

e-ISSN 2310-323X

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](mailto: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 28 грудня 2017 р. № 1714)

*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.)

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 Нор, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Юрій Оборотов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. 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 Рабинович, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Селванов, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола Селвон, 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; Ірина Венедиктова (перш. заст. голови), д-р юрид. наук, проф.; Вікторія Рєзнікова (перш. заст. головного редактора), д-р юрид. наук, проф.; Тетяна Коломоєць (заст. головного редактора), д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Посикалюк (заст. головного редактора), канд. юрид. наук, доц.; Наталя Антонюк, канд. юрид. наук., доц.; Юрген Базедов (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Віктор Базов, канд. юрид. наук; Сергій Балащенко, д-р юрид. наук, проф. (Білорусь); Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); 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.; Олександр Брьостл (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Володимир Бурдін, д-р юрид. наук, проф.; Ганна Буяджи, канд. юрид. наук; Валентина Васильєва, 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 Грищук, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Гудима, канд. юрид. наук, доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Наталя Гуторова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Довгерт, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; 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, проф.; 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.; Віктор Колісник, д-р юрид. наук, проф.; 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.; Наталя 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.; Василь Лемак, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Леонід Ловойко, д-р юрид. наук, проф.; 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.; Роман Мельник, д-р юрид. наук, проф.; 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; Наталя Онщенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олеся Отраднава, д-р юрид. наук, доц.; Наталя Пархоменко, д-р юрид. наук, проф.; Петро Пацурківський, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Петришин, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Роман Петров, д-р юрид. наук, проф.; Пилип Пилипенко, д-р юрид.

#### РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

наук, проф.; Микола Погорецький, д-р юрид. наук, проф.; Сергій Погрівний, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, 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); Михайло Савчин, д-р юрид. наук, проф.; Ирина Сенюта, д-р юрид. наук, доц.; Світлана Сербюгіна, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипнюк, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор Сліденко, д-р юрид. наук; 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 Флогатіс (SPYRIDON FLOGAITIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Джабір Халлов, канд. юрид. наук., доц. (Азербайджан); 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 Чиріч (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 (YASHIKO YAMADA) Prof. (Japan); Олександра Яновська, д-р юрид. наук, проф.

#### РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національна академія прокуратури України; Національний університет “Києво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ

#### ПАРТНЕРИ

АО “Адвокатська компанія ‘Кайрос’”; ГО “Ліга професорів права”; ГО “Союз юристів України”; Єдиний портал аналітики судової практики *Ratio Decidendi*; Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України; Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України

## ЗМІСТ

*Актуальна тема номера:*  
“РЕФОРМУВАННЯ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ”

ВСТУПНЕ СЛОВО . . . . . 11

*I. Теоретико-правові засади функціонування публічної влади та права людини*

РОМАН МЕЛЬНИК  
Принцип законності vs. принцип правомірності:  
до питання про оновлення юридичних засад діяльності органів  
публічної влади. . . . . 14

ДАНИЛО ГЕТМАНЦЕВ  
Взаємозв'язок публічних фінансів і демократичного устрою  
суспільства на прикладі права на інформацію  
та права на колективний позов. . . . . 32

ДМИТРО ЛУЧЕНКО  
Електронна петиція як форма оскарження рішень, дій  
або бездіяльності суб'єктів публічної влади . . . . . 53

*II. Інституційне забезпечення публічної влади*

ОЛЕКСАНДР БАРАНОВ  
Інформаційна сфера:  
реформування інституційної системи публічної влади . . . . . 65

ТЕТЯНА КОЛОМОЄЦЬ  
Стимули для державних службовців:  
чи задовільною є модель їх закріплення. . . . . 85

*III. Процедурні механізми реалізації публічної влади*

ВІКТОР ТИМОЩУК  
Запровадження загальної адміністративної процедури  
як напрям реформування публічної влади . . . . . 105

АНДРІЙ ШКОЛИК  
Концепція загального закону (кодексу)  
про адміністративну процедуру . . . . . 119

Висновки та рекомендації з актуальної теми . . . . . 138

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 11 • 5-7

ЗМІСТ

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Галина Прусенко  
Поняття процесуального договору у цивільному судочинстві України  
і міжнародному цивільному процесі . . . . . 141

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

Андрій Мота  
Адміністративно-процесуальні повноваження органів  
Державної прикордонної служби України з примусового повернення  
і видворення нелегальних мігрантів . . . . . 151

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Олексій Федотов, Світлана Левченко  
Ефективність та напрями вдосконалення правового регулювання  
переміщення через митний кордон України автомобільних  
транспортних засобів. . . . . 169

РЕФОРМУВАННЯ ПРАВОСУДДЯ

Сергій Васильєв  
Експертний висновок у галузі права:  
новація національного судочинства . . . . . 189

*RATIO DECIDENDI* – НОВЕЛИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

*Практика Європейського суду з прав людини*

Витяг із рішення Європейського суду з прав людини  
від 26 вересня 1995 р. у справі “Фогт проти Німеччини”  
(переклад неофіційний) . . . . . 203

*Правові позиції Верховного Суду*

*Адміністративна юрисдикція*

Про необхідність дотримання при звільненні судді п. 1 ст. 6, ст. 8  
Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод  
та принципів незалежності й безсторонності . . . . . 208

*Кримінальна юрисдикція*

Щодо преюдиції у кримінальному процесі . . . . . 211

ЮРИДИЧНА ХРОНІКА

Анна Цибуляк-Кустевич  
Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні  
(за матеріалами II Міжнародної науково-практичної конференції  
кафедри процесуального права Чернівецького національного університету  
імені Юрія Федьковича та кафедри організації судових  
та правоохоронних органів Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого, м. Чернівці, 18–19 жовтня 2018 р.) ..... 214

-----  
Актуальна тема наступного номера:  
“КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА У СИСТЕМІ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ  
В УКРАЇНІ”  
-----

## TABLE OF CONTENTS

*Central Topic of the Issue:*  
“PUBLIC AUTHORITY REFORMS IN UKRAINE”

INTRODUCTORY WORD .....	11
<i>I. Theoretical and Legal Bases of Public Authority Functioning and Human Rights</i>	
ROMAN MELNYK The Principle of Legality vs. the Principle of Lawfulness: on the Issue of Updating the Legal Framework for Operation of Public Authorities .....	14
DANYLO HETMANTSEV Interrelation of Public Finance and the Democratic Set-Up of Society by the Example of the Right to Information and the Right to Class Action Lawsuit .....	32
DMYTRO LUCHENKO E-Petition as a Form of Appeal Against Decisions, Actions or Omissions by Subjects of Public Authority .....	53
<i>II. Institutional Support of Public Authority</i>	
OLEKSANDR BARANOV The Information Sphere: Reforming the Institutional System of Public Authority .....	65
TETYANA KOLOMOETS Incentives for Public Servants: on the Appropriateness of the Model of Entrenchment Thereof .....	85
<i>III. Procedural Mechanisms for the Exercise of Public Authority</i>	
VIKTOR TYMOSHCHUK Introduction of the General Administrative Procedure as an Objective of Public Authority Reforms .....	105
ANDRIY SHKOLYK The Concept of the General Law (Code) of Administrative Procedure .....	119
CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE CENTRAL TOPIC .....	138



CIVIL LAW AND PROCESS

GALYNA PRUSENKO  
The Concept of Procedural Contract in the Civil Court Procedure  
of Ukraine and the International Civil Process. . . . . 141

ADMINISTRATIVE LAW

ANDRII MOTA  
Administrative Procedural Powers of the Bodies of the State Border  
Guard Service of Ukraine to Forced Return  
and Expulsion of Illegal Migrants. . . . . 151

FINANCE LAW

ALEXEY FEDOTOV, SVETLANA LEVCHENKO  
Efficiency and Improvement of Legal Regulation of Motor Vehicles  
Movement Across Ukraine's Customs Border . . . . . 169

REFORMS OF JUSTICE

SERGI VASYLIEV  
Law Expert Opinion:  
an Innovation of the National Court Procedure . . . . . 189

*RATIO DECIDENDI – CASE LAW NOVELS*

*Case Law of the European Court of Human Rights*

Abstract of ECHR Judgment Dated September 26, 1995  
in Case of Vogt v. Germany  
(Unofficial Translation) . . . . . 203

*Legal Positions of the Supreme Court*

*Administrative Jurisdiction*

On the Need to Comply with § 1 Article 6,  
Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights  
and Fundamental Freedoms and the Principles of Independence  
and Impartiality When Dismissing a Judge. . . . . 208

*Criminal Jurisdiction*

On the Res Judicata Principle in the Criminal Process . . . . . 211

TABLE OF CONTENTS

LEGAL CHRONICLE

ANNA TSYBULIAK-KUSTEVYCH  
Today's Challenges and Topical Issues of the Judicial Reform in Ukraine  
(Based on the Materials of the Second International Scientific  
and Practical Conference Held by the Procedural Law Department  
of Yuri Fedkovich Chernivtsi National University  
and the Department of Organization of Judicial  
and Law Enforcement Bodies of Yaroslav the Wise  
National Law University of Chernivtsi, October 18–19, 2018)..... 214

[www.pravolia.com.ua](http://www.pravolia.com.ua)

-----  
*Central Topic of the Next Issue:*  
“CONSTITUTIONAL CLAIM IN THE SYSTEM OF HUMAN RIGHTS  
PROTECTION IN UKRAINE”  
-----

**ПРАВО**



Актуальна тема номера:  
“РЕФОРМУВАННЯ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ”



Роман Мельник

доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри адміністративного права,  
директор Наукового центру німецького права  
юридичного факультету  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка

### ВСТУПНЕ СЛОВО

Проблематика публічної влади, організації її функціонування, правових засад здійснення не втрачає своєї наукової актуальності та практичної значущості протягом двох останніх десятиріч. Це можна пояснити різними причинами, першою серед яких я назвав би нестабільність українського конституційного та адміністративного законодавства, яка, зі свого боку, викликана бажанням політиків і державних діячів створити “ідеальну” модель публічної влади і надати її суб’єктам необхідні (достатні) для її реалізації повноваження. Ситуація у цій частині ускладнюються тим, що різні політичні сили, перебуваючи на владному Олімпі, мають власне бачення цього питання. Так і рухаємося, іноді, по колу, шукаючи до сьогодні “досконалі” форми організації та функціонування публічної влади в Україні.

Більш стабільною у цій частині є юридична наука, яка, у переважній більшості, не маючи політичних цілей і не підтримуючи конкретних політиків, намагається напрацювати теоретичні конструкції, які згодом можуть бути затребувані практикою конституційної та адміністративної правотворчості. Сподіваються на це й автори цієї актуальної теми журналу. У представленому номері читач знайде наукові статті відомих учених-правознавців, присвячені вирішенню лише окремих проблем, які мають місце у сфері організації та функціонування публічної влади. Зокрема, йтиметься про: покращення теоретико-правових засад функціонування публічної влади та інституційних засад її здійснення, посилення процедурних механізмів реалізації публічної влади й підвищення

© Роман Мельник, 2018

ефективності захисту приватної особи від рішень (дій) суб'єктів публічної влади.

Натомість сподіваємося, що поставлені на обговорення питання закладуть необхідне наукове та методологічне підґрунтя для вирішення низки інших проблем, які накопичилися у сфері нормативного забезпечення організації та функціонування публічної влади. Так, нагальною є проблема розробки правових засад і механізмів реалізації влади (публічної) Українським народом. Нині на подальшу (поглиблену) теоретичну розробку очікують конституційні формули “народ здійснює владу безпосередньо” та “громадяни мають право брати участь в управлінні державними справами”, що має завершитися підготовкою системного та цілісного законодавства, покликаного надати громадянам України реальні й ефективні засоби (механізми) участі у реалізації публічної влади. Наразі це завдання не виконано, що, поміж іншим, на мою думку, можна пояснити тим, що існуючі на сьогодні нормативно-правові акти, які закладають засади безпосередньої реалізації влади Українським народом, є досі “не включені” до системи жодної з галузей українського права. Йдеться, звісно, про теоретичний аспект цієї проблеми, оскільки норми права (об'єктивне право) існує у несистематизованому, навіть хаотичному вигляді. Норми права, “народжуючись та вмираючи”, не утворюють жодної системи. Система права, як і система галузей права, є рукотворним продуктом наукової спільноти. Отже, проблема полягає у тому, що жоден із вітчизняних авторів досі не визначив місця для юридичних норм, які регулюють взаємовідносини між приватними особами, громадянським суспільством та державою, у теоретичній конструкції “система права України”. Тому зазначений масив юридичних актів залишається належним чином несистематизованим; він не вивчається, а тому й не робляться системні та послідовні пропозиції, спрямовані на подальше удосконалення юридичного забезпечення реалізації публічної влади Українським народом.

Вагомою, принциповою та важливою для вирішення є й інша проблема – існування величезної кількості органів публічної влади, які функціонують поза системою органів виконавчої влади. Не занурюючись нині до цієї проблематики, зазначу лише, що наочним є дуалізм виконавчої влади (у широкому розумінні цього слова) в Україні, що виключно негативно позначається на ефективності публічного управління (адміністрування), яке скеровується сьогодні з двох різних центрів (Прем'єр-міністра України та Президента України).

Не можна не звернути увагу і на недооцінену та недовивчену на теоретичному рівні роль органів влади Автономної Республіки Крим у системі

реалізації публічної влади. Щоб побачити проблемність ситуації, яка склалася, досить хоча б зазирнути до підручників з адміністративного права, автори яких, у своїй переважній більшості, обходять увагою систему названих органів, що викликає у студентів помилкове розуміння їхньої ролі та значення в Українській державі.

Сподіваюся, що окреслені та інші проблеми організації функціонування публічної влади отримають невдовзі вирішення принаймні на теоретичному рівні.

## I. Теоретико-правові засади функціонування публічної влади та права людини



Роман Мельник

доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри адміністративного права  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка  
(м. Київ, Україна)  
r.melnik@ukr.net

УДК 342.92

### ПРИНЦИП ЗАКОННОСТІ VS. ПРИНЦИП ПРАВОМІРНОСТІ: ДО ПИТАННЯ ПРО ОНОВЛЕННЯ ЮРИДИЧНИХ ЗАСАД ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

Анотація. Проблематика законності як принципу діяльності органів публічної влади у вітчизняній юридичній науці піддана доволі ґрунтовному вивченню. Проте, незважаючи на наявність чисельних наукових праць, вона себе не вичерпала, адже в останні десятиріччя відбулися принципові зміни як у розумінні місця та ролі людини і громадянина у державі, так і принципів функціонування органів публічної влади, що викликає необхідність перегляду ставлення до змісту принципу законності.

Мета статті полягає у доведенні необхідності заміни принципу законності принципом правомірності.

У статті вивчено становлення принципу законності та його розуміння у науковій літературі, починаючи з кінця XIX ст. та закінчуючи початком XXI ст. Особливу увагу приділено поясненню причин виникнення та змісту таких категорій, як “революційна законність”, “соціалістична законність”. Зроблено проміжний висновок, що законність розумілась як вимоги до органів влади, інших представників держави і приватних осіб діяти відповідно до законів та інших юридичних актів. За результатами аналізу як українських, так і зарубіжних (країн пострадянського регіону) нормативних актів та підходів до закріплення у них принципу законності, наголошено на необхідності зміни ставлення до його розуміння і подальшого використання.

Автор обґрунтовує помилковість висновку про те, законність являє собою вимогу виконання (дотримання) усієї сукупності нормативно-правових актів. У статті наголошено, що законність – це вимога дотримання виключно вимог законів. Також акцентовано увагу на неможливості широкого підходу до тлумачення категорій “закон” і “законодавство”. Зроблено висновок, що під законодавством необхідно розуміти виключно сукупність законів, кодексів (як окремого виду закону),

© Роман Мельник, 2018

міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою України, декретів Кабінету Міністрів України.

Доведено, що формування принципу законності, його змісту і розуміння у країнах пострадянського регіону відбувалося на тлі відсутності принципу верховенства права, який суттєво змінив зміст і розуміння багатьох юридичних категорій, зокрема й принципу законності. З огляду на це, автором запропоновано: вивести з юридичного обігу категорію “принцип законності” як застарілу і замінити її категорією “принцип правомірності”, під яким необхідно розуміти обов’язок органів публічної влади виконувати вимоги всіх норм права (формалізованих і неформалізованих), що регулюють їхню діяльність; ввести в юридичний обіг і систему принципів адміністративного права додатковий (оновлений) принцип – принцип ієрархічної вищості закону; внести зміни до формулювання ч. 2 ст. 19 Конституції України, закріпивши положення про те, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи мають діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені правом та законом.

Ключові слова: законність; закон, законодавство; правомірність; верховенство права.

### I. Вступ

Аналіз наукової літератури демонструє, що проблематика, пов’язана з вивченням законності як принципу права, так і принципу діяльності органів публічної влади, залишається актуальною та продовжує привертати увагу дослідників. У різні часи її опрацюванню присвятили свої праці Л. Горбунова<sup>1</sup>, О. Осауленко та О. Панько<sup>2</sup>, В. Зінченко<sup>3</sup>, Н. Оніщенко<sup>4</sup>, В. Самохвалов<sup>5</sup> та ін. Така ситуація є зрозумілою, адже значення принципу законності, як наголошується у літературі, зводиться не лише до того факту, що він є основою для діяльності суб’єктів публічної влади<sup>6</sup>, а й виступає одним із елементів системи принципів права<sup>7</sup> взагалі та адміністративного права<sup>8</sup> зокрема. Щодо останнього аспекту додамо, що, на нашу думку, законність відіграла визначальну роль у становленні адміністративного права як такого. Саме вона стала тим базисом, спираючись на який передові вчені-поліцейсти, а пізніше адміністративісти,

<sup>1</sup> Л Горбунова, *Принцип законності у нормотворчій діяльності органів виконавчої влади* (Юрінком Інтер 2008).

