семінарах, симпозіумах як в Україні, так і за її межами.

Дослідницьку роботу активно поєднує з науково-організаційною, педагогічною та науково-громадською діяльністю. Був позаштатним консультантом Комітету Верховної Ради України з правової політики, членом Науково-консультативної ради при Вищому господарському суді України, членом Комітету законодавчих ініціатив при Президентові України (1995–2000), членом Координаційної ради з пріоритетного напрямку розвитку науки і техніки “Наукові проблеми розбудови державності України”. Нині – член редакційних колегій: щорічника наукових праць “Правова держава”; збірника наукових праць “Держава і право”; науково-практичного журналу “Судова апеляція”; наукового журналу “Альманах права”; науково-практичного журналу “Екологічне право”; всеукраїнського громадсько-політичного і теоретичного журналу “Трибуна”. Заступник голови Всеукраїнської міжвідомчої координаційно-методичної ради з правової освіти населення при Міністерстві юстиції України, заступник голови Наукової ради НАН України з координації фундаментальних правових досліджень, член Міжвідомчої робочої групи з питань реалізації проекту “Глобальні бібліотеки” при Міністерстві культури України, член Громадської ради при Національному банку України, член виконкому ради Київської міської організації Союзу юристів України, член постійно діючого третейського суду при Українському національному комітеті Міжнародної торгової палати.

Здійснював і продовжує здійснювати підготовку кадрів вищої кваліфікації через аспірантуру Інституту. Під його науковим керівництвом захищено 12 кандидатських дисертацій. В. Нагребельний є членом спеціалізованої вченої ради із захисту дисертацій на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук у Національному авіаційному університеті.

В. Нагребельному за багаторічну активну участь у законодавчій діяльності та значний особистий внесок у розвиток юридичної науки, підготовку наукових кадрів Указом Президента України від 4 жовтня 1997 р. присвоєно почесне звання “Заслужений юрист України”.

ЮВІЛЕЙ ЧЛЕНА-КОРЕСПОНДЕНТА НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ ВОЛОДИМИРА НАГРЕБЕЛЬНОГО...

Нагороджений Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (1999), ювілейним Орденом “Різдво Христове 2000” II ступеня (2000), Грамотою Верховної Ради України та Почесною грамотою Президії НАН України (2003), орденами “За заслуги” III та II ступенів (2009, 2013).

Рада почесних членів HONORIS CAUSA та Редакційна рада юридичного журналу “Право України” щиро вітають шановного Володимира Нагребельного з ювілейною датою та сердечно бажають йому міцного здоров’я, благополуччя, натхнення на подальшу плідну працю та усіляких життєвих гараздів!

ВИМОГИ ДО НАУКОВОЇ СТАТТІ, ЩО ПОДАЄТЬСЯ ДЛЯ ОПУБЛІКУВАННЯ У ЮРИДИЧНОМУ ЖУРНАЛІ “ПРАВО УКРАЇНИ”

1. Вимоги до змісту

- 1.1. Відповідність статті тематиці журналу.
- 1.2. Науковий стиль викладу (точність, логічність, лаконічність, зрозумілість) матеріалу та його високий науковий рівень.
- 1.3. Наукова стаття має містити такі структурні елементи:
 - а) постановка проблеми та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;
 - б) аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання порушеної проблеми та на які спирається автор, виокремлення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується стаття;
 - в) мета дослідження;
 - г) виклад матеріалу дослідження та його основні результати;
 - г) висновки (найбільш важливі результати дослідження, які містять наукову новизну і мають теоретичне та (або) практичне значення).

2. Вимоги до обсягу

- 2.1. Загальний обсяг наукової статті (відомості про автора, назва, анотація українською мовою, ключові слова українською мовою, текст, підрядкові бібліографічні посилання, *references* (список використаних джерел)), має бути 12–16 сторінок.
- 2.2. Загальний обсяг рецензії не повинен перевищувати 5 сторінок. Необхідно обов'язково надіслати примірник монографії, підручника, навчального посібника чи іншого видання, що рецензується.

3. Вимоги до оформлення

- 3.1. Виконання українською або англійською мовою.
- 3.2. Текст наукової статті повинен бути надрукований у текстовому редакторі *MS Word* (із розширенням **.doc*); формат паперу: А4 (21 см x 29,7 см); орієнтація сторінок: книжкова із вирівнюванням по ширині з відступом від лівого краю – 1,25 мм; поля: верхнє, нижнє – 2 см, лівє – 3 см, правє – 1 см; шрифт: *Times New Roman* (розмір шрифту – 14 *pt*); міжрядковий інтервал – 1,5. У тексті не повинно бути переносів і макросів.
- 3.3. У науковій статті інформацію необхідно подавати у наведеній нижче послідовності.
 - 3.3.1. Інформацію про автора (співавторів) статті необхідно зазначати з вирівнюванням по центру (ім'я та прізвище українською і англійською мовами, науковий ступінь, вчене звання, відомості про обрання членом Національної академії наук України, Національної академії правових наук України,

почесне звання, посада, місце роботи, населений пункт, країна, адреса електронної пошти).

В одній науковій статті допускається не більше двох співавторів.

3.3.2. Шифр за Універсальною десятковою класифікацією (УДК) має бути зазначено з вирівнюванням по правому краю.

3.3.3. Назву статті потрібно подавати напівжирним шрифтом великими літерами з вирівнюванням по центру, без скорочень, зокрема літерних абревіатур.

3.3.4. Необхідно підготувати анотацію українською мовою (*зразок анотації розміщено на веб-сайті журналу у підрубриці “Вимоги до наукової статті”*) (кількість знаків у ній визначається змістом наукової статті (науковою цінністю та (або) практичним значенням її положень). Обсяг анотації має становити 2–3 тис. знаків разом із ключовими словами (4–8 слів).

Анотація має містити такі структурні частини:

- а) постановка проблеми;
- б) мета статті;
- в) методи дослідження (зазначаються лише в тому випадку, якщо вони містять новизну і становлять інтерес, зважаючи на предмет статті);
- г) основні результати дослідження;
- г) висновки.

Кожна структурна частина анотації має починатися з абзацу. Назви структурних частин анотації, крім мети статті, не зазначаються.

Сукупність ключових слів повинна відповідати основному змісту статті, відображати тематику дослідження і забезпечувати його тематичний пошук. Ключові слова потрібно подавати у називному відмінку через крапку з комою.

Анотацію разом із ключовими словами необхідно друкувати шрифтом *Times New Roman* (розмір шрифту – 12 pt), міжрядковий інтервал – 1.

3.3.5. Викладати текст статті потрібно із дотриманням вимог до змісту.

3.4. Ключову термінологію та основні положення статті необхідно (за потреби) виділяти курсивом.

3.5. У тексті статті можна подавати ілюстрації (таблиці, діаграми, графіки, схеми, формули). Назви ілюстрацій потрібно розміщувати після їх номерів. За необхідності ілюстрації можна доповнити пояснювальними відомостями (підрисунковий підпис).

Підпис під ілюстрацією має складатися з чотирьох основних елементів: найменування графічного сюжету, що позначається скороченим словом “Рис.”; порядкового номера ілюстрації, який вказується без знаку номера арабськими цифрами; тематичного заголовка ілюстрації, що містить текст зі стислою характеристикою зображення; експлікації, яка будується так: деталі сюжету позначають цифрами, які виносять у підпис, супроводжуючи їх текстом. Експлікація не замінює загального найменування сюжету, а лише пояснює його.

У тому місці, де викладається тема, пов’язана з ілюстрацією, і де читачеві треба вказати на неї, потрібно розмістити посилання у вигляді виразу в круглих дужках “(рис. 1.)” чи звороту на шталт: “...як убачається з рис. 1” або “...як показано на рис. 1”.

Ілюстрації потрібно оформлювати окремими файлами у форматах *Adobe PhotoShop (PSD)*, *tiff*, *ai*, *pdf*, *eps* належної якості. Роздільна здатність має бути не

менш як 300 dpi, а розмір зображення – не менш як 1060x1410 *pixel*. Не допускається перефотografування або сканування ілюстрацій із друкованих джерел. У векторних форматах текст необхідно переводити у криві або додавати шрифти.

Під час підготовки таблиць потрібно враховувати, що за змістом вони поділяються на аналітичні та неаналітичні. Аналітичні таблиці – це результат обробки й аналізу цифрових показників. Як правило, після таких таблиць необхідно робити узагальнення про нове (виведене) знання, яке вводиться до тексту словами, зокрема: “із таблиці убачається, що...”. До неаналітичних таблиць потрібно вміщувати здебільшого необроблені статистичні дані, необхідні лише для подання інформації або констатації певного стану речей.