<sup>2</sup> О Осауленко та О Панько, ‘Зміцнення законності у правозастосовному процесі’ (2004) 12 *Право України* 61-8.

<sup>3</sup> В Зінченко, ‘Законність, права людини та правоохоронна діяльність’ (2011) 3 *Часопис Київського університету права* 55-8.

<sup>4</sup> Н Оніщенко, ‘Принцип законності: природа та сутність в умовах демократичних змін’ (2012) 12 *Віче* 2-4.

<sup>5</sup> В Самохвалов, ‘Законність і справедливість: теоретико-правові проблеми співвідношення та взаємодії’ (автореф дис канд юрид наук, Інститут законодавства Верховної Ради України 2008).

<sup>6</sup> Оніщенко (н 4) 2-4; В Копсичиков (ред), *Теорія держави і права* (2002) 249; М Журавель, ‘Принцип законності в процесі розвитку державного управління в Україні’ (2013) 13 *Наукові праці НУ ОЮА* 220-7.

<sup>7</sup> О Скаун, *Теорія держави і права* (пер з рос, Консум 2001) 448.

<sup>8</sup> А Пухтецька, ‘Оновлення змісту та значення принципів адміністративного права України’ [2016] 1(15) *Адміністративне право і процес* 23-8; І Гриценко (ред), *Загальне адміністративне право* (Юрінком Інтер 2015) 76, 84-5.

почали будувати свої концепції правового забезпечення управлінської діяльності. Законність управління була для них тією метою, досягнення якої визнавалося одним із головних завдань адміністративного права<sup>9</sup>. Інакше кажучи, законність виступила необхідною передумовою для виникнення адміністративного права, без якої (на певному історичному етапі) його не могло бути як такого. Але чи продовжує вона (законність) відігравати таке ж значення сьогодні? Чи не настав час переглянути наше ставлення до змісту та сутності названого принципу?

Для відповіді на поставлені запитання пропонуємо проаналізувати особливості становлення й розвитку принципу законності у вітчизняній юридичній літературі та співвіднести отримані результати з відповідними сучасними доктринальними розробками і висновками.

## II. Становлення принципу законності та його розуміння у науковій літературі

Історія вітчизняного адміністративного права, яка тривалий час була пов'язана з Російською імперією, а пізніше – з Радянським Союзом, показує, що перші згадки про необхідність забезпечення законності управління були зроблені наприкінці ХІХ ст., однак тоді вони мали *виключно теоретичний характер*, оскільки чинне на той час законодавство абсолютно ігнорувало цей принцип. Показовими у цьому аспекті є слова М. Лазаревського:

Якщо більшість населення про свої права нічого не знає, коли воно, звикло до порушень закону, дивиться на ці порушення як на щось звичайне, неминуче; якщо населення протягом століть привчалось відчувати себе у повній залежності від адміністрації, на яку скаржитися нікуди і марно; якщо, з іншого боку, органи адміністрації не усвідомили того, що і у людини можуть бути права, які є недоторканими для чиновника, – то у такому суспільстві, а до нього Росія наближається дуже і дуже близько, безумовне втілення основ законності є практично неможливим<sup>10</sup>.

Заважали практичному втіленню принципу законності також й інші обставини, зокрема й те, що в Росії було відсутнє *чітке розуміння категорії “закон”*. Ідеал законності, як писав А. Горбунов, ніколи

<...> не буде досягнутий, якщо з тієї різномірної маси юридичних норм, яка видається у нас в законодавчому та адміністративному порядку, не буде виділено саме розуміння закону, якщо не будуть встановлені ясні

<sup>9</sup> А Елистратов, *Основные начала административного права* (Издание Г А Лемана 1914) 39, 75.

<sup>10</sup> Н Лазаревский, ‘Законность и пределы ее осуществления’ (1905) 2 Право 70-80.



і точні його ознаки і якщо, нарешті, не буде забезпечений безумовний пріоритет закону над усіма іншими юридичними нормами<sup>11</sup>.

Перші видимі зміни нормативного порядку, які дали б змогу хоча б на теоретичному рівні говорити про становлення принципу законності в Росії, були пов'язані з прийняттям Основних державних законів Російської імперії в редакції 1906 р.<sup>12</sup>, які:

- *по-перше*, організаційно відокремили законодавчі установи від адміністративних установ;
- *по-друге*, сприяли становленню розуміння категорії “закон” – як акта, який може бути виданий лише парламентом;
- *по-третє*, закріпили чітку ієрархію юридичних актів, в якій закон зайняв основне (центральне) місце<sup>13</sup>.

Однак слід сказати, що названі зміни знайшли своє закріплення переважно на теоретичному рівні, оскільки далі Основних державних законів Російської імперії вони не пішли. Тому на практичному рівні управління продовжувало ґрунтуватися не на нормах закону, а на вільному розсуді адміністрації<sup>14</sup>. Не існувало також й ефективних способів відновлення прав приватних осіб, порушених публічною владою. Все це, як наслідок, виключало впровадження принципу законності у сферу управління.

### III. Радянське адміністративне право і державне управління

Ситуація із розумінням принципу законності та його впровадженням у сферу державного управління в радянський період ще більше погіршилася. Радянський режим, заснований на тоталітарній формі правління, масових і жахливих порушеннях прав громадян, повному ігноруванні принципу поділу влади та інших демократичних і правових основ побудови влади<sup>15</sup>, призвів до виникнення збоченого розуміння законності, яке виразилося у появі нового терміна – “революційна законність”. Формуючи визначення цієї категорії, представники радянської влади та юридичної науки писали, що метою її запровадження було зміцнення радянської влади, повалення царського режиму і боротьба з контрреволюційними настроями<sup>16</sup>. Все це, як наслідок, призвело до того, що революційна законність була замінена/підмінена революційною доцільністю.

<sup>11</sup> А Горбунов, ‘Законность управления и ее необходимые условия’ (1905) 1 Право 9-26.

<sup>12</sup> *Свод основных государственных законов, Свод законов Российской империи*, т 1 ч 1 (1906).

<sup>13</sup> І Гриценко, ‘Становлення і розвиток наукових поглядів на основні інститути вітчизняного адміністративного права’ (дис д-ра юрид наук, 2008) 181-3.

<sup>14</sup> Там само 310.

<sup>15</sup> Karadsche-Iskrow, ‘Das Verwaltungsrecht in der Sowjetunion (Russland) seit 1917’ (1936) 23 Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 145.

<sup>16</sup> І Павловська, ‘Генеза понять “революційна законність” та “соціалістична законність”’ [2015] 1(2) Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія “Юридичні науки” 49-53.

Революційна законність майже збігалася з революційною доцільністю, наголошувалося у літературі тих часів. Точніше, революційна доцільність називалася революційною законністю<sup>17</sup>. Відповідно, радянська влада та її представники у своїй діяльності не повинні були обмежуватися законами, не мали права зупинятися перед непорушністю закону<sup>18</sup>. Таким чином, законність фактично була замінена вільним розсудом влади. Закони як основа законності втратили свій регулюючий вплив.

30-ті роки ХХ ст. ознаменували собою перехід від революційної законності до соціалістичної законності. Однак це принциповим чином нічого не змінило, оскільки ані у практиці державного управління, ані на теоретичному рівні як і раніше не існувало ні поділу влади, ні верховенства закону, ні способів (інструментів), якими могли б скористатися приватні особи для відновлення (захисту) своїх прав, порушених публічною владою. Закон як основа для розуміння принципу законності розумівся занадто широко, включаючи в себе фактично всі види юридичних актів, що видавалися суб'єктами публічної влади. Щодо останнього аспекту показовими є слова К. Архіпова, який писав, що у державі, в якій склалася диктатура, немає поділу влади і, відповідно, не може бути й органу, який займався б виключно законотворчістю. Радянська конституція та радянська практика усіма своїми принципами суперечать монополізації нормотворчої функції. Закони радянської держави – це усі загального характеру юридичні правила, незалежно від того, який орган їх видає<sup>19</sup>. Це так зване широке розуміння категорії “закон”, однак воно певним чином коригувалося на конституційному рівні, оскільки у Конституціях СРСР 1936 р.<sup>20</sup> та 1977 р.<sup>21</sup> закріплювалося, що закони володіють найвищою юридичною силою, можуть видаватися виключно Верховною Радою СРСР та (або) союзної республіки. Акти інших органів державної влади мали відповідати законам. До того ж у ст. 4 Конституції СРСР 1977 р. було вказано і про соціалістичну законність, яка визнавалася фактично принципом діяльності радянської держави та її органів. Відповідно, визначаючи цю категорію на доктринальному рівні, радянські автори писали, що вона полягає в установленні юридичних норм при верховенстві закону і у вимозі точного й неухильного додержання та активного їх виконання всіма державними органами, громадськими організаціями, службовими особами і громадянами СРСР, внаслідок чого забезпечуєть-

<sup>17</sup> В Антонов-Саратовский, 'О революционной законности' (1926) 1 Революционная законность 3-9.

<sup>18</sup> Ю Еременко, *Советская Конституция и законность* (В Ржевский науч ред, Саратов 1982) 44.

<sup>19</sup> К Архипов, 'Понятие закона' (1926) 2 Советское право 41-72.

<sup>20</sup> Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик. *Советское государство*. 1936. № 6. С. 24-39.

<sup>21</sup> Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик. *Ведомости Верховного Совета СССР*. 1977. № 41. Ст. 617.

ся стабільність законів, встановлюється міцність і зрозумілість правового порядку, створюється стійке правове становище особи в соціалістичному суспільстві<sup>22</sup>. Інакше кажучи, законність являла собою вимогу до органів влади, інших представників держави і приватних осіб діяти відповідно до законів та інших юридичних актів<sup>23</sup>.

#### *IV. Інтерпретація принципу законності в країнах пострадянського регіону*

Ось уже понад 25 років кожна з країн, що входила раніше до складу радянської держави, розвиває власне (національне) законодавство, формує національну доктрину адміністративного права, представники якої активно використовують категорію “законність”, розглядаючи її, зокрема, і як принцип організації та діяльності органів влади, і як принцип адміністративного права. Як наслідок, практично в усіх нормативних актах, що регулюють діяльність публічної адміністрації, йдеться про законність як про принцип, або обов’язкову основу діяльності того чи іншого органу публічної влади.

Наприклад, у:

– Законі України “Про Кабінет Міністрів України”<sup>24</sup> (ст. 11) сказано, що діяльність Кабінету Міністрів України ґрунтується на принципах верховенства права, законності, поділу державної влади, безперервності, колегіальності, солідарної відповідальності, відкритості та прозорості;

– Законі України “Про Раду міністрів Автономної Республіки Крим”<sup>25</sup> (ст. 3) закріплено, що діяльність Ради міністрів Автономної Республіки Крим ґрунтується на принципах верховенства права, конституційності, законності, пріоритету прав людини;

– Законі Азербайджанської Республіки “Про адміністративне провадження”<sup>26</sup> (ст. 11 “Принцип законності”) встановлено, що адміністративні органи зобов’язані дотримуватися вимог закону;

– Законі Республіки Казахстан “Про адміністративні процедури”<sup>27</sup> (ст. 4) визначено, що принцип законності належить до загальних принципів адміністративних процедур тощо.

<sup>22</sup> І Пахомов, *Радянське адміністративне право. Загальна частина* (Вид-во Львівск ун-ту 1962) 73.

<sup>23</sup> Горбунова (н 1) 15.

<sup>24</sup> Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 27 лютого 2014 р. № 794-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 13. Ст. 222.

<sup>25</sup> Про Раду міністрів Автономної республіки Крим: Закон України від 16 червня 2011 р. № 3530-VI, *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 2-3. Ст. 3.

<sup>26</sup> Об административном производстве: Закон Азербайджанской Республики от 21 октября 2005 г. *Собрание законодательства Азербайджанской Республики*. 2005. № 12. Ст. 1084.

<sup>27</sup> Об административных процедурах: Закон Республики Казахстан от 30 декабря 2015 г. <<http://www.adilet.gov.kz/ru/articles/zakon-respubliki-kazahstan-ob-administrativnyh-procedurah>> дата обращения 14 Сентабрь 2018.

У названих та інших нормативних актах не розкривається зміст цього принципу, що вимагає від нас відповіді на запитання – а що ж сьогодні ми розуміємо під цим принципом і як ми повинні ставитися (приймати, не приймати, частково приймати) до накопиченого історичного досвіду, який стосується його змісту? Даючи коментарі з цього приводу, зупинимося на таких моментах.

#### *V. Принцип законності: сучасний принцип?*

По-перше, очевидно, що в основу категорії “законність”, як впливає з проведеного історичного аналізу, спочатку був покладений термін “закон” або, точніше кажучи, вимога виконувати закон<sup>28</sup>. Тобто законність формувалася у вигляді певної ідеї, прагнення або стану суспільних відносин, за якого насамперед влада діяла б виключно на підставі, в межах та у спосіб, визначених законом (актом парламенту). Ситуація з розумінням законності та її змісту змінилася за радянських часів, коли обсяг законності було збільшено завдяки включенню до змісту цієї категорії вимоги дотримуватися не лише законів, а й інших (підзаконних) актів. Проте за сучасних умов наше ставлення до категорії “закон”, порівняно з радянськими часами, істотно змінилося, адже у Конституції України<sup>29</sup> (п. 3 ч. 1 ст. 85) чітко й однозначно наголошено на тому, що законом є акт парламенту. Відповідно, це зобов’язує нас повернутися до витоків виникнення (розуміння) категорії “законність”, пов’язуючи її з необхідністю (вимогою) дотримуватися законів<sup>30</sup> або, як уточнюють окремі автори, правових законів<sup>31</sup>, тобто таких, які відповідають принципу верховенства права. До речі, з етимологічної точки зору такий висновок також буде правильним, оскільки відомим є факт походження слова “законність” від слова “закон”<sup>32</sup>. З огляду на це ми категорично не можемо погодитися з тими авторами, які пов’язують законність із необхідністю виконання вимог усієї сукупності нормативно-правових актів<sup>33</sup>.

По-друге, незважаючи на наявність зазначеної вище статті Конституції України, на рівні юридичної доктрини та практики продовжує існувати широке розуміння категорії “закон”, що, до речі, викликає серйозні

<sup>28</sup> Д. Фельдман, ‘На стыке традиций. Материалы к истории термина “законность” в советском законодательстве’ в *Энциклопедия права и проблемы текстологии* (РГГУ 2006) 120-8; Горбунова (н 1) 19.

<sup>29</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>30</sup> С. Сergygin, *Верховенство права в Україні: проблеми розуміння та застосування* (Грані 2014) 65; В. Тимошук, *Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України* (Факт 2003) 33; І. Криворучко, ‘Конституційно-правові принципи адміністративної процедури в Україні’ [2016] 2(29) *Державне управління та місцеве самоврядування* 33-9.

<sup>31</sup> Горбунова (н 1) 16.

<sup>32</sup> О. Мельничук (гол ред) та інші, *Етимологічний словник української мови*, т 2 (Наукова думка 1985) 227.

<sup>33</sup> Зінченко (н 3) 3; Копейчиков (ред), *Загальна теорія держави і права* (стер вид, Юрінком Інтер 2000) 208.

проблеми на рівні правозастосування. Як типовий приклад можна назвати нещодавно розглянуту Касаційним кримінальним судом у складі Верховного Суду справу, у межах якої вирішувалося питання про розгляд касаційної скарги захисника Т. Соляр в інтересах засудженого Особа\_2 на вирок Вінницького міського суду Вінницької області від 11 жовтня 2016 р. та вирок Апеляційного суду Вінницької області від 20 квітня 2017 р. у кримінальному провадженні, внесеному до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № 12015020010006672, за обвинуваченням Особа\_2 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 263 Кримінального кодексу України (далі – КК України).

Відповідно до матеріалів справи Особу\_2 було визнано винним у тому, що він всупереч вимогам, визначеним Інструкцією про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами смертельної дії, та зазначених патронів, а також боєприпасів до зброї та вибухових матеріалів, затвердженої наказом Міністерства внутрішніх справ України № 662 від 21 серпня 1998 р. та Положення про дозвільну систему, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 576 від 12 жовтня 2012 р. без передбаченого на те *законом* (курсив наш. – Р. М.) дозволу носив в кишені своєї барсетки телескопічну битку, яка згідно з висновком експерта № 415-х від 03 листопада 2015 р. є холодною зброєю та належить до контактної не клинкової холодної зброї ударно-дробильної дії, виготовленої саморобним способом<sup>34</sup>.