Кожна таблиця повинна мати порядковий номер і тематичний заголовок, які необхідно розмістити над нею і друкувати симетрично до тексту. Тематичний заголовок і слово “Таблиця” потрібно друкувати з великої літери.

Таблиці необхідно виконувати у форматі *MS Word (rtf або doc)*.

Діаграми та графіки мають бути зроблені за допомогою векторних редакторів *Adobe Illustrator, Corel Draw* або *MS Excel*.

Схеми мають бути оформлені у векторному форматі (*cdr, eps, pdf, ai*).

Формули потрібно виконувати з використанням редактора формул *MS Equation 3.0, Math Type*.

Діаграми, графіки, схеми, формули не потрібно розміщувати в окрему рамку або поверх тексту. Текст має бути зверху та знизу без використання обтікання.

3.6. У тексті статті необхідно використовувати підрядкові бібліографічні посилання.

Підрядкові бібліографічні посилання потрібно розміщувати як примітку в нижній частині сторінки (полоси набору), відмежовуючи від основного тексту горизонтальною рисою. Підрядкові бібліографічні посилання необхідно пов’язувати з текстом документа за допомогою знаків виноски, які подавати на верхній лінії шрифту після відповідного фрагмента в тексті (наприклад: Текст¹) та перед підрядковим посиланням (наприклад: ¹Посилання).

Під час нумерування підрядкових бібліографічних посилань потрібно застосовувати наскрізне нумерування в межах усієї статті (арабськими цифрами).

Підрядкові бібліографічні посилання повинні бути надруковані у текстовому редакторі *MS Word* з вирівнюванням по ширині; шрифт: *Times New Roman* (розмір шрифту – 10 *pt*); міжрядковий інтервал – 1,0.

Підрядкові бібліографічні посилання необхідно оформляти з урахуванням Національного стандарту України ДСТУ 8302:2015 “Інформація та документація. Бібліографічне посилання. Загальні положення та правила складання” і міжнародного стилю цитування та посилання в наукових роботах *OSCOLA*, що застосовується у юриспруденції.

Стиль *OSCOLA* передбачає поділ усіх використаних у статті джерел на первинні (нормативно-правові акти, статuti, справи) та вторинні (книги, частини книг, багатотомні видання, статті з журналів (друкованих, електронних) і газет (друкованих, електронних), дисертації, матеріали конференцій (семінарів, симпозіумів, з’їздів, круглих столів тощо), веб-сайти, блоги).

Первинні джерела складаються згідно із Національним стандартом України ДСТУ 8302:2015 “Інформація та документація. Бібліографічне посилання. Загальні

положення та правила складання”, а вторинні джерела – з використанням міжнародного стилю OSCOLA.

Із правилами складання та подання у статті бібліографічних посилань згідно зі стилем OSCOLA можна ознайомитися у Стандарті Оксфордського університету для цитування юридичних документів (OSCOLA) (четверте видання) і Методичних рекомендаціях “Міжнародні стилі цитування та посилання в наукових роботах” (зазначені документи розміщено на веб-сайті журналу у підрубриці “Вимоги до наукової статті”).

Для складання бібліографічних посилань відповідно до стилю OSCOLA можна скористатися електронним бібліографічним менеджером (*гіперпосилання, що адресує до такого менеджера міститься на веб-сайті журналу у підрубриці “Вимоги до наукової статті”*).

3.7. *References* необхідно розміщувати після тексту статті.

References передбачає поділ на такі частини:

а) список первинних джерел, що має назву “Перелік юридичних документів”. Список первинних джерел складається із секцій: нормативно-правові акти, статuti, справи. Всі посилання розташовуються в алфавітному порядку за назвою в кожній секції. Первинні джерела необхідно скласти згідно з Національним стандартом України ДСТУ 8302:2015 “Інформація та документація. Бібліографічне посилання. Загальні положення та правила складання”;

б) список вторинних джерел, що має назву “Бібліографія”. Список вторинних джерел складається із секцій: книги, частини книг, багатомні видання, статті з журналів (друкованих, електронних) і газет (друкованих, електронних), дисертації, матеріали конференцій (семініарів, симпозіумів, з’їздів, круглих столів тощо), веб-сайти, блоги. Всі посилання потрібно розташовувати в алфавітному порядку за прізвищем автора у кожній секції. Посилання без автора повинні бути перераховані в алфавітному порядку за назвою. Вторинні джерела потрібно скласти із використанням стилю OSCOLA.

Назви кирилических джерел, прізвища й імена їх авторів (укладачів, відповідальних та (або) наукових редакторів), власні назви журналів, назви конференцій (семініарів, симпозіумів, з’їздів, круглих столів тощо) і видавництва потрібно транслітерувати латинськими літерами.

Далі у квадратних дужках необхідно розмістити переклад англійською мовою назви: монографії або іншого виду видання, наукової статті, тез наукової доповіді (повідомлення), а також назви: конференції, семінару, симпозіуму, з’їзду, круглого столу тощо.

Після кожного посилання необхідно в дужках вказати мову оригіналу джерела, наприклад, *in Ukrainian* або *in English*.

Транслітерацію потрібно здійснювати залежно від мови оригіналу джерела: для української мови застосовувати офіційну транслітерацію, затверджену постановою Кабінету Міністрів України від 27 січня 2010 р. № 55; для російської мови застосовувати транслітерацію згідно з вимогами наказу ФМС Росії від 3 лютого 2010 р. № 26.

Он-лайн сервіси для транслітерації: для джерел українською мовою – “Стандартна українська транслітерація” в режимі паспортний стандарт; для джерел російською мовою – “ТРАНСЛИТ.СС” (*гіперпосилання, що адресують до таких сервісів містяться на веб-сайті журналу у підрубриці “Вимоги до наукової статті”*).

ПРИКЛАДИ ОФОРМЛЕННЯ ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

Монографія:

Rabinovych P ta inshi, *Pryntsyp verkhovenstva prava: problemy teorii ta praktyky* [*The Rule of Law principle: Issues of Theory and Practice*] (Spolom 2016) (in Ukrainian).

Наукова стаття:

Stefanchuk R, ‘Do pytannia pro kodyfikatsiiu zakonodavstva u sferi intelektualnoi vlasnosti’ [‘To the Issue of Codification of Intellectual Property Legislation’] (2016) 11 *Pravo Ukrainy* 86 (in Ukrainian).

Матеріали конференції:

Shtanko A, ‘Rozrobka osnovy teorii zakhystu tsyvilnykh prav ta okhroniuvanykh zakonom interesiv kriz pryzmu pidkhodiv do vyznachennia yoho poniattia’ [‘Developing the Basics of the Theory of Protection of Civil Rights and Interests Protected by Law through the Prism of Approaches to the Definition of its Concept’] v Kanzafarova I (red), *Shosti yurydychni dysputy z aktualnykh problem pryvatnoho prava: Mizhnarodna naukovo-praktychna konferentsiia, prysviachena pamiaty Ye V Vaskovskoho (do 150-richchia vid dnia yoho narodzhennia)* [*Sixth Legal Debates on the Topical Issues of Private Law: International Scientific and Practical Conference Dedicated to the Memory of Ie V Vaskovskyi (on the 150th Anniversary of his Birth)*] (Astroprint, 2016) (in Ukrainian).

Іноземні джерела залишаються без змін. Їх треба розміщувати перед перекладеними кирилическими.

Якщо в бібліографічному описі кілька робіт одного й того ж автора, редактора або упорядника розташовано поспіль, у наступних після першого опису застосовується подвійне тире, яке заміняє ім’я. Записи потрібно розташовувати в хронологічному порядку (починаючи з найдавнішого), а якщо збігаються роки видання – в алфавітному порядку за назвою.

Обов’язково потрібно вказувати міжнародний цифровий ідентифікатор *DOI* (*digital object identifier*) для всіх процитованих джерел, для яких вони існують.

References необхідно друкувати в текстовому редакторі *MS Word* з вирівнюванням по ширині; шрифт: *Times New Roman* (розмір шрифту – 12 pt); міжрядковий інтервал – 1,0.