У касаційній скарзі захисник Т. Соляр просив скасувати судові рішення і призначити новий розгляд у суді першої інстанції. Захисник, зокрема, стверджував, що у зв'язку з відсутністю *закону* (курсив наш. – Р. М.), який передбачав би порядок надання дозволу на носіння зброї, в діях Особи\_2 відсутня подія злочину, передбаченого ч. 2 ст. 263 КК України. Даючи оцінку наведеному запереченню, суд зазначив таке:

Що стосується доводів, викладених у доповненнях до касаційної скарги захисника, про те, що за відсутності в Україні закону, який би регулював порядок надання дозволу на носіння зброї, у діях Особи\_2 відсутня подія злочину, то вони є безпідставними, оскільки норма ст. 263 КК України є субсидіарною і для розуміння незаконності поведінки зі зброєю, вимагає аналізу відповідного закону. При цьому поняття “закон” (курсив наш. – Р. М.), яке використав законодавець, має розширене тлумачення

<sup>34</sup> Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 31 травня 2018 р. у справі № 127/27182/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74475834> (дата звернення: 14.09.2018).

Роман Мельник

і включає в себе *законодавство* (курсив наш. – Р. М.) у цілому, в тому числі нормативні акти, що регулюють відповідні правовідносини, порушення яких утворює об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ст. 263 КК України<sup>35</sup>.

Коментуючи подібний висновок суду, хочемо наголосити на такому:

1. Суд неналежним чином обґрунтував, а точніше, взагалі не обґрунтував свою позицію стосовно заперечення на положення касаційної скарги щодо відсутності закону, який встановлював би порядок надання дозволу на носіння зброї. Він лише вказав, що наведені доводи є безпідставними та поняття “закон” має тлумачитися розширено і включати у себе законодавство загалом. На нашу думку, суд мав би пояснити і навести причини, які дають йому змогу “розширено” дивитися на категорію “закон”. При цьому, очевидно, він мав би звернути увагу на положення низки статей Конституції України, окремі з яких, на наше переконання, прямо забороняють із розширених позицій тлумачити термін “закон”. Йдеться про п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, де зазначено: ‘...виключно законами України визначаються засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них’<sup>36</sup>. Інакше кажучи, склад будь-якого злочину має бути визначено законом, тобто або КК України та (або) іншим (іншими) законами. Отже, у сфері кримінальної відповідальності (встановлення діяння, яке є злочином) можливим є субсидіарне застосування лише тієї норми права, яка знайшла фіксацію у законі, тобто акті парламенту.

2. Неможливість розширеного погляду на категорію “закон” впливає також і з того, що у Конституції України для позначення різних за своєю юридичною силою актів вживаються й різні терміни: для актів парламенту – “закон”; для актів, які видаються іншими органами (суб’єктами) публічної влади – “інші нормативно-правові акти” (наприклад, речення друге ч. 2 ст. 8 – “Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй”<sup>37</sup>).

3. Суд у своєму тлумаченні категорій “закон” та “законодавство” фактично вийшов за і без того широку позицію Конституційного Суду України (далі – КСУ), який, нагадаємо, у справі про тлумачення терміна “законодавство” до останнього відніс:

www.pravoua.com.ua

<sup>35</sup> Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 31 травня 2018 р. у справі № 127/27182/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74475834> (дата звернення: 14.09.2018).

<sup>36</sup> Конституція України (н 29).

<sup>37</sup> Там само.

<...> закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України<sup>38</sup>.

Суд же, зі свого боку, до категорії “законодавство”, як впливає із цього рішення, включив також і Інструкцію про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами смертельної дії, та зазначених патронів, а також боеприпасів до зброї та вибухових матеріалів, затверджену наказом Міністерства внутрішніх справ України від 21 серпня 1998 р. № 662. Фактично йдеться про те, що, на думку суду, закон є синонімом до слова “законодавство”, а останнє, зі свого боку, синонімом до категорії “нормативно-правові акти”.

4. Вивчаючи положення Конституції України, зокрема, у частині вживання терміна “законодавство”, стає очевидним, що він застосовується там і тоді, коли законодавець мав намір наголосити на сукупності законів, тобто законодавстві, яке регулює або має регулювати ті чи інші відносини. Як приклад можна навести п. 12 Перехідних положень, де зазначено:

Верховний Суд України і Вищий арбітражний суд України здійснюють свої повноваження відповідно до чинного законодавства України до сформування системи судів загальної юрисдикції в Україні відповідно до статті 125 цієї Конституції, але не довше ніж п'ять років<sup>39</sup>.

Отже, враховуючи той факт, що діяльність судів в Україні регулюється виключно законами, включаючи процесуальні кодекси, то обґрунтованим є висновок, що під законодавством необхідно розуміти *виключно* сукупність законів, кодексів (як окремого виду закону), міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою України, декретів Кабінету Міністрів України<sup>40</sup>.

5. Не можна не звернути у цій частині увагу і на західну юридичну доктрину та практику, представники якої чітко розмежують закони, тобто акти, видані парламентом, та інші нормативно-правові акти, уни-

<sup>38</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну “законодавство”) від 9 липня 1998 р. № 12-рп/98. *Офіційний вісник України*. 1998. № 32. Ст. 1209.

<sup>39</sup> Конституція України (п. 29).

<sup>40</sup> Р Мельник, *Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях* (Юрінком Інтер 2018) 110-137.

Роман Мельник

каючи, як наслідок, будь-яких спроб як розширеного розуміння терміна “закон”, так і намагання включити до категорії “законодавство” усю сукупність існуючих видів нормативних актів<sup>41</sup>.

Отже, у ролі проміжного висновку можна наголосити, що за сучасних умов як Україна, так і всі інші країни пострадянського регіону повинні рішуче й однозначно відмовитися від широкого розуміння категорій “закон” і “законодавство”, оскільки воно не просто не відповідає, а суперечить конституційним нормам, які закріпили принцип поділу влади, що вимагає чіткого розмежування юридичних актів, виданих суб’єктами, які належать до різних гілок державної влади.

По-третє, стає очевидним, що принцип законності, при викладеному вище розумінні категорій “закон” і “законодавство”, вимагає від суб’єктів публічної влади, насамперед публічної адміністрації, дотримання лише актів парламенту. Подібний висновок, до речі, повністю узгоджується з ч. 2 ст. 19 Конституції України, де, наголошено: ‘Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України’<sup>42</sup>. Водночас очевидно й зрозуміло, що інші нормативно-правові акти (підзаконні акти) також повинні дотримуватися і виконуватися представниками влади. Так, наприклад, у Законі України “Про місцеві державні адміністрації” (ч. 2 ст. 7) визначено:

Місцеві державні адміністрації у своїй діяльності керуються Конституцією України, цим та іншими законами України, актами Президента України та постановами Верховної Ради України, прийнятими відповідно до Конституції та законів України, актами Кабінету Міністрів України, органів виконавчої влади вищого рівня, а районні державні адміністрації в Автономній Республіці Крим – також рішеннями та постановами Верховної Ради Автономної Республіки Крим, рішеннями Ради міністрів Автономної Республіки Крим, прийнятими у межах їх повноважень<sup>43</sup>.

Звідси, як наслідок, випливає, що принцип законності в його сучасному сприйнятті (як вимога дотримуватися законів) “покриває” собою далеко не всі юридичні акти, яких у своїй діяльності мають дотримуватися представники публічної влади.

По-четверте, формування принципу законності, його змісту і розуміння у країнах пострадянського регіону відбувалося на тлі відсутності

www.pravoua.com.ua

<sup>41</sup> Н Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Verlag C H Beck 2004) 68.

<sup>42</sup> Конституція України (н 29).

<sup>43</sup> Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 9 квітня 1999 р. № 586-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 20. Ст. 190.



принципу верховенства права, який суттєво змінив зміст і розуміння багатьох юридичних категорій, зокрема й принципу законності. Принцип верховенства права, виступаючи основою для правової державності в усіх сучасних демократіях світу, на жаль, знайшов закріплення і визнання далеко не в усіх країнах пострадянського регіону, що, власне кажучи, і пояснює визнання принципу законності пострадянськими вченими як основного і найважливішого принципу адміністративного права, з чим я категорично не згоден, бо подібний висновок нічим не відрізняє сучасних вчених, які відстоюють такі позиції, від науковців радянської епохи, які “прислужували” тоталітарній державі.

Принцип верховенства права, вказуючи передусім державі на необхідність визнання пріоритету прав і свобод людини та громадянина перед усіма іншими цінностями, на необхідність поваги, дотримання й гарантування прав приватних осіб, вимагає від суб’єктів публічної влади дотримання у процесі своєї діяльності всіх формалізованих і неформалізованих норм права<sup>44</sup>. Відповідно, відтепер не закон, а право (яке, як чітко наголосив КСУ, не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства<sup>45</sup>) є основним регулятором відносин між державою і приватною особою. З огляду на це, немає жодних об’єктивних підстав для проведення розмежування принципу верховенства права та принципу законності<sup>46</sup> або спроб визначити пріоритет одного стосовно іншого<sup>47</sup>. Необхідність дотримання законів, інших нормативно-правових актів, принципів права, звичаїв і традицій тощо (тобто вимога правомірності) є однією зі складових принципу верховенства права<sup>48</sup>.

Висновки. Таким чином, наголосимо на тому, що сьогодні необхідно кардинально переосмислити і видозмінити наше розуміння та сприйняття принципу законності, а саме:

<sup>44</sup> Докладно про принцип верховенства права див.: Доповідь Європейської комісії “За демократію через право” від 25-26 березня 2011 р. <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-ukr)> дата звернення 14 Вересень 2018.

<sup>45</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м’якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 5-рп/2004. *Офіційний вісник України*. 2004. № 45. Ст. 2975.

<sup>46</sup> Оніщенко (н 4) 2-4.

<sup>47</sup> Т. Багрій, *Принцип верховенства права як засада розвитку публічного права сучасної України (на матеріалах окремих галузей публічного права)* (М Братисюк ред, Тернопіль ТНЕУ 2014) 166-7; Д. Сибільов, ‘Принципи законності та верховенства права у виконавчому провадженні: ідеологічні аспекти їх реалізації’ (2012) 1 *Вісник академії правових наук України* 118-126; О. Кучма, ‘Принципи законності і верховенства права: проблеми правозастосування’ (2015) 6 *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія “Юридичні науки” 150-2.

<sup>48</sup> Доповідь Європейської комісії “За демократію через право” (н 44).

1. Вивести з юридичного обігу категорію “принцип законності” як застарілу і замінити її категорією “принцип правомірності”, під яким необхідно розуміти обов’язок органів публічної влади виконувати вимоги всіх норм права (формалізованих і неформалізованих), що регулюють їхню діяльність. Правильність подібного висновку, у певному розумінні, може бути підтверджена посиланням на чинну редакцію Кодексу адміністративного судочинства України<sup>49</sup>, в якій, на відміну від попередньої, відсутній принцип законності.

2. Оскільки не викликає заперечення те, що закон є та залишиться основним регулятором діяльності органів публічної влади, як того вимагає ч. 2 ст. 19 Конституції України, то доцільним є введення в юридичний обіг і систему принципів адміністративного права додаткового (оновленого) принципу – принципу ієрархічної вищості закону<sup>50</sup>, який має орієнтувати органи публічної влади на те, що саме закон є першорядним регулятором їхньої діяльності, і саме йому необхідно віддавати перевагу при виборі юридичної основи для своїх дій та рішень. Інакше кажучи, принцип правомірності має орієнтувати суб’єктів публічної влади на дотримання (виконання) усієї палітри джерел права, серед яких пріоритет має бути віддано закону (принцип ієрархічної вищості закону).

3. Водночас необхідно наголосити і на певній недосконалості формулювання ч. 2 ст. 19 Конституції України, яка зобов’язує органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадових осіб діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. А як же їхній обов’язок виконувати і дотримуватися інших джерел права?! Отже, більш вдалим виглядає підхід німецького законодавця, який в Основному Законі Федеративної Республіки Німеччина (абзац 3 ст. 20)<sup>51</sup> закріпив положення про те, що законодавча влада зв’язана конституційним ладом, виконавча та судова – законом і правом. Вважаємо, що подібна конституційна формула, з огляду на відхід від принципу законності на користь принципів правомірності (як складового принципу верховенства права) та ієрархічної вищості закону, могла б бути використана і в Україні. Вона (формула) сприятиме покращенню функціонування суб’єктів публічної влади, які будуть змушені у своїй діяльності керуватися не лише Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України), а й іншими джерелами права – підзаконними нормативно-правовими актами, рішення-

<sup>49</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-37. Ст. 446.

<sup>50</sup> Р Мельник та В Бевзенко, *Загальне адміністративне право* (Р Мельник ред, Ваїте 2014) 78-80.

<sup>51</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>> accessed 14 September 2018.

ми Європейського суду з прав людини, юридичною доктриною тощо<sup>52</sup>. Особливо це є важливим для сфер, де або не вистачає законодавчого регулювання, або є намагання посадових і службових осіб “прикритися” ч. 2 ст. 19 Конституції України та, відповідно, особливо не перейматися тим фактом, що окрім Конституції та законів України їх діяльність регламентується й іншими джерелами права, які також мають (обов’язково!) братися до уваги у процесі правозастосування.

## REFERENCES

### List of legal documents

#### Legislation

1. Konstitutsiia (Osnovnoi Zakon) Soiuzu Sovetskikh Sotsialisticheskikh Respublik [The Constitution of Union of Soviet Socialist Republics]. *Sovetskoe gosudarstvo*. 1936. № 6. 24-39 (in Russian).
2. Konstitutsiia (Osnovnoi Zakon) Soiuzu Sovetskikh Sotsialisticheskikh Respublik [The Constitution of Union of Soviet Socialist Republics]. *Vedomosti Verkhovnogo Soveta SSSR*. 1977. № 41. St. 617 (in Russian).
3. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 30. St. 141 (in Ukrainian).
4. Ob administrativnom proizvodstve [On the Administrative Procedure]: Zakon Azerbaidzhanskoï Respubliki [The Law of Republic of Azerbaijan] ot 21 oktiabria 2005 g. *Sobranie zakonodatelstva Azerbaidzhanskoï Respubliki*. 2005. № 12. St. 1084 (in Russian).
5. Ob administrativnykh protsedurakh [On the Administrative Procedure]: Zakon Respubliki Kazakhstan [the Law of Republic of Kazakhstan] ot 30 dekabria 2015 g. <<http://www.adilet.gov.kz/ru/articles/zakon-respubliki-kazahstan-ob-administrativnyh-procedurah>> accessed 14 September 2018 (in Russian).
6. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy [Code of Administrative Court Procedure of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine]. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2005. № 35-37. St. 446 (in Ukrainian).
7. Pro Kabinet Ministriv Ukrainy [On the Cabinet of Ministers of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 27 liutoho 2014 r. № 794-VII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2014. № 20. St. 222 (in Ukrainian).
8. Pro mistsevi derzhavni administratsii [On the Local State Administrations]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 9 kvitnia 1999 r. № 586-XIV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1999. № 20. St. 190 (in Ukrainian).
9. Pro Radu ministriv Avtonomnoi respubliky Krym [On the Council of Ministers of the Autonomous Republic of Crimea]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 chervnia 2011 r. № 3530-VI. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2012. № 2-3. St. 3 (in Ukrainian).

<sup>52</sup> Мельник (н 40) 110-137.

*Cases*

10. Postanova Kasatsiinoho kryminalnoho sudu u skladi Verkhovnoho Sudu vid 31 travnia 2018 r. u spravi № 127/27182/15-k. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74475834> (accessed: 14.09.2018) (in Ukrainian).
11. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym zvernenniam Kyivskoi miskoi rady profesiinykh spilok shchodo ofitsiinoho tлумachennia chastyny trettoi statti 21 Kodeksu zakoniv pro pratsiu Ukrainy (sprava pro tлумachennia terminu “zakonodavstvo”) [The Judgement by the Constitutional Court of Ukraine on the Case of the Constitutional Appeal of the Kyiv City Council of Trade Unions Regarding the Official Interpretation of the Third Part of Article 21 of the Labor Code of Ukraine (The Case on the Interpretation of the Term “Legislation”)] vid 9 lypnia 1998 r. № 12-rp/98. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*. 1998. № 32. St. 1209 (in Ukrainian).
12. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Verkhovnoho Sudu Ukrainy shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) polozhen statti 69 Kryminalnoho kodeksu Ukrainy (sprava pro pryznachennia sudom bilsh miakoho pokarannia) [The Judgement by the Constitutional Court of Ukraine on the Case of the Constitutional Appeal of the Supreme Court of Ukraine on Constitutionality of the Provisions of Article 69 of the Criminal Code of Ukraine (The Case on Assignment of Reduced Sentence by the Court)] vid 2 lystopada 2004 r. № 5-rp/2004/ *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*. 2004. № 45. St. 2975 (in Ukrainian).

## Bibliography

*Authored books*

13. Maurer H, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (München Verlag C H Beck 2004) (in German).
14. Horbunova L, *Pryntsyp zakonnosti u normotvorchii diialnosti orhaniv vykonavchoi vlady* [The Principle of the Legality in the Regulatory Activity of the Bodies of Executive Power] (Yurinkom Inter 2008) (in Ukrainian).
15. Elistratov A, *Osnovnye nachala administrativnogo prava* [The Basics of the Administrative Law] (Izdanie G A Lemana 1914) (in Russian).
16. Melnyk R, *Zahalne administratyvne pravo v pytanniakh i vidpovidiakh* [General Administrative Law in Questions and Answers] (Yurinkom Inter 2018) (in Ukrainian).
17. Pakhomov I, *Radianske administratyvne pravo. Zahalna chastyna* [The Soviet Administrative Law. General Part] (Nyd-vo Lvivsk un-tu 1962) (in Ukrainian).
18. Serohin S, *Verkhovenstvo prava v Ukraini: problemy rozuminnia ta zastosuvannia* [Rule of Law in Ukraine: the Problems of Understanding and Application] (D Hrani 2014) (in Ukrainian).
19. *Svod osnovnykh gosudarstvennykh zakonov. Svod zakonov Rossiiskoi imperii* [Set of Basic State Laws. Code of Laws of the Russian Empire], vol 1 part 1 (1906) (in Russian).
20. Tymoshuk V, *Administratyvna protsedura ta administratyvni posluhy. Zarubizhnyi dosvid i propozyzii dlia Ukrainy* [Administrative Procedure and Administrative Services. International Experience and the Proposals for Ukraine] (Fakt 2003) (in Ukrainian).

*Edited and translated books*

21. Bahrii T, *Pryntsyp verkhovenstva prava yak zasada rozvytku publichnoho prava suchasnoi Ukrainy (na materialakh okremykh haluzei publichnoho prava)* [The Rule of Law Principle as the Basic of the Development of Public Law in Modern Ukraine (on the Materials of Certain Branches of Public Law)] (Bratysiuk M red, TNEU 2014) (in Ukrainian).
22. Melnychuk O (hol red) ta inshi, *Etymolohichnyi slovnyk ukrainskoi movy* [Etymological Dictionary of the Ukrainian Language], t 2 (Naukova dumka 1985) (in Ukrainian).

23. Ieremenko I, *Sovetskaia Konstitutsiia i zakonnost* [*Soviet Constitution and Legality*] (Rzhevskii V nauch red, Saratov 1982) (in Russian).
24. Kolodii A ta Kopieichykov V ta Lysenkov S ta inshi, *Zahalna teoriia derzhavy i prava* [*General Theory of State and Law*] (Kopeichykov V red, Yurinkom Inter 2000) (in Ukrainian).
25. Melnyk R ta Bevzenko V, *Zahalne administratyvne pravo* [*General Administrative Law*] (Melnyk R red, Vaite 2014) (in Ukrainian).
26. Melnyk R ta Pukhtetska A ta inshi, *Zahalne administratyvne pravo* [*General Administrative Law*] (Hrytsenko I red, Yurinkom Inter 2015) (in Ukrainian).
27. Skakun O, *Teoriia derzhavy i prava* [*The Theory of State and Law*] (per z ros, Konsum 2001) (in Ukrainian).
28. *Teoriia derzhavy i prava* [*The Theory of State and Law*] (Kopieichikov V red, 2002) (in Ukrainian).

*Journal articles*

29. Karadsche-Iskrow, 'Das Verwaltungsrecht in der Sowjetunion (Russland) seit 1917' (1936) 23 Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 145 (in German).
30. Antonov-Saratovskii V, 'O revoliutsionnoi zakonnosti' ['On the Revolutionary Legality'] (1926) 1 Revoliutsionnaia zakonnost 3-9 (in Russian).
31. Arkhipov K, 'Poniatie zakona' ['The Concept of Law'] (1926) 2 Sovetskoe pravo 41-72 (in Russian).
32. Gorbunov A, 'Zakonnost upravleniia i ee neobkhodimye usloviia' ['Legality of Administration and Its Prerequisites'] (1905) 1 Pravo 9-26 (in Russian).
33. Feldman D, 'Na styke traditsii. Materialy k istorii termina zakonnost v sovetskom zakonodatelstve' ['At the Confluence of Traditions. The Materials to the History of the Term "Legality" in the Soviet Law'] (2006) Editsionnaia praktika i problemy tekstologii 120-8 (in Russian).
34. Kryvoruchko I, 'Konstytutsiino-pravovi pryntsyipy administratyvnoi protsedury v Ukraini' ['Constitutional and Legal Principles of the Administrative Tradition in Ukraine'] [2016] 2(29) Derzhavne upravlinnia ta mistseve samovriaduvannia 33-9 (in Ukrainian).
35. O, 'Pryntsyipy zakonnosti i verkhovenstva prava: problemy pravozastosuvannia' ['The Principles of Legality and Rule of Law: the Problems of Administration of Law'] [2015] 6(1) Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnogo universytetu. Seriia "Yurydychni nauky" 150-2 (in Ukrainian).
36. Lazarevskii N, 'Zakonnost i predely ee osushchestvleniia' ['Legality and the Limits of Its Execution'] (1905) 2 Pravo 70-80 (in Russian).
37. Onishchenko N, 'Pryntsyip zakonnosti: pryroda ta sutnist v umovakh demokratychnykh zmin' ['Principle of Legality: Nature and Essence under the Conditions of Democratic Transitions'] (2012) 12 Viche 2-4 (in Ukrainian).
38. Osaulenko O ta Panko O, 'Zmitsnennia zakonnosti u pravozastosovnomu protsesi' ['Strengthening of the Legality in the Law Enforcement Process'] (2004) 12 Pravo Ukrainy 61-8 (in Ukrainian).
39. Pavlovska I, 'Heneza poniat "revoliutsiina zakonnist" ta "sotsialistychna zakonnist"' ['Genesis of Notions "Revolutionary Legality" and "Socialistic Legality"'] [2015] 2(1) Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnogo universytetu. Seriia "Yurydychni nauky" 49-53 (in Ukrainian).
40. Pukhtetska A, 'Onovlennia zmistu ta znachennia pryntsyypiv administratyvnoho prava Ukrainy' ['The Renovation of Content and Meaning of the Principles of the

- Administrative Law of Ukraine’] [2016] 1(15) Administratyvne pravo i protses 23-8 (in Ukrainian).
41. Sibilov D, ‘Pryntsypy zakonnosti ta verkhovenstva prava u vykonavchomu provadzhenni: ideolohichni aspekty yikh realizatsii’ [‘The Principles of Legality and Rule of Law in the Enforcement Proceeding: Ideological Dimensions of Implementation’] (2012) 1 Visnyk akademii pravovykh nauk Ukrainy 118-126 (in Ukrainian).
  42. Zhuravel M, ‘Pryntsyp zakonnosti v protsesi rozvytku derzhavnoho upravlinnia v Ukraini’ [‘The Principle of Legality in the Process of the Development of the State Administration in Ukraine’] (2013) 13 Naukovi pratsi NU OluA 220-7 (in Ukrainian).
  43. Zinchenko V, ‘Zakonnist, prava liudyny ta pravookhoronna diialnist’ [‘Legality, Human Rights and Law Enforcement Activity’] (2011) 3 Chasopys Kyivskoho universytetu prava 55-8 (in Ukrainian).

*Thesis abstracts*

44. Hrytsenko I, ‘Stanovlennia i rozvytok naukovykh pohliadiv na osnovni instytuty vitchyznianoho administratyvnoho prava’ [‘The Establishment and Development of Scientific Views on Major National Institutes of Administrative Law’] (dys d-ra yuryd nauk Kharkiv 2008) (in Ukrainian).
45. Samokhvalov V, ‘Zakonnist i spravedlyvist: teoretyko-pravovi problemy spivvidnoshennia ta vzaiemodii’ [‘Legality and Justice: Theoretical and Legal Problems of Ratio and Interaction’] (avtoref dys kand yuryd nauk Instytut zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy 2008) (in Ukrainian).

*Websites*

46. ‘Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland’ <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>> accessed 14 September 2018 (in German).
47. Dopovid Yevropeiskoi komisii “Za demokraciiu cherez pravo” skhvalena Venetsiiskoiu Komisiieiu na 86-mu plenarnomu zasidanni [Report of the European Commission for Democracy through Law Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session] vid 25-26 bereznia 2011 r <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-ukr)> accessed 14 September 2018 (in Ukrainian).

Roman Melnyk

THE PRINCIPLE OF LEGALITY VS. THE PRINCIPLE OF LAWFULNESS:  
ON THE ISSUE OF UPDATING THE LEGAL FRAMEWORK  
FOR OPERATION OF PUBLIC AUTHORITIES

ABSTRACT. In the national science of law, the issues pertaining to legality as the operation principle of public authorities have been researched rather thoroughly. However, despite numerous scientific efforts, this topic has not been exhausted, since in the recent decades there have been fundamental changes in the understanding of the place and role of an individual and citizen for the State, as well as in the principles of functioning of public authorities, thus necessitating a review of the attitude to the meaning of the legality principle.

The purpose of the article is to prove that currently the principle of legality should be replaced with the principle of legitimacy.

In this article the author studies how the principle of legality was established and understood in scientific literature from the late XIX century till the beginning of the XXI century. Special attention is given to the explanation of the reasons giving rise to such categories as “revolutionary legality”, “socialist legality” and their meaning. The author makes an interim conclusion that legality was understood as the requirements to public authorities, other representatives of the State and individuals to act in accordance with laws and other legal acts. Based on results of the analysis of Ukrainian as well as foreign (in post-Soviet countries) regulations and approaches to the principle of legality entrenched therein, the author emphasizes the need for changing the attitude to its understanding and further use.

The author proves that it is erroneous to conclude that legality is the requirement to comply with (observe) the entire set of laws and regulations. The article notes that legality is the requirement to observe exclusively the requirements of laws. It is also noted that it is impossible to interpret the categories “law” and “legislation” using a broad approach. The author makes a conclusion that legislation should be understood only as a set of laws, codes (as a separate type of law), international treaties ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine, and decrees of the Cabinet of Ministers of Ukraine.

The article demonstrates that in the post-Soviet countries the principle of legality, its meaning and understanding were formed against the background of absence of the rule of law principle, which has significantly changed the meaning and understanding of many legal categories, including the principle of legality. Accordingly, the author suggests that the category “principle of legality” be withdrawn from legal circulation as outdated and replaced with the category “principle of lawfulness” which should be understood as the obligation of public authorities to comply with requirements of all legal provisions (formalized and non-formalized) regulating their operation; the author also proposes to introduce into legal circulation and into the system of administrative law principles an additional (updated) principle – the principle of hierarchical superiority of law; and make changes to the text of Part 2, Article 19 of the Constitution of Ukraine by entrenching the provision that public authorities and local self-government bodies and their officials should act on the basis, within the powers and in the manner provided for by law and statutes.

KEYWORDS: legality; law; legislation; lawfulness; the rule of law.



## Данило Гетманцев

доктор юридичних наук, професор,  
професор кафедри фінансового права  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка,  
президент Асоціації податкових радників  
(м. Київ, Україна)  
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-7942-4620>  
[getmantsev.d@jurimex.ua](mailto:getmantsev.d@jurimex.ua)

УДК 347.73

### ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК ПУБЛІЧНИХ ФІНАНСІВ І ДЕМОКРАТИЧНОГО УСТРОЮ СУСПІЛЬСТВА НА ПРИКЛАДІ ПРАВА НА ІНФОРМАЦІЮ ТА ПРАВА НА КОЛЕКТИВНИЙ ПОЗОВ

АНОТАЦІЯ. У статті розглядається важливе питання співвідношення форми політичного устрою суспільства та публічних фінансів. Автор аналізує демократію, яка, прикриваючись суспільним інтересом, все більше і більше втручається у приватне життя особи, тим самим обмежуючи її свободу, яку демократія перш за все покликана забезпечувати. Тобто демократія під егідою благих намірів поступово перетворюється у свого антипода.

Мета статті полягає у з'ясуванні взаємозв'язку демократичної форми устрою суспільства та публічних фінансів у контексті отриманих результатів, аналіз права платників податків на інформацію та вироблення пропозицій щодо вдосконалення законодавства в сфері права платників податків на інформацію, обґрунтування і дослідження права платників податків на колективний (груповий) позов.

Автором пропонується право людини, закріплене в ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, розуміти не тільки і не стільки в забезпеченні нерозголошення інформації про особу, що саме по собі, безперечно, заподіює їй шкоду, скільки в тому, щоб забезпечити свободу особи жити вільно без натяку на можливість того, що інформація про неї стане відома третім особам (включаючи державу). Висвітлено думки Європейського суду з прав людини та Європейського суду справедливості, розглянуто законодавство Європейського Союзу щодо цього питання та в їх контексті проаналізовано позиції вітчизняних судів щодо інформації про платників податків, які містяться у базах даних контролюючих органів. Автор порушує питання “золотої середини” між суспільним і приватним інтересом платника податків у сфері публічних фінансів. Так, загальновідомий принцип “*No taxation without consent*”, пройшовши кризу століття, набув нового змісту, і пріоритет змістився не на користь приватного інтересу (не розширилося коло суб'єктів, згода яких необхідна для оподаткування, а навпаки – зменшилося). Тобто згода платників податків на оподаткування презюмується і навіть якщо останній “запе-

© Данило Гетманцев, 2018



речує”, то обов’язок зі сплати податку, який введений у встановленому законом порядку, все одно виникає.

У статті наголошується, що такий стан речей не означає “грабунку” з боку держави, адже у неї є обов’язок витратити бюджетні кошти за цільовим призначенням/ефективно/справедливо. Ефективне використання державою бюджетних коштів становить охоронюваний законом інтерес кожного платника податків, який можна відстоювати у суді шляхом подання як індивідуального, так і групового позову. Розглядається можливість подання групового позову в контексті чинного українського законодавства та, на підставі аналізу міжнародного досвіду, пропонуються шляхи вдосконалення законодавства у вказаному напрямі.

Ключові слова: публічні фінанси; демократія; форма політичного устрою; право на інформацію; суспільний інтерес; приватний інтерес; охоронюваний законом інтерес; груповий позов; ефективне використання бюджетних коштів.

Демократія як форма політичного устрою, що забезпечує та гарантує особистості найбільший рівень свободи, в процесі мобілізації публічних фондів коштів, необхідних для її діяльності, використовує різноманітні методи і навіть такі, що за своєю суттю їй суперечать та притаманні патерналістським державам. Прикриваючись суспільним інтересом, сучасна демократична держава все більше втручається у приватне життя особи, тим самим обмежуючи свободу останньої. Питання пошуку балансу між суспільним і приватним інтересом набуло особливої актуальності, про що свідчить розвиток не тільки наукової думки, а й судової практики.

Комплексно вказана тематика досліджувалася мало, проте окремі питання були висвітлені у працях Й. Шумпетера, Р. Дворкіна, А. Магун, Г. Гаджієва, В. Соловійова, Н. Кузнєцової та ін.

Мета дослідження полягає у з’ясуванні взаємозв’язку демократичної форми устрою суспільства та публічних фінансів у контексті отриманих результатів, аналіз права платників податків на інформацію та вироблення пропозицій щодо вдосконалення законодавства в сфері права платників податків на інформацію, обґрунтування і дослідження права платників податків на колективний (груповий) позов.

Колись великий філософ сказав, що свобода таїть у собі насіння рабства. Здавалося б, парадоксальний на перший погляд вислів розкривається, якщо помислити над ним глибше. Свобода людини, що живе в суспільстві, потребує захисту. Логічним видається, що чим вище рівень захисту свободи, тим вище сама свобода, тобто напрошується несподіваний висновок про те, що максимальна свобода можлива в деспотії, яка обмежує можливості посягань на ваші права, а також обмежує вашу свободу в посяганні на права інших. Події ХХ ст., як і новітня історія розвитку демократії свідчать про те, що навіть ця форма правління

Данило Гетманцев

далека від досконалості й схильна перероджуватися у свою протилежність. Сферою, де новоявлена сутність сучасних західних демократій найбільш очевидна, є публічні фінанси. Той, хто розпоряджається бюджетом, розпоряджається і державою<sup>1</sup>. Влучно висловився про фінанси і геніальний Й. Шумпетер: ‘Дух народу, його культурний рівень і соціальна структура, вчинки, на які він здатний, – все це безслівно зафіксовано в його фіскальній історії’<sup>2</sup>. Той, хто здатний зрозуміти мову історії фінансів, казав великий політекономіст, той чує гуркіт грому світової історії ясніше, ніж деінде. Про це казав і засновник фінансової соціології Р. Гольдшайд: ‘Тільки на підставі ретельного аналізу функціональних взаємозв’язків та взаємозалежностей між державними фінансами та розвитком суспільства можна зрозуміти особливості характеру держави в кожен історичну епоху’<sup>3</sup>. Наші відносини з державою протягом всієї історії розвивалися у межах патерналістського формату. Однак відомі й інші формати взаємодії “державна – суспільство”. На прикладі грецьких полісів ми бачимо, як демократії перероджувалися у деспотії в гіршому сенсі цього слова, про який говорив Аристотель. Відхід від початкових принципів свободи ми спостерігаємо і в західних демократіях, де держави, з одного боку, втрачають колишню монополію на зовнішньополітичній арені, а з другого – посилюють свій вплив на громадян, саме через фінанси перетворюючись у Великого Брата. Держава визначає напрями використання зібраних із громадян коштів, виходячи зі зрозумілих для них (правлячої партії) цілей, з якими громадяни не згодні. Очевидно, що коло замкнулося: інструменти, створені людиною для забезпечення і захисту своєї свободи, перетворилися у свій антипод, ставши основною загрозою для свободи.

Ще кілька десятиліть тому західні демократії свято шанували приватність особи, захищаючи її від будь-яких посягань з боку третіх осіб. Однак сьогодні фінансові справи будь-якого громадянина більше не становлять таємницю за сімома печатками. Громадянин зобов’язаний розкривати дані про свої доходи та капітал, може користуватися своїми грошима тільки в разі, якщо він доведе законність джерел походження своїх коштів, а в окремих випадках банк не прийме до виконання платіжний документ, якщо побачить в операції ознаки агресивного податкового планування. Тобто загальний підхід полягає у забороні дій, які прямо не порушують закон, проте спрямовані на зменшення податкового тягаря з використанням *aggressive tax planning strategies*. Бізнес зобов’язаний роз-

www.pravoua.com.ua

<sup>1</sup> Про це писав ще М. Вебер у своїй праці “Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland”.

<sup>2</sup> R Swedberg (ed), *The Economics and Sociology of Capitalism* (Princeton: Princeton University Press 1991) 101.

<sup>3</sup> Rudolf Goldscheid and Robert Lazarsfeld, ‘Staatssozialismus oder Staatskapitalismus? Ein finanzsoziologischer Beitrag zur Lösung des Staatsschulden-Problems’ [1917/1918] 11(2) Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie 255-9.

кривати сутність своїх операцій у межах трансфертного ціноутворення, а податкові консультанти – суть своїх консультацій, запропонованих клієнтам. Так, Директива Європейського Союзу (далі – ЄС), ухвалена 25 травня 2018 р., зобов'язує так званих податкових посередників (консультантів) звітувати про сутність наданих ними консультацій клієнтам за міжнародними операціями протягом 30 днів з моменту їх надання<sup>4</sup>.

Через фінансовий контроль держава фактично отримала повний необмежений доступ до інформації про життєдіяльність людини. Адже що ще може краще характеризувати нас, ніж наші доходи, витрати і фінансові операції? По суті кожен із нас може бути представлений у вигляді балансу кредитно-дебетових операцій. Наші фінанси є відображенням нашого життя, характеризуючи його більш глибоко та багатогранно.

І навіть якщо виключити можливість витоку фінансової інформації про людину третім особам, які не авторизовані на роботу з такою інформацією, – чи не занадто повний звіт про нашу життєдіяльність отримує держава? Великий Брат без перебільшення знає про своїх громадян все. А що це означає? Адже правильне (для цілей оподаткування та протидії фінансуванню тероризму) використання приватної інформації про особу йде на користь більш повного оподаткування, зменшує ухилення, що в підсумку призводить до рівної жертви на користь держави, а отже (за умови встановлення правильного податкового регулювання), до справедливості оподаткування.

Проте усвідомлення того, що про тебе хтось знає все вже саме по собі тяжіє над тобою, роблячи залежним, невольним від держави. Це пригнічує твою особистість. Ти здійснюєш самоцензуру, не вчиняючи того, що могло б зробити тебе щасливим, однак це не лише не вкладається в межі закону, який, до речі, не завжди може бути і правовим, а й не відповідає певним моральним стандартам, загальноприйнятими у твоєму оточенні. При цьому тобі ніхто не робить зауважень, не примушує діяти у певний спосіб, однак саме усвідомлення того, що про твій вчинок дізнаються та, можливо, засудять, стримує тебе, нівелюючи твою особистість.

Водночас передбачуваність у суспільстві стримує його розвиток, встановлюючи певні межі, що диктуються суспільною думкою, мораллю, уявленнями про добро та зло, в конкретний історичний момент у конкретному суспільстві. Тому дуже важливий, зокрема і для розвитку загалом, такий рівень приватності, який (у межах закону) дає змогу згенерувати ідеї, що сприймаються до часу суспільством як ересь, але в

<sup>4</sup> Council Directive (EU) 2018/822 of 25 May 2018 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0822&from=EN>> accessed 28 November 2018.

Данило Гетманцев

подальшому, пройшовши через ідеологічний фільтр критики, скорегують розвиток суспільства.

Ми вважаємо, що аксіологічне значення права людини, закріпленого в ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основних свобод (далі – Конвенція)<sup>5</sup>, полягає не тільки і не стільки в забезпеченні нерозголошення інформації про особу, що саме по собі, безперечно, заподіює їй шкоду, скільки в тому, щоб забезпечити свободу особи жити вільно без натяку на можливість того, що інформація про неї стане відома третім особам (включаючи державу). Усвідомлення недоступності твого приватного життя – одна з невід’ємних характеристик вільної особистості, гарантій її вільного розвитку.

Крім того, прозорість є запорукою чесності, справедливості і рівності будь-якої дії і громадського процесу. Будь-який процес, виведений у публічну площину, дає можливість відстежити дії сторін і їхні наслідки, а також спрогнозувати поведінку сторін у майбутньому, що є основою для довіри суспільства до влади.

Беручи це до уваги, правильний баланс між публічним і суспільним інтересом у питанні доступу до інформації в фінансових відносинах є питанням не про дотримання/недотримання прав людини, а про існування самої демократії в сучасному її розумінні як суспільного блага. Обидва інтереси повинні перебувати в рівновазі, і пошук цієї рівноваги – постійний процес. Ми не можемо говорити про якусь золоту середину, яку людству слід знайти, щоб раз і назавжди врівноважити шальки терезів. Процес із пошуку правильного балансу нескінчений, як нескінченна і непізнана сама ідея справедливості. Правильно знайдений баланс підлягає постійній ревізії і зміні відповідно до відносин у суспільстві. По суті це і є процес правотворчості. Це засіб виявлення права через спір і згоду<sup>6</sup>, про який говорить Г. Гаджієв. Тобто йдеться не тільки і не стільки про законотворчість, скільки про виявлення у правових принципах і судовій практиці вже існуючої правової реальності в процесі конфлікту, яка вирішує конфлікт згоди і наступний за нею новий конфлікт. Говорячи словами В. Соловйова, ‘право – історично рухоме визначення примусової рівноваги двох моральних інтересів – особистої свободи і загального блага’<sup>7</sup>.

Ця проблема є однією з центральних проблем правозастосовної практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд), рішення якого в Україні є джерелом права.

www.pravoua.com.ua

<sup>5</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (дата звернення: 28.11.2018).

<sup>6</sup> Г Гаджієв, *Онтологія права (критическое исследование юридического концепта действительности)* (НОРМА 2013) 189.

<sup>7</sup> В Соловьев, ‘Замечания на статью проф. Т. Ф. Шершеневича’ (1897) 38 Вопросы философии и психологии 483.

Так, у хрестоматійній справі *Funke etc. v. France* (10828/84)<sup>8</sup> ЄСПЛ визнав, що протидіючи ухиленню від оподаткування, 'держави мають право вдатися до деяких заходів, наприклад, огляду житла та виїмки, для встановлення речових доказів скоєного правопорушення <...> і переслідування винних в судовому порядку'<sup>9</sup>. Однак 'при цьому необхідно, щоб в законодавстві і практиці були достатні гарантії для захисту від зловживань'<sup>10</sup>. Зокрема, ЄСПЛ як такий розглядає "відповідний судовий мандат". Цікаві його висновки у справі *Othymia Investments BV v. Netherlands* (75292/10)<sup>11</sup>, де він встановив відсутність порушення ст. 8 Конвенції з боку держави, яка надала кореспонденцію платника податків Іспанії у справі, що не стосується ухилення від оподаткування заявника, проте не повідомила платника податків про таку передачу і не попередила його заздалегідь. У цьому випадку ЄСПЛ визнав втручання в право, передбачене ст. 8 Конвенції, таким, що відповідає закону, адже здійснене в інтересах економічного добробуту і є необхідним у демократичному суспільстві. Варто звернути увагу те, що, хоча дії проводилися в інтересах не Нідерландів, а Іспанії, Суд розцінив інтереси останньої достатньою підставою для втручання в право з огляду на те, що економіки країн – учасниць ЄС становлять єдине ціле.

Показово, що Велика палата Європейського суду справедливості в справі від 22 жовтня 2013 р. *Сабу (Jiří Sabou v. Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu, справа C-276/12)*<sup>12</sup>, зазначила:

38. Суд раніше визнав, що дотримання прав на захист є загальним принципом права Європейського Союзу, який застосовується у тих випадках, коли влада готова розглянути заходи, які негативно вплинуть на фізичну особу (див. [Справа 349/07 *Sopropé* [2008] ECR I – 10369], пункт 36)<sup>13</sup>. Відповідно до цього принципу, адресати рішень, які суттєво впливають на їхні інтереси повинні бути у вигідній позиції аби ефективно висловити свою точку зору стосовно інформації, на якій органи влади мають намір засновувати своє рішення (див. зокрема *C32/95P Commission v. Lisrestal and Others* [1996] ECR I – 5373, пункт 21, and *Soprop é*, пункт 37). Органи влади держав-членів підпорядковуються цьому зобов'язанню, прий-

<sup>8</sup> Case of *Funke v. France* (Application no. 10828/84) The European Court of Human Rights. 1993 <<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57809>> accessed 28 November 2018.

<sup>9</sup> Там само.

<sup>10</sup> Там само.

<sup>11</sup> Case of *Othymia Investments B.V v the Netherlands* (Application no. 75292/10) The European Court of Human Rights. 2015 <<https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Court-Justice-Case-Law-EU-Charter-Taxation.pdf>> accessed 28 November 2018.

<sup>12</sup> *Jiří Sabou v Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu*. Judgment of the Court (Grand Chamber). 2013 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-276/12&language=EN>> accessed 28 November 2018.

<sup>13</sup> *Commission of the European Communities v Lisrestal*. Judgment of the Court (Grand Chamber). 1996 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0032>> accessed 28 November 2018.

Данило Гетманцев

маючи рішення, які підпадають під дію законодавства Європейського Союзу, навіть якщо застосоване законодавство Європейського Союзу прямо не передбачає таку процесуальну вимогу (див. *Sopropé*, пункт 38, and *Справа С383/13 PPUG i R* [2013] ECR, пункт 35)<sup>14</sup>.

Однак Суд розрізняє етап розслідування правопорушення, на якому інформація може збиратися таємно як від правопорушника, так і від інших осіб, та стадію спору платника податків з державою, де він повинен мати широкі можливості для ознайомлення та захисту. Згідно з Директивою Ради 77/799/ЄЕС<sup>15</sup> якщо запит є частиною розслідування, не вимагається, щоб запитуюча держава інформувала про нього платника податків. Отже, за законодавством ЄС, зокрема Директивою 77/799/ЄЕС основне право особи бути заслуханим, не має тлумачитись як таке, що надає платнику податків держави-члена право на отримання інформації про запит щодо надання допомоги від цієї держави-члена на адресу іншої держави-члена, зокрема для перевірки інформації, наданої цим платником податку в його податковій декларації про доходи або право брати участь у формуванні запиту на адресу запитуваної держави-члена або на право брати участь у перевірках свідків, організованих запитуваною державою-членом. Тобто Європейський суд справедливості, як і ЄСПЛ допускає таємний збір та обмін інформацією як усередині держав, так і між державами в податкових розслідуваннях.

Ще одне питання, яке привертає увагу – це правомірність опублікування інформації про податкову поведінку платника податків. Висновки з цього питання ми бачимо у гучній справі зі складною назвою *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland* (931/13)<sup>16</sup>, рішення у якій внаслідок тривалих судових розглядів було винесено Великою палатою ЄСПЛ 27 червня 2017 р. Зазначимо, що законодавство Фінляндії передбачає широкі можливості публічного доступу до інформації про сплату податків й ухилення від неї.

Суд, розглянувши справу, дійшов висновку про те, що:

<...> громадськість має право на отримання інформації і це є невід'ємним правом в демократичному суспільстві, яке в певних обставинах може поширюватися на життя громадських діячів. Однак статті, спрямовані виключно на задоволення цікавості конкретної аудиторії щодо деталей приватного життя людини, незважаючи на те, чи є ця людина відомою

www.pravoua.com.ua

<sup>14</sup> Jiří Sabou v Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu (n 12).

<sup>15</sup> Council Directive 77/799/EEC of 19 December 1977 concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation and taxation of insurance premiums <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l33029&from=EN>> accessed 28 November 2018.

<sup>16</sup> Case of Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (Application no. 931/13) The European Court of Human Rights. 2017 <<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-175121>> accessed 28 November 2018.

чи ні, не можуть вважатися такими, що здатні задовольнити суспільний інтерес<sup>17</sup>.

Далі ЄСПЛ погоджується з тим, що:

<...> посилення фінської законодавчої політики щодо загальнодоступності даних оподаткування було необхідно для того, щоб громадськість могла спостерігати за діяльністю державних органів <...>. Загальнодоступність даних оподаткування за умови виконання всіх правил і процедур, а також загальна прозорість фінської системи оподаткування не означає, що оспорюване розкриття таких даних допомагає задовольнити суспільний інтерес<sup>18</sup>.

Беручи за основу критерій мети поширення інформації, Суд проводить чітке розмежування між задоволенням громадського інтересу, що, на його думку, є легітимною метою, а дія направлена на її досягнення – правомірною, і дії, спрямовані на задоволення бажання громадськості дізнатися що-небудь про приватне життя інших, 'які, зі свого боку, є формою сенсуалізму або навіть вуайеризму'<sup>19</sup>, що складно назвати легітимною метою.

Таким чином, очевидно, що баланс між правом на приватність і суспільним інтересом зміщується на користь останнього. Право на приватне життя (як комерційна і банківська таємниці) давно вже не є непорушною перепоною для державного ока, інформація вільно (з мінімальними обмеженнями) отримується податковими органами й обмінюється між країнами без будь-яких обмежень. Крім того, західна цивілізація, намагаючись дотриматися пристойності, посилює законодавче регулювання захисту персональних даних у всіх сферах суспільних відносин. Цьому присвячено низку правових норм найвищого рівня, починаючи з Договору про функціонування ЄС (ст. 16)<sup>20</sup> і Договору про ЄС (ст. 39)<sup>21</sup>. Згідно зі ст. 8 Хартії основних прав ЄС 2000 р.<sup>22</sup> кожен має право на захист належних йому персональних даних, а обробка даних повинна проводитися без маніпуляцій, в чітко визначених цілях, за згодою зацікавле-

<sup>17</sup> Case of Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (Application no. 931/13) The European Court of Human Rights. 2017 <<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-175121>> accessed 28 November 2018.

<sup>18</sup> Там само.

<sup>19</sup> Там само.

<sup>20</sup> Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – Protocols – Annexes – Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007. Tables of equivalences <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>> accessed 28 November 2018.

<sup>21</sup> Там само.

<sup>22</sup> Хартія основних прав Європейського Союзу. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994\\_524](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_524) (дата обращения: 28.11.2018).

Данило Гетманцев

ної особи або при наявності інших правомірних підстав, передбачених законом.

Загальний регламент щодо захисту персональних даних 2016/679 від 27 квітня 2016 р. (GDPR)<sup>23</sup> набув чинності в ЄС у травні поточного року. Регламент встановлює правила захисту фізичних осіб щодо обробки їхніх персональних даних, а також правила вільного переміщення персональних даних. Важливою гарантією є те, що ст. 5 Регламенту забороняє використовувати зібрані дані для інших цілей, ніж мета такого збору, однак, передбачаючи винятки для досягнення цілей суспільного інтересу, який не деталізується, що, на нашу думку, є недоліком норми. Як і те, що гарантія фактично не поширюється на дані, передані іншій країні у межах міжнародного обміну інформацією. При цьому для досягнення цих же суспільних цілей персональні дані можуть зберігатися довше, ніж це необхідно для цілей їх збору.

Суб'єкт персональних даних має право на доступ до даних і їх виправлення (ст. 15), право знати про збір його персональних даних у третьої сторони (статті 13, 14). Однак ці права держави – члени ЄС можуть звужувати для цілей оподаткування. Також вже зараз юристи констатують можливість порушення прав осіб на захист персональних даних у питаннях, що стосуються іноземних рахунків при обміні інформацією з США (Закон США про податкову відповідність іноземних рахунків)<sup>24</sup>. На захист прав платника податків став і Суд ЄС у рішеннях у справі *Bara* (Румунія, С-201/14 від 1 жовтня 2015 р.)<sup>25</sup>, встановивши порушення його права на повідомлення про передачу персональних даних.

Спостереження, описаних вище протиборчих трендів, свідчить про те, що відбувається процес правотворчості, виявлення права, пошуку саме тієї золотої середини, того розумного балансу між інтересами приватності і прозорості, який відповідав би сучасному розумінню ідеї справедливості.

У нас досі абсолютно серйозно обговорюється доступ платника податків до інформації про нього в базах фіскальної служби. Сьогодні, всупереч Закону України “Про доступ до публічної інформації”, судова практика, сформована ще Верховним Судом України, йде по шляху відмови платнику податків у задоволенні цього права. Інформація про платника податків, що міститься у базах даних фіскальної служби, очевидно під-

www.pravoua.com.ua

<sup>23</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European parliament and of the council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>> accessed 28 November 2018.

<sup>24</sup> Foreign Account Tax Compliance Act <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/pdf/PLAW-111publ147.pdf#page=27>> accessed 28 November 2018.

<sup>25</sup> Smaranda Bara and Others v Casa Națională de Asigurări de Sănătate and Others. Judgment of the Court. 2015 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-201/14>> accessed 28 November 2018.



падає під визначення публічної інформації, що міститься в законі (ст. 1), а отже, платник податків має (відповідно до ст. 10 того ж Закону)<sup>26</sup> право як на ознайомлення з такою інформацією, так і на зміну, видалення інформації, що не відповідає дійсності. Реалізація цього права платника податків має принципове для нього значення з огляду на те, що вона використовується фіскалами в їхній роботі при складанні актів перевірок, а також при прийнятті податкового повідомлення-рішення. До слова, згідно зі ст. 8 Хартії основних прав ЄС<sup>27</sup>, яка, звичайно, не діє у нас, кожна людина має право на отримання доступу до зібраних щодо неї даних і право на усунення в них помилок. Однак суди відмовляють платникові податків у захисті його права на підставі того, що інформація про платника податків є інформацією з обмеженим доступом, і сама по собі її наявність не порушує права платника податків (порушують тільки акти, прийняті на підставі такої інформації, які можна оскаржити окремо). Водночас такий підхід суперечить не тільки Регламенту *GDPR* 2016/679/EU, який зі зрозумілих причин не є джерелом права в Україні, а й практиці ЄСПЛ, який відразу в декількох своїх рішеннях демонструє протилежний підхід, захищаючи право на інформацію, що, однак, не схиляє новий склад Верховного Суду до перегляду судової практики, яка має істотні вади.

Очевидно, чим вищий захист фінансової інформації людини від третіх осіб, зокрема й держави, тим вона вільніше почуватиться в суспільстві. Проте сьогодні баланс у цих відносинах перерозподіляється на користь держави.

Доступ до інформації про особу – це лише один бік взаємовідносин “влада – суспільство”. Взаємообумовленість фінансів та демократії є набагато глибшою і має визначальне значення. Парадоксально, але держави, що не мають природних ресурсів, більш успішні в розвитку економіки і суспільних інститутів, ніж держави, розташовані на багатих ресурсами територіях. Нам здається, очевидним є те, що так звана рентна держава не залежить від податкових надходжень своїх громадян, а тому може визначати свою політику незалежно від них. Їй не треба йти на поступки для отримання додаткових надходжень на розвиток країни, не треба домовлятися з суспільством, шукаючи компроміс. Компроміс передбачає обмеження влади держави над суспільством, а отже – вільний розвиток останнього. При цьому, на відміну від рентної або боргової держави, держава податкова або фіскальна прямо зацікавлена в розвитку суспільства, адже це прямо веде до збільшення податкових надходжень. Держава не тільки не заважає розвитку економіки, а й лобіює інтереси національного

<sup>26</sup> Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13 січня 2011 р. № 2939-VI. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2939-17> (дата звернення: 28.11.2018).

<sup>27</sup> Хартія основних прав Європейського Союзу (н 22).

Данило Гетманцев

бізнесу. Крім того, суспільство згодом розуміє, що держава, як і право – це механізм, що належить суспільству, спрямований на спрощення та правильну організацію суспільних відносин. Тому суспільство зацікавлене в чесній і повній сплаті податків усіма платниками податків, що, відповідно, конвертується в переваги національного бізнесу, який підтримує сильну державу як всередині країни, так і на міжнародній арені. Таким чином, такий формат взаємин “держава – суспільство” відходить від традиційного для нас патерналізму.

На жаль, така ідилія не вічна і, як показує новітня історія західних демократій, тяжіє до розширення повноважень держави, перетворюючи її в монстра, який контролює та управляє суспільством, дотримуючись патерналістської моделі, що ховається за зовнішнім фасадом демократії. У такому суспільстві відбувається відчуження платника податків від участі в державних справах – передусім у фінансових. Основоположний принцип оподаткування “*No taxation without consent*” насправді не діє. Швидко стає зрозуміло, що його реалізація через механізм виборів – ілюзія, адже фінансові відносини сьогодні – це занадто складний процес для розуміння пересічного виборця й обранець (навіть якщо припустити, що він сам розбирається у публічних фінансах, що не завжди так) є вільним у процесі роботи над фінансовими законопроектами чинити на власний розсуд. Крім того, центр прийняття рішень у частині публічних фінансів міститься не в парламенті і навіть не в уряді, а на рівні окремих департаментів Міністерства фінансів, яке у вузькому колі обраних чиновників фактично й визначає фінансову стратегію і тактику в країні.

Безперечно, кожний суверен, який володіє владою встановлювати податок, протягом всієї історії вкладав у принцип “*No taxation without consent*” свій зміст, продиктований невгамовною “жагою оподатковувати”, обмеженою тільки конкретним співвідношенням сил у суспільстві на момент прийняття рішення про встановлення податку. Вплив податкових класів суспільства на політичні процеси, а також їх успіх у боротьбі за важелі управління завжди був основним, якщо не єдиним, фактором, що стримував уряд від податкового свавілля, яке проявлялося у вільному тлумаченні самого процесу узгодження встановлення податку з суспільством, яке несе його тягар.

Отже, зміст принципу визначається балансом сил у суспільстві в той чи інший історичний момент. Як і в ті темні часи, коли принцип “*No taxation without consent*” не був реалізований у жодному джерелі права, мали місце відхилення від свавілля справляння податків з боку правителів, так і сьогодні, коли принцип закріплений в усіх конституціях демократичних країн, його реалізація не завжди відповідає його змісту.

www.pravoua.com.ua

Згадаймо *Edict of Paris*, що з'явився у 614 р., шістьма століттями раніше Великої хартії вольностей, який проголошував: 'Повсюдно, де новий податок буде введений, що спричинить за собою опір людей, такий випадок повинен бути розслідуваний, а податок скасовано'<sup>28</sup>.

Порядок встановлення та адміністрування податку свідчить про рівень демократичності будь-якої держави, так само як і рівень свободи особистості у суспільстві. Він є тим барометром, який найбільш точно визначає місце статусу особистості у шкалі від абсолютної несвободи до абсолютної свободи у конкретному суспільстві в конкретний історичний момент.

Вражає те, що сьогодні ми можемо впевнено стверджувати про відсутність механізму, що дає змогу отримати згоду платника податків на оподаткування у значенні *Magna Carta*, як згоди кожного платника податків на оподаткування. Про це може свідчити хоча б виправдання Королівським судом у 1217 р. єпископа Вінчестера, звинуваченого в несплаті податку на підставі того, що він був відсутній на *Great Council of Barons* у момент, коли приймалося рішення про згоду на введення податку, а відносини представництва у цих питаннях неприйнятні<sup>29</sup>. Звісно, зазначене вище можна заперечити, звернувши увагу на особливий статус обвинуваченого, який навряд чи може бути порівняний зі статусом фактично належних єпископу селян, і саме у зв'язку з цим "згода на оподаткування" простолюдина у ХХІ ст. не може бути зіставлена з його правом брати участь у питаннях оподаткування в ХІІІ ст., хоча б через механізм виборів. Адже очевидність збільшення обсягу прав кріпаків в історичній динаміці незаперечна. Однак обсяг прав єпископів і баронів із тих часів також не стояв на місці, стрімко скорочуючись, так, ніби перебуваючи у сполучених посудинах із правами підвладних їм осіб. Таким чином, проблема забезпечення згоди платника податків на оподаткування через століття була вирішена не на користь наділення більшої частини суспільства правами обраної еліти, а на користь скасування статусу еліти, на тлі зміцнення державного апарату, який сьогодні по суті своїй є єдиним повноправним сувереном сучасного світу.

Для нас є беззаперечним, що платник податків, або улюблена ілюзія демократів – "народ як джерело влади", визначає або хоча б дає згоду на введення, зміну або скасування податків! Навіть якщо залишити поза межами дискусії ілюзорність існування цього юридичного фантому – народу як суб'єкта суспільних відносин, очевидно, що питання оподаткування вирішуються поза волею або навіть свідомістю більшості ви-

<sup>28</sup> A Murray, 'Immunity, Nobility, and the Edict of Paris' [1994] (69)1 *Speculum* 18-39.

<sup>29</sup> Charles Adams, *Fight. Flight. Fraud. The Story of Taxation* (Euro-Dutch Publishers. Curacao 1982) 121.

Данило Гетманцев

борців, не тільки будучи матерією, складною для розуміння людини без спеціальної освіти або просто без достатньої громадянської компетенції (у тому значенні, про яке говорив Р. Даль), а сферою, в управлінні якою участь громадян (навіть номінальна) прямо обмежується (наприклад, загальноприйнята у конституціях демократичних країн заборона на вирішення питань оподаткування на референдумах).

Б. Леоні, характеризуючи “представництво народу” як головний міф свого часу, говорив:

Чим більшою є кількість людей, яких намагається “представляти” законодавець у законодавчому процесі, і чим більшою є кількість питань, за якими він намагається їх представляти, – тим менше слово “представництво” зберігає зв’язок із волею реальних людей, а не з волею людей, які називаються їх “представниками”<sup>30</sup>.

У Швейцарії реалізується теорія суспільного вибору, і саме суспільство шляхом голосування визначає для себе оптимальну комбінацію чинників податкової конкуренції та податкової гармонізації, тобто допустимі межі між економічною реальністю і політичними рішеннями, що приймаються<sup>31</sup>. А чому інші світові демократії не використовують настільки демократичний інструмент у вирішенні питань оподаткування?

А. Пшеворський писав про те, що демократія емпірично визначається капіталізмом<sup>32</sup>. Це не означає, що капіталізм є єдиним соціальним форматом, прийнятним для демократії, а означає те, що для капіталізму зручна демократія як форма правління, яка передбачає, за словами А. Магун, ‘наявність вільних і небагатих трудових мас, тобто демосу’. При цьому ‘від демократії потрібно тільки одне: щоб вона не поширювалася на відносини всередині підприємства і щоб демократична держава не мала права лізти в економіку’<sup>33</sup> і, відповідно, жодним чином не впливала на перерозподільні процеси в суспільстві. Досягти цього досить просто, позбавивши демос не тільки права вирішувати питання оподаткування на референдумі, а й максимально перекрутивши вкрай схильну до цього представницьку демократію.

Подібного ефекту, можливо, простіше досягти при інших формах правління, однак лише демократія здатна переконати сам демос у тому, що він є повністю або хоча б частково джерелом влади. Ця ілюзія є не-

www.pravoua.com.ua

<sup>30</sup> Л. Бруно, *Свобода и закон* (ИРИСЭН 2008) 36.

<sup>31</sup> B. Frey and R. Eichenberger, ‘To Harmonize or to Compete? That’s not the Question’ (1996) 60 *Journal of Public Economics* 339.

<sup>32</sup> A. Przeworski, *Democracy and Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America* (Cambridge University Press 1992) 147.

<sup>33</sup> А. Магун, *Демократия или Демон и гегемон* (Издательство Европейского университета в Санкт-Петербурге 2016) 109.

обхідною задля того, аби вільний, але небагатий громадянин не насильно примушувався до праці, а самостійно, з власної волі, натхненний власною ініціативою, залучався до конкурентної боротьби з іншими такими ж працівниками, розштовхуючи ліктями своїх конкурентів на тісному прилавку біржі праці. Гедонізм та індивідуалізм демократії, формальний захист прав людини без необхідності самовдосконалення разом створюють ідеальне середовище для виховання суспільства з філософією споживання, що також є вкрай необхідним як для розвитку капіталізму, так і для придушення (у цьому купівлі) протесту.

І зараз говорити про сучасну демократію як інструмент капіталізму можна тільки розуміючи капіталізм не як соціальний лад, де капіталісти володіють засобами виробництва, експлуатуючи інші класи з метою отримання прибутку, а в значенні, якого надавав йому Е. де Ясаї, який сприймав сучасну державу не як інструмент перерозподілу в суспільстві, а як його суб'єкта, що породжує “державний капіталізм”:

Замість того, щоб пограбувати Петра і заплатити Павлу, платять обом і обох же грабують з дедалі більшої кількості приводів <...>, держава завершує метаморфозу зі спокусника – реформатора середини ХІХ століття у рутинного перерозподільника кінця ХХ ст., заручника ефектів, що накопичуються від його ненавмисного прагнення до згоди. Якщо її цілі такі, що можуть бути досягнуті шляхом скерування на них ресурсів підданих, то раціональною стратегією держави буде максимізація дискреційної влади над цими ресурсами <...>, вона буде прагнути до звільнення від обмежень, що накладаються електоральною конкуренцією і необхідністю забезпечити злагоду в суспільстві<sup>34</sup>.

Це тягне за собою розширення дискреційних повноважень і, як наслідок, схильність до тоталітаризму. Держава по суті перетворюється у Великого Брата, який незалежно існує у суспільних відносинах і керує ними.

Звертаючись до прикладу Швейцарії, ми в жодному разі не ідеалізуємо референдум як найбільш справедливий механізм управління вільним суспільством, проте ми розуміємо, що демократичні вибори є інструментом, що викривляє зміст згоди на оподаткування ще більше. Можливо, сьогодні інструменти, що перетворюють волевиявлення громадян у конкретні рішення, відсутні як такі, а демократія, дійсно, є найгіршою з форм правління, якщо не брати до уваги всіх інших<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Э де Ясаї, *Государство* (ИРИСЭН, Социум 2016) 29.

<sup>35</sup> Winston S. Churchill, *Churchill By Himself: The Definitive Collection Of Quotations* (ed Richard Langworth, 1st edition, PublicAffairs, October 28, 2008) 347.

Данило Гетманцев

Однак, незважаючи на гадану безвихідь, вихід є. Він полягає не в участі кожного громадянина в прийнятті рішень у частині фінансів, а в гарантованій на рівні Основного закону можливості громадянина оскаржити прийняття державою рішення в незалежному суді. Власне, це те, що вже гарантується Конституцією України, проте реалізовано половинчато, і не повною мірою ефективно. Головним елементом цієї конструкції є незалежність суду від виконавчої та законодавчої влади, не просто гарантована на рівні закону, а реально існуюча. Суд за позовом будь-якої особи повинен розглядати правомірність рішень, дій та бездіяльності влади, не будучи пов'язаним із нею однією корпоративною етикою. По суті суд повинен стояти відокремлено поза системою органів державної влади. Натомість громадянин повинен мати право на позов у будь-яких фінансових питаннях, а не тільки в тих, які порушують його права.

Хоча вже сьогодні у платника податків є деякі, досить вагомі, юридичні механізми захисту своїх фінансових інтересів у вигляді ефективного використання державою сплачених ним податків. Відповідно до чинного законодавства платник податків має право на позов про захист своїх охоронюваних законом інтересів. Наявність у платника податків охоронюваного законом інтересу в справедливому, ефективному і результативному використанні зібраних, зокрема й ним, коштів нам здається безперечним. Категорія інтересу є досить розробленою в правовій науці. Згідно з рішенням Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004<sup>36</sup> поняття “охоронюваний законом інтерес” потрібно розуміти як прагнення до користування конкретним матеріальним та (або) нематеріальним благом, як обумовлений загальним змістом об'єктивний і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших способів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, громадським інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим основам.

Таким чином, інтерес – це домагання (не юридична можливість) особи на ті чи інші блага. Інтерес платника податків кореспондує обов'язку держави витратити бюджетні кошти за цільовим призначенням/ефективно/справедливо. Адже в разі порушення цього обов'язку негативні наслідки виникають передусім у платника податків. Так, неефективне використання бюджетних коштів із необхідністю призводить до непродук-

www.pravoua.com.ua

<sup>36</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04> (дата звернення: 28.11.2018).

тивного зростання бюджетних витрат, що, зі свого боку, тягне за собою збільшення податкового тягаря платника податків через необхідність покриття зростаючих державних витрат. Це тільки один із прикладів зв'язку інтересу платника податків та обов'язку держави. Адже очевидно, що неефективне використання публічних фондів завдає шкоди всім і кожному платнику податків. Шкодою, на думку Р. Дворкіна, є витрати бюджету на неприпустимі цілі самі по собі<sup>37</sup>.

Отже, ми констатуємо вже існуюче у платника податків на підставі ст. 5 Кодексу адміністративного судочинства України<sup>38</sup> право на звернення до адміністративного суду з позовом на дію (бездіяльність) уповноважених органів держави в сфері публічних фінансів, засноване на охоронюваному законом інтересі платника податків на ефективно/легітимне/справедливе/цільове використання публічних коштів, так само як і право на оскарження податкових пільг. Хоча, звичайно, сьогодні це право існує тільки на папері.

Водночас очевидно, що, в разі оскарження ефективності/справедливості/легітимності рішень і дій держави у фінансовій сфері, платник податків звертається до суду за захистом не тільки свого охоронюваного законом інтересу, а й інтересів необмеженого кола осіб, таких же платників податків, як і він. Тому доцільніше було б, якби позови про оскарження дій (бездіяльності) уповноважених органів держави в сфері публічних фінансів були віднесені до позовів категорії *actiones populares*, відомих ще з римського права.

У науковій літературі для позначення позовів про захист невизначеного кола осіб використовують поняття представницькі (*representative actions*), масові, класові, групові позови, позови про захист інтересів невизначеного кола осіб тощо.

За словами Н. Кузнецової, є три варіанти вирішення питання про те, хто може звернутися до суду з масовим (груповим) позовом: окрема особа, чиє право або інтерес є складовою групового порушеного інтересу, може подати позов як особисто, так і через адвоката або представника, який не є адвокатом; громадська організація, яка має відповідні повноваження; уповноважений держорган<sup>39</sup>. У нашому випадку статус позивачів доцільно визначити за двома першими суб'єктами.

У світі сформувалися дві основні моделі масового позову: модель участі (*opt-in*) передбачає визнання членами групи тільки осіб, які виявили бажання до неї приєднатися; модель неучасті (відмови) (*opt-out*)

<sup>37</sup> R Dvorkin, *Justice for Hedgehogs* (Belknap Press of Harvard University Press 2011) 506.

<sup>38</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення: 28.11.2018).

<sup>39</sup> Н Кузнецова, 'Громадянське суспільство і захист порушених прав численних груп у порядку масового позову' (2015) 5 Право України 46.

Данило Гетманцев

передбачає можливість автоматичного включення в груповий позов всіх осіб, які підпадають під наданий позивачем опис групи, якщо тільки хтось у групі не відмовиться від позову<sup>40</sup>.

Зазначимо, що в праві на позов є ще один украй важливий політико-правовий, світоглядний момент. При всьому різноманітті фінансових відносин відсутній суб'єкт, більш зацікавлений у здійсненні контролю над легітимністю використання публічних коштів, аніж платник податків. Будь-який контроль держави за особою в сфері фінансів, підходячи до суб'єктивних категорій легітимності/справедливості/ефективності (ми не говоримо зараз про законність), автоматично перетворюється на знаряддя політичної боротьби і гаситься, як тільки досягається мета цієї боротьби. Держава, якби послідовно ми не сповідували принцип поділу влади, єдина в досягненні своєї основної мети – забезпечення свого головного місця в форматі взаємовідносин “держави – суспільство – людина”. І там, де питання стоїть про зіткнення життєвоважливих фінансових інтересів, держава не зможе силами виконавчої влади відповісти собі ж на питання про те, наскільки воно ефективно негативне. Саме тому так важливо, щоб суд, який розглядає справу, був дійсно незалежним.

Висновки. На основі викладеного вище, не викликає сумнівів тісний взаємозв'язок системи організації публічних фінансів (зокрема й оподаткування) і ступеня свободи особистості в суспільстві, а отже, і рівня його демократичності. Очевидно, що через правильну організацію фінансових інструментів можна і потрібно впливати на демократизацію суспільства загалом.

Ми стверджуємо, що наявність зазначених у статті запобіжників є необхідною умовою існування, утвердження і розвитку демократії в сучасному світі, як в нашій країні, так і за кордоном. Забезпечення розумного балансу приватності особи та податкової прозорості, масовий (груповий) позов у фінансових питаннях, тільки два ефективних механізми утвердження демократії в сучасному суспільстві, які ми розглянули. На нашу думку, їх впровадження (серед інших) дасть змогу не тільки забезпечити розвиток демократичних інститутів, а й допоможе уберегти наше суспільство від чергових соціальних потрясінь, цих демонів демократії – революцій і бунтів, що тягнуть за собою трагедії для суспільства і країни.

www.pravoua.com.ua

<sup>40</sup> Я Романюк, ‘Масовий позов: загальна характеристика, зарубіжний досвід і перспективи впровадження в Україні’ (2015) 3 Вісник Верховного Суду України 35-47.



## REFERENCES

## List of legal documents

*Legislation*

1. Council Directive (EU) 2018/822 of 25 May 2018 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements ST/7160/2018/INIT <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0822&from=EN>> accessed 28 November 2018 (in English).
2. Council Directive 77/799/EEC of 19 December 1977 concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation and taxation of insurance premiums <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l33029&from=EN>> accessed 28 November 2018 (in English).
3. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – Protocols – Annexes – Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 – Tables of equivalences <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>> accessed 28 November 2018 (in English).
4. Foreign Account Tax Compliance Act (2010) 18 Public Law 111-147 <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/pdf/PLAW-111publ147.pdf#page=27>> accessed 28 November 2018 (in English).
5. Regulation (EU) 2016/679 of the European parliament and of the council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>> accessed 28 November 2018 (in English).
6. Hartija osnovnyh prav Evropejskogo Sojuza [Charter of Fundamental Rights of the European Union]. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994\\_524](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_524) (accessed: 28.11.2018) (in Russian).
7. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy [Code of Administrative Justice of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukrainian] vid 6 lystopada 2005 r. № 2747-IV. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (accessed: 28.11.2018) (in Ukrainian).
8. Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms] vid 4 lystopada 1950 r. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (accessed: 05.02.2018) (in Ukrainian).
9. Pro dostup do publichnoi informatsii [On Access to Public Information]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 13 sichnia 2011 r. № 2939-VI. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2939-17> (accessed: 28.11.2018) (in Ukrainian).

*Cases*

10. Case of Funke v. France (Application no. 10828/84) The European Court of Human Rights. 1993 <<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57809>> accessed 28 November 2018 (in English).
11. Case of Othymia Investments B.V v the Netherlands (Application no. 75292/10) The European Court of Human Rights. 2015 <<https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Court-Justice-Case-Law-EU-Charter-Taxation.pdf>> accessed 28 November 2018 (in English).

12. Case of Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (Application no. 931/13) The European Court of Human Rights. 2017 <<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-175121>> accessed 28 November 2018 (in English).
13. Commission of the European Communities v Lisrestal. Judgment of the Court (Grand Chamber). 1996 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0032>> accessed 28 November 2018 (in English).
14. Jiří Sabou v Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu. Judgment of the Court (Grand Chamber). 2013 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-276/12&language=EN>> accessed 28 November 2018 (in English).
15. Smaranda Bara and Others v Casa Națională de Asigurări de Sănătate and Others. Judgment of the Court. 2015 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-201/14>> accessed 28 November 2018 (in English).
16. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam 50 narodnykh deputativ Ukrainy shchodo ofitsiinoho tlumachennia okremykh polozhen chastyny pershoi statti 4 Tsyvilnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy (sprava pro okhoroniuvanyi zakonom interes) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Request of 50 People's Deputies of Ukraine for the Official Interpretation of Certain Provisions of Part One, Article 4 of the Civil Procedure Code of Ukraine (Case of Legally Protected Interest)] vid 1 hrudnia 2004 r. № 18-rp/2004. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04> (accessed: 28.11.2018) (in Ukrainian).

## Bibliography

### *Authored books*

17. Charles A, *Fight. Flight. Fraud. The Story of Taxation* (Euro-Dutch Publishers, Curacao 1982) (in English).
18. Dvorkin R, *Justice for Hedgehogs* (Belknap Press of Harvard University Press 2011) (in English).
19. Przeworski A, *Democracy and Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America* (Cambridge University Press 1992) (in English).
20. Jasai Je de, *Gosudarstvo [The State]* (IRISJeN, Socium 2016) (in Russian).
21. Magun A, *Demokratijaili Demon i gegemon [Democracy or Daemon and Hegemon]* (Izdatel'stvo Evropejskogo universiteta v Sankt-Peterburge 2016) (in Russian).
22. Gadzhiev G, *Ontologija prava (kriticheskoe issledovanie juridicheskogo koncepta dejstvitel'nosti) [Ontology of Law (Critical Study of the Legal Concept of Reality)]* (NORMA 2013) (in Russian).

### *Edited and translated books*

23. Winston S Churchill, *Churchill By Himself: The Definitive Collection Of Quotations* (ed Richard Langworth, 1st edition, Public Affairs, October 28, 2008) (in English).
24. Swedberg R (ed), *The Economics and Sociology of Capitalism* (Princeton University Press 1991) (in English).
25. Bruno L, *Svoboda i zakon [Freedom and Law]* (IRISJeN 2008) (in Russian).

### *Journal articles*

26. Frey B and Eichenberger R, 'To Harmonize or to Compete? That's not the Question' (1996) 60 Journal of Public Economics 339 (in English).
27. Goldscheid R and Lazarsfeld R, 'Staatssozialismus oder Staatskapitalismus? Ein finanzsoziologischer Beitrag zur Lösung des Staatsschulden-Problems' [1917/1918] 11(2) Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie 255-9 (in German).

28. Murray A, 'Immunity, Nobility, and the Edict of Paris' [1994] 69(1) *Speculum* 18-39 (in English).
29. Kuzniezova N, 'Gromadianske suspilstwo i zachyst porushenykh prav chyslennykh grup u poriadku masowego pozwu' ['Civil Society and Protection of Infringed Rights of Numerous Groups in a Mass Action'] (2015) 5 *Pravo Ukrainy* (in Ukrainian).
30. Romaniuk Ya, 'Masovyi pozov: zahalna kharakterystyka, zarubizhnyi dosvid i perspektyvy vprovadzhennia v Ukraini' ['Mass Action: General Description, International Experience and Prospects for Implementation in Ukraine'] (2015) 3 *Visnyk Verkhovnoho Sudu Ukrainy* 35-47 (in Ukrainian).
31. Solov'ev V, 'Zamechanija na stat'ju prof. T. F. Shershenevicha' ['Remarks on the Article by Prof. T. F. Shershenevich'] (1897) 38 *Voprosy filosofii i psihologii* 483 (in Russian).

Danylo Hetmantsev

INTERRELATION OF PUBLIC FINANCE  
AND THE DEMOCRATIC SET-UP OF SOCIETY  
BY THE EXAMPLE OF THE RIGHT TO INFORMATION  
AND THE RIGHT TO CLASS ACTION LAWSUIT

**ABSTRACT.** The article focuses on such a topical issue as a correlation between the form of society's political set-up and public finance. The author makes an analysis of democracy which, under the guise of public interest, is increasingly interfering with private life of an individual, thereby limiting his/her freedom, although freedom is what democracy is primarily intended to ensure. In other words, democracy under the veil of good intentions is gradually turning into its antipode.

The purpose of the article is to clarify the interrelation between the democratic form of society and public finance in the context of the results obtained, to analyze the taxpayers' right to information, and to develop the proposals for improvement of the legislation covering the taxpayers' right to information, and also to provide rationale and study the taxpayers' right to class action lawsuit.

The author suggests that the human right enshrined in Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms be understood not only and not so much as ensuring the non-disclosure of information about a person, being as such undoubtedly harmful to the person, but rather as ensuring the person's freedom to live freely without a hint of the possibility that information about him/her may become known to third parties (including the State). The author highlights the opinion of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice and reviews the EU legislation on this issue, and in this context analyzes the positions of national courts with regard to information about taxpayers contained in the databases of regulatory authorities. The author brings up the issue of the "golden mean" between the public interest and the taxpayer's private interest in the public finance sector. Therefore, the generally known principle "No taxation without consent", withstanding the centuries, has acquired a new meaning, however, with the priority being shifted not in favor of private interest (the range of subjects whose consent is necessary for taxation has not been expanded but decreased, vice versa). That is, a taxpayer's consent to taxation is presumed, and even if the latter

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 11 • 32-52

Данило Гетманцев

“objects”, the obligation to pay the tax which is introduced according to the statutory procedure arises under any circumstances.

The article emphasizes that such a situation does not mean “robbery” on the part of the State, since the State has an obligation to spend budget funds for the intended purpose/ effectively/fairly. The efficient use of budget funds by the State is a legally protected interest of every taxpayer which may be defended in court by filing an individual claim as well as a class action lawsuit. The author analyzes the possibility of filing a class action lawsuit in the context of the current Ukrainian legislation and, based on the analysis of international experience, suggests the ways to improve the legislation in this area.

KEYWORDS: public finance; democracy; form of political set-up; right to information; public interest; private interest; interest protected by law; class action lawsuit; efficient use of budget funds.



## Дмитро Лученко

доктор юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри адміністративного права  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого  
(м. Харків, Україна)  
luchenkodv@gmail.com

УДК 342.92

### ЕЛЕКТРОННА ПЕТИЦІЯ ЯК ФОРМА ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ, ДІЙ АБО БЕЗДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена дослідженню особливостей законодавчого регулювання інституційного механізму електронних петицій в Україні як форми оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів публічної влади. Автор, констатуєчи безсумнівну важливість електронних петицій як важливої складової Е-демократії, звертає увагу на ту обставину, що рівень законодавчого регулювання суспільних відносин, пов'язаних зі створенням, поданням та розглядом електронних петицій, а також статистичні показники розгляду наявних петицій, які подавалися на розгляд різноманітних суб'єктів публічної влади, свідчать про низьку ефективність існуючої законодавчої моделі цього інституту в Україні.

Метою статті є виявлення основних факторів, які впливають на низьку ефективність електронних петицій як форми оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів публічної влади, а також формулювання пропозицій з удосконалення законодавчого регулювання та практики застосування цього прогресивного механізму Е-демократії в Україні.

У результаті проведеного статистичного аналізу практики розгляду електронних петицій Президентом України автор виокремлює п'ять основних проблем, які, на його думку, знижують потенціал цього інституту, а саме: 1) високий пороговий бар'єр голосів громадян, необхідних для розгляду петиції уповноваженим органом; 2) невідповідний зміст електронної петиції; 3) необов'язковий характер електронної петиції, яка набрала необхідну кількість голосів на свою підтримку; 4) відсутність механізму захисту від розпорошення голосів, коли одночасно реєструється декілька однотипних петицій; 5) недружній інтерфейс сайтів, на яких здійснюється оприлюднення електронних петицій.

Таким чином, у статті пропонується запровадити низку нововведень, спрямованих на удосконалення законодавчого регулювання та функціонування інституту електронних петицій. Серед таких заходів автор пропонує, наприклад, передбачити обов'язок громадян утримуватися від зловживання своїм правом на подання електронної петиції та, можливо, встановити право держави на стягнення з них витрат, пов'язаних із розглядом безпредметних петицій у судовому порядку. Одночасно

© Дмитро Лученко, 2018

Дмитро Лученко

з цим наголошується, що подібні заходи в жодному разі не мають обмежувати право громадян на подання обґрунтованих електронних петицій. Іншим нововведенням, яке пропонується у цій статті, є запровадження різноманітних механізмів, спрямованих на підвищення впливовості електронних петицій на владу, що полягатимуть у наданні зазначеним зверненням атрибутів та ознак імперативності. Також автором пропонується реалізувати низку заходів, спрямованих на удосконалення інструментарію сайтів, на яких здійснюється оприлюднення електронних петицій, що в сукупності має значно підвищити ефективність цієї форми впливу на суб'єктів публічної влади.

Ключові слова: адміністративне оскарження; звернення громадян; електронна петиція; Е-демократія.

Законом України “Про звернення громадян”<sup>1</sup> встановлено, що громадяни можуть звернутися до Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, органу місцевого самоврядування з електронними петиціями через офіційний веб-сайт органу, якому вона адресована, або веб-сайт громадського об'єднання, яке здійснює збір підписів на підтримку електронної петиції. Указана норма зумовлює особливості електронної петиції саме як форми звернення громадян до суб'єктів публічної влади, оскільки всі інші, передбачені цим Законом, звернення можуть подаватися відповідно до ч. 1 ст. 1 до більш широкого кола суб'єктів, зокрема й підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності.

Електронна петиція є зверненням, що адресоване з використанням інформаційно-комунікаційних технологій (далі – ІКТ). Як зазначається у Рекомендації Комітету міністрів країн-членів Ради Європи Rec (2004) 15, Е-демократія – це використання ІКТ у демократичних процесах, яке дає змогу: 1) посилити участь, ініціативність і залучення громадян на національному, регіональному та місцевому рівнях публічного життя; 2) покращити прозорість демократичного процесу прийняття рішень, а також підзвітність демократичних інститутів; 3) покращити чутливість/зворотну реакцію органів влади на звернення громадян; 4) сприяти публічним дебатам та звертати увагу громадян на процес прийняття рішень. ІКТ повинні вдосконалювати доступ і комунікацію з чиновниками та органами політиками.

Запровадження електронних петицій є однією зі складових Е-демократії, що з'явилася в Україні у 2015 р. під впливом успішного досвіду розвинених країн. Цей досвід є надзвичайно важливим для нашої держави, оскільки, крім іншого, дає змогу на практиці реалізувати ідею скарги в публічних інтересах, спрямувати суспільне невдоволення у напрямі вирішення за допомогою прогресивного правового механізму.

www.pravoua.com.ua

<sup>1</sup> Про звернення громадян: Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 47. Ст. 256.

Проблематиці функціонування інституту електронних петицій має бути приділено значну увагу з огляду на те, що електронна петиція може виступати (і фактично виступає) однією з форм подання скарги на рішення, дію або бездіяльність суб'єктів публічної влади. Ба більше, на наше переконання, саме такі електронні петиції, які ще можна назвати “масовими скаргами”, характеризуються найвищим ступенем соціальної гостроти і, відповідно, потребують, з одного боку, найуважливішого розгляду суб'єктами публічної влади, яким такі петиції адресовані, а з другого – належного законодавчого закріплення в окремому акті, що буде обґрунтовано нами нижче.

Незважаючи на важливе значення вказаного правового інституту для забезпечення демократії та підзвітності публічної влади в Україні, питання законодавчого регулювання механізму електронних петицій не досить часто ставали предметом доктринальних досліджень. Так, окремі аспекти функціонування електронних петицій привертали увагу, зокрема, А. Ємельянової, А. Крижановської, Б. Малишева, А. Пасічник, В. Решоти. Проте вказані дослідження висвітлювали лише окремі проблемні питання законодавчого регулювання інституту електронних петицій в Україні, тоді як комплексного дослідження основних складнощів у вказаній сфері, а також пошуку загальних пропозицій з удосконалення цього механізму здійснено не було.

Мета дослідження полягає в ідентифікації основних проблемних моментів, які існують у сфері законодавчого регулювання суспільних відносин, пов'язаних зі створенням, поданням та розглядом електронних петицій як однієї з форм оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів публічної влади, а також у формулюванні пропозицій з удосконалення законодавчого регулювання та практики реалізації цього інституту в Україні.

Правова регламентація порядку створення, подання та розгляду електронних петицій в Україні, як і практика його застосування, мають свої особливості, які, на жаль, значною мірою нівелюють безсумнівну користь цього прогресивного інструменту Е-демократії. Такий висновок базується на ґрунтовному аналізі як норм, що закріплюють порядок реалізації громадянами права на електронну петицію, так і всього масиву електронних петицій та відповідей на них, що були оприлюднені на офіційних сайтах Президента України, Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України за час їх функціонування.

Законодавче закріплення права громадян на електронну петицію міститься у ст. 23<sup>1</sup> Закону України “Про звернення громадян”<sup>2</sup>, відповідно

<sup>2</sup> Про звернення громадян (н 1).

Дмитро Лученко

до якої електронні петиції подаються до Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, органу місцевого самоврядування. Зміст цієї статті містить лише базові вимоги до електронних петицій та порядку їх оприлюднення, підтримки громадянами й розгляду уповноваженими суб'єктами публічної влади. Закон не виокремлює електронні петиції, які за своїм змістом є скаргами, не встановлює для них будь-яких особливостей щодо реєстрації та розгляду, що, зі свого боку, не дає можливості для їх аналізу окремо від інших електронних петицій. Подібного рівня регламентація є недостатньою для створення дієвого інструменту електронної демократії, а посилення у ч. 17 ст. 23<sup>1</sup> Закону України “Про звернення громадян” на необхідність розробки самими суб'єктами розгляду електронних петицій власних процедурних актів, що регламентуватимуть порядок роботи з петиціями, створює ризики можливих зловживань.

Об'єктом статистичного аналізу нами обрано офіційний сайт Президента України. Саме цей ресурс не тільки найдовше працює з електронними петиціями, а й набув найбільшої популярності серед громадян, зокрема й у сенсі звернення зі скаргами на рішення, дії або бездіяльність суб'єктів публічної влади. 29 серпня 2018 р. виповнилося три роки з моменту, коли перша електронна петиція була оприлюднена на офіційному сайті Президента України. Станом на цю дату, громадяни України зареєстрували 30 467 петицій на вказаному інтернет-ресурсі. З них лівова частка (16 716) була зареєстрована за перші чотири місяці (в середньому – 4 179 петицій на місяць), що свідчить про неабиякий суспільний інтерес до цього прогресивного здобутку світової демократії. У подальших роках активність громадян щодо використання електронних петицій значно знизилася. Так, наприклад, у 2016 р. було зареєстровано лише 7 759 петицій (тобто в середньому 646,5 петицій на місяць). А за перші вісім місяців 2018 р. зареєстровано 2 852 петицій (тобто в середньому 356,5 петицій на місяць). Таким чином, у 2018 р. кількість громадян, що використали процедуру звернення до Президента України за допомогою електронної петиції, скоротилася майже в 12 разів порівняно з 2015 р. Не можна сказати, що таке скорочення стало результатом зменшення соціально гострих питань, що традиційно є предметом петицій. На жаль, стійка тенденція до скорочення застосування громадянами України такої форми звернення до суб'єктів публічної влади зумовлена, перш за все, низьким рівнем ефективності механізму електронної петиції у нашій державі.

Системний аналіз функціонування механізму електронної петиції в Україні дав змогу виокремити п'ять основних причин його низької ефективності.



Електронна петиція, адресована, відповідно, Президенту України, Верховній Раді України, Кабінету Міністрів України, розглядається в особливому порядку за умови збору на її підтримку не менш як 25 тис. підписів громадян протягом не більше трьох місяців з дня оприлюднення. Станом на 29 серпня 2018 р. з понад 30 тис. петицій, поданих Президенту України, тільки 44 подолали вказаний поріг, 42 з яких отримали відповідь, підписану Президентом України. Таким чином, першою причиною зниження цікавості з боку громадян України до електронної петиції як способу вирішення соціально гострих питань є низький відсоток звернень, які подолали 25-тисячний бар'єр (лише 1 петиція з кожних 692).

Варто зазначити, що такий низький показник підтримки електронних петицій зумовлений передусім якістю самих петицій. Це стосується як суті постановленого у зверненні питання, яке досить часто не викликає зацікавленості з боку переважної більшості громадян, так і якості його викладення. Серед недоліків викладення тексту електронної петиції, що трапляються найчастіше, змістовний аналіз зазначених вище звернень дає змогу виділити: непослідовність; незрозумілість формулювань; відсутність чітких пропозицій або вимог; наявність численних граматичних помилок. Часто автори не враховують призначення такої форми звернення, не співвідносять його зміст із повноваженнями Президента України (наприклад, петиція про встановлення смітників у місті Києві від 1 вересня 2017 р. містить звернення, що відноситься до повноважень Київської міської державної адміністрації, а не Президента України)<sup>3</sup>, а іноді взагалі звертаються у петиції не до Президента, а до когось іншого. Наприклад, у петиції від 1 вересня 2017 р., яка називається “Дорога для асфальтування 230 м на кордоні, лице нашої держави”<sup>4</sup>, автор звертається до “шановної громади”, висвітлюючи проблематику аварійного стану дороги в селі Шегині. У петиції під назвою “Снизить цены на газ” від 1 вересня 2017 р.<sup>5</sup> автор взагалі не ставить жодних запитань і не звертається ні до кого. Його петиція викладена у формі нагадування про необгрунтовано високу ціну на природний газ, висловленого у трьох реченнях. При цьому жодного прохання чи вимоги петиція не містить.

<sup>3</sup> “Встановлення смітників по м. Києву”: електронна петиція № 22/039512-еп (Офіційне інтернет-представництво Президента України, 29 серпня 2017) <<https://petition.president.gov.ua/petition/39512>> дата звернення 12 Жовтень 2018.

<sup>4</sup> “Дорога для асфальтування 230 м на кордоні, лице нашої держави”: електронна петиція № 22/039556-еп (Офіційне інтернет-представництво Президента України, 1 вересня 2017) <<https://petition.president.gov.ua/petition/39556>> дата звернення 12 Жовтень 2018.

<sup>5</sup> “Снизить цены на газ”: електронна петиція № 22/039554-еп (Офіційне інтернет-представництво Президента України, 1 вересня 2017) <<https://petition.president.gov.ua/petition/39554>> дата обращения 12 Октябрь 2018.

Дмитро Лученко

Очевидно, що подібні звернення не отримують підтримки і не долають 25-тисячний поріг через відсутність предмета звернення.

Слід наголосити, що безвідповідальне ставлення з боку громадян до формулювання електронної петиції, подання її без потреби, заради розваги чи власного піару, суттєво шкодить цьому виду звернення до суб'єктів публічної влади. З одного боку, такий легковажний підхід дискредитує як самих заявників, так і використаний ними інструмент захисту, а з другого – якою безглуздою і безпредметною не була б електронна петиція, її подання гарантовано запускає певний механізм, що потребує використання державного ресурсу. У зв'язку з цим доцільно було б встановити обов'язок громадян утримуватися від зловживань своїм правом на петицію, а можливо й передбачити право держави на стягнення через суд витрат, пов'язаних з адмініструванням безпредметної петиції. Однак зробити це необхідно таким чином, щоб у жодному випадку не обмежити право громадян на подання обґрунтованих електронних петицій (особливо, що містять у собі скаргу на рішення, дію або бездіяльність суб'єктів публічної влади). Отже, другою причиною неефективності електронних петицій є низька якість самих петицій.

Третьою причиною, що впливає на ефективність електронної петиції як звернення до влади і, відповідно, на її популярність, є необов'язковість петиції, що набрала необхідну кількість голосів на свою підтримку. Законодавством встановлено, що електронна петиція, яка отримала підтримку понад 25 тис. осіб за три місяці, розглядається в особливому порядку. При цьому, якщо петиція не отримає вказаної вище підтримки, вона також буде розглянута, але в порядку, встановленому законом для звичайних звернень громадян (ч. 10 ст. 231 Закону України "Про звернення громадян"). Виникає запитання: в чому ж сенс електронної петиції, якщо вона не дає заявникові і громадянам, які її підтримали, жодної переваги у вигляді дієвого механізму впливу на владу? Адже обов'язок адресата електронної петиції розглянути її в особливому порядку не є тотожним обов'язку докласти всіх можливих зусиль, щоб задовольнити викладені у ній вимоги. Очевидно, що за чинного порядку процедура оскарження за допомогою електронної петиції жодних переваг, крім можливості звернутися до Президента України та інших органів влади у публічний спосіб, не надає.

Ця проблема є критично важливою для подальшого функціонування механізму електронної петиції. Адже світова спільнота обґрунтовано розглядає подібний спосіб звернення як найбільш прогресивний і здатний забезпечити безпосередній вплив громадян на органи влади, інструмент ефективного впровадження принципу верховенства права, який

поряд з іншими інституціями демократичного суспільства покликаний надати громадянину можливість не тільки безпосередньо звернутися до вищих органів влади, органів місцевого самоврядування, а й привернути увагу інших громадян до поставленої у петиції проблеми, отримати їхню підтримку в намаганні змусити владу діяти. Діяти не на власний розсуд, а в напрямі, бажаному для суспільства. Не випадково серед електронних петицій значну кількість становлять вимоги громадян, що за змістом не можуть бути віднесені до жодного з видів звернень, передбачених Законом України “Про звернення громадян” (мається на увазі скарга, заява, пропозиція).

З огляду на це, механізм електронної петиції потребує переосмислення та переформатування. Мають бути створені важелі впливу на владу, які змусять її прислухатися до тих проблем, що справді турбують суспільство, зокрема і в тих ситуаціях, коли громадяни домагаються скасування неправомірного чи незаконного нормативного або індивідуально-правового акта. Як варіант, електронні петиції повинні набувати імперативного характеру у разі подолання ними встановленого порогу, тобто мають ставати законопроектами, як це передбачено у низці країн. Така процедура існує, наприклад, у Фінляндії, де петиції, що зібрали 50 тис. підписів, автоматично стають законопроектами і парламент зобов'язаний їх розглядати у пріоритетному порядку. Регламентом законодавчого органу Латвії передбачено, що будь-яка петиція, яка отримала підтримку 10 тис. громадян, обов'язково має бути включена до порядку денного засідання Сейму.

Сьогодні ж ми маємо у переважній більшості формальні відписки влади на петиції, які отримали підтримку понад 25 тис. громадян. Так, серед 42 петицій, на які отримано відповідь Президента України:

- у задоволені 3 відмовлено (зокрема й 2 скарги);
- 3 електронні петиції задоволено (зокрема й 2 скарги);
- 32 (зокрема й 6 скарг) перенаправлені для вирішення іншим суб'єктам (Кабінету Міністрів України, Конституційній комісії тощо), але не встановлено ані строків, ані обов'язку звітувати про результати такого вирішення;
- на 4 петиції (зокрема й 1 скаргу) відповідь не повною мірою відповідає на поставлене питання.

Водночас, на нашу думку, належною має вважатися одна з таких відповідей на електронну петицію:

1. Коли петицію задоволено і вжито відповідних заходів, зокрема, розглянуто скаргу або спрямовано відповідні матеріали до органів, які відіграють роль інститутів непрямого оскарження. Якщо йдеться про скасу-

Дмитро Лученко

вання рішення певного колегіального органу, зокрема й парламенту, то має йтися про обов'язок цього органу терміново розглянути питання про скасування відповідного рішення або вжиття заходів до усунення його наслідків (наприклад, якщо мається на увазі скасування вже виконаного правозастосовного акта).

2. Коли петицію не задоволено, але вичерпно роз'яснено, чому вона не підлягає задоволенню. Роз'яснено має бути так, щоб максимально переконати заявника та осіб, що підтримали петицію, в тому, що її задоволення неможливе або недоцільне.

3. Коли за результатами розгляду петиції формується доручення іншому суб'єкту, але на сайті розміщується інформація про строки і результати його виконання, вжиті заходи та отримані результати. Це означає, що всі, хто цікавиться цією петицією і результатом її розгляду, повинні мати можливість отримати вичерпну інформацію безпосередньо на сайті у відповіді на петицію. Відповідь не може вичерпуватися інформацією, що питання комусь переадресовано, доручено розібратися, вивчити можливості тощо, що створює враження недоведеності справи.

Не можна погодитися й із положенням законодавства стосовно того, що петиція, яка не набрала 25 тис. голосів, розглядається як звичайне звернення громадян. Це хибна практика, оскільки петиція, що отримала хоча б один голос на свою підтримку, вже є зверненням не однієї особи. Ми переконані, що відповідь на таку електронну петицію має направлятися не тільки заявникові, а й особі, яка віддала свій голос на підтримку петиції. Інший варіант – публікувати відповіді на такі петиції на сайті, де петиція була оприлюднена (саме така практика розгляду електронних петицій сформована Верховною Радою України). Крім того, скарга на рішення, дію або бездіяльність суб'єкта публічної влади, подана у формі електронної петиції, очевидно має розглядатися в окремій від інших видів звернень процедурі. Адже у такому випадку йдеться не про пропозицію з удосконалення правової регламентації, наприклад, певних суспільних відносин, а про необхідність відновити порушені права, захистити особу від протиправних зазіхань. Тож строки розгляду подібних скарг мають бути скороченими, а результати розгляду повинні підлягати оскарженню у судовому порядку.

Четверта причина низької ефективності електронних петицій – відсутність механізму захисту від розпорошення голосів. Чинний порядок подання петицій не передбачає блокування можливості реєстрації електронної петиції, якщо проходить збір голосів за петицією, що є подібною. Крім того, голоси, подані за подібні петиції, не підсумовуються. Наприклад, вимога про зменшення митних платежів при ввезенні в Україну

www.pravoua.com.ua

вживаних автомобілів за три місяці (з червня по серпень 2017 р.) була висловлена у 17 зареєстрованих на сайті Президента України електронних петиціях. Ще сім петицій за вказаний період мають схожі за змістом вимоги. Крім того, на сайті Кабінету Міністрів України також були зареєстровані дві петиції з подібними вимогами у зазначений час. Тобто 26 електронних петицій з одного питання майже одночасно збирали голоси на свою підтримку. У результаті жодна з 26 петицій не набрала необхідної кількості голосів, хоча вже сама їх (петицій) кількість мала б сигналізувати владі про високий ступінь суспільного інтересу у вирішенні зазначеного питання.

П'ята причина низької ефективності електронних петицій – недружній інтерфейс сайтів, на яких здійснюється оприлюднення електронних петицій. Вони не тільки не дають можливості зручно працювати з петиціями, популяризуючи їх через соціальні мережі, а й надають вкрай обмежений інструментарій для їх аналізу і систематизації.

На нашу думку, покращання інструментарію сайтів, на яких здійснюється оприлюднення електронних петицій, може здійснюватися за допомогою таких заходів:

1. Сайт має блокувати можливість розпорошення голосів за однотипними петиціями з тотожними вимогами. Має бути передбачена заборона на реєстрацію петиції, подібної до вже зареєстрованої, що набирає голоси. Особі, яка реєструє власну електронну петицію, подібну до змісту петиції, що вже зареєстрована і набирає голоси, сервіс має запропонувати підтримати вже зареєстровану петицію або зареєструвати власну, але після спливу терміну, який залишився для збору голосів за вже зареєстрованою петицією.

2. Нині передбачено можливість сортування петицій за темою (наприклад, аграрна політика, земельні відносини, транспорт, зв'язок, освіта тощо), за хронологією, за кількістю голосів. А також вибрати петиції, що отримали відповідь, перебувають на розгляді та за якими триває збір голосів. Варто, крім зазначених можливостей, передбачити:

- а) пошук електронних петицій за датою реєстрації;
- б) пошук електронних петицій за ключовими словами не лише у назві, а й у тексті петиції;
- г) групування петицій за видом звернення (скарга, заява, пропозиція);
- г) повідомлення користувачів із використанням мобільного зв'язку (смс) або електронної пошти про реєстрацію петиції, подібної до тієї, що вони раніше підтримали або реєстрували.

3. На сайті має бути розміщена інформація (підказки) стосовно того, які питання входять до компетенції органу, якому адресується електрон-

Дмитро Лученко

на петицію, а також щодо того, як правильно оформити петицію (формулювання інформативної та чіткої назви, викладення змісту і визначення вимог (пропозиції або прохання)).

4. Сервіс має блокувати можливість реєстрації петицій:

– які виходять за межі компетенції органу, якому подається петиція (у такому випадку користувачеві має бути запропоновано перейти на офіційний сайт того органу, який уповноважений вирішувати поставлене в електронній петиції питання та надати відповідне посилання на норму закону і відповідний електронний ресурс);

– які не містять жодного прохання, пропозиції чи вимоги (безпредметні);

– що стосуються запровадження, скасування та розміру податків та інших обов'язкових платежів, розміру соціальних виплат і заробітної плати.

Висновки. Таким чином, нами пропонується запровадити низку нововведень, спрямованих на удосконалення законодавчого регулювання та функціонування інституту електронних петицій. Серед таких заходів ми пропонуємо, зокрема, передбачити обов'язок громадян утримуватися від зловживання своїм правом на подання електронної петиції та встановити право держави на стягнення з громадян витрат, пов'язаних із розглядом безпредметних петицій у судовому порядку. Одночасно з цим слід наголосити на тому, що подібні заходи в жодному разі не мають обмежувати право громадян на подання обґрунтованих електронних петицій. Крім того, важливим, на нашу