4. Вимоги до подання

4.1. Для опублікування наукової статті, яка раніше не була опублікована (розміщена) в інших друкованих (електронних) виданнях на адресу електронної пошти журналу (editor.pravo.ua@gmail.com) необхідно надіслати її електронну версію (назва файлу має складатися з прізвища (прізвищ) автора (співавторів) і дати направлення до редакції з поміткою “стаття”) разом із ілюстраціями (за наявності), оформленими окремими файлами у відповідних форматах (див. підпункт 3.5.) (назви файлів мають складатися з прізвища (прізвищ) автора (співавторів) і дати направлення до редакції з поміткою “ілюстрація”) та завіре-

ними належним чином (з необхідними підписами та печатками) сканованими копіями таких документів:

а) до статей авторів, які мають науковий ступінь кандидата юридичних наук, треба додати рецензію доктора юридичних наук, який є фахівцем у галузі знань, що стосується тематики статті (*назва файлу має складатися з прізвища (прізвищ) автора (співавторів) і дати направлення до редакції з поміткою “рецензія”*);

б) до статей аспірантів, ад’юнктів, здобувачів необхідно додати рекомендацію до опублікування у формі витягу з протоколу засідання кафедри (відділу) вищого навчального закладу (наукової установи) (*назва файлу має складатися з прізвища (прізвищ) автора (співавторів) і дати направлення до редакції з поміткою “витяг”*) та рецензію доктора (кандидата) юридичних наук, який є фахівцем у галузі знань, що стосується тематики статті (*назва файлу має складатися з прізвища (прізвищ) автора (співавторів) і дати направлення до редакції з поміткою “рецензія”*);

в) до статей осіб, які в подальшому вступатимуть до аспірантури чи ад’юнктури, потрібно додати рецензію доктора (кандидата) юридичних наук, який є фахівцем у галузі знань, що стосується тематики статті (*назва файлу має складатися з прізвища (прізвищ) автора (співавторів) і дати направлення до редакції з поміткою “рецензія”*).

4.2. Автору (співавторам) необхідно надати про себе довідку (*форма довідки розміщена на веб-сайті журналу у підрубриці “Вимоги до наукової статті”*) (*назва файлу має складатися з прізвища (прізвищ) автора (співавторів) і дати направлення до редакції з поміткою “довідка”*).

4.3. Автору (співавторам) необхідно надати в електронному вигляді у форматі *jpg* або *tiff* якісне кольорове фото (якісні кольорові фото) розміром 9x12 із роздільною здатністю не менш як 300 dpi (*назва файлу (файлів) має складатися з прізвища (прізвищ) автора (співавторів) і дати направлення до редакції з поміткою “фото”*).

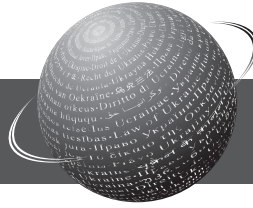
4.4. Автору (співавторам) необхідно надати скановану копію квитанції про річну передплату на паперову версію юридичного журналу “Право України” (*назва файлу має складатися з прізвища (прізвищ) автора (співавторів) і дати направлення до редакції з поміткою “квитанція”*).

4.5. Надіславши наукову статтю та інші матеріали, передбачені у пп. 4.1.–4.4. Вимог до наукової статті, що подається для опублікування у юридичному журналі “Право України”, автор (співавтори) повністю та беззастережно приймає (приймають) умови Ліцензійного договору на використання твору (*договір розміщено на веб-сайті журналу у підрубриці “Вимоги до наукової статті”*).

Автор (співавтори) несе (несуть) відповідальність за достовірність викладеного матеріалу, належність останнього йому (їм) особисто та якість перекладу цитат з іншомовних джерел.

Матеріали, надані з порушенням зазначених вимог, не публікуються.

Редакційна рада вправі рецензувати (подвійне сліпе рецензування), редагувати, скорочувати та відхиляти статті.



ІНФОРМАЦІЯ
ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

Передплата
юридичного журналу “Право України” здійснюється
у поштових відділеннях ПАТ “Укрпошта”
(ПЕРЕДПЛАТНИЙ ІНДЕКС – 74424),
в редакції журналу
за адресою: вул. Багговутівська, 17–21,
м. Київ, 04107, Україна
тел./факс: +38044 537-51-11

Відомості про передплату
юридичного журналу “Право України”
вміщено у Каталозі видань України на 2018 р. (с. 183)

Електронні версії номерів журналу
можна замовити на веб-сайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

Юридичний журнал
“ПРАВО УКРАЇНИ”

1
2018

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026-12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красненко*
Комп'ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 15.02.2018. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 26,98. Обл.-вид. арк. 21,38.
Зам. 18-70. Ціна договірна.

АДРЕСА РЕДАКЦІЇ:
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),
+380(44) 537-51-10 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Віддруковано у ПрАТ “ВПОЛ”
вул. Волинська, 60, м. Київ, 03151, Україна
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 4404 від 31.08.2012 р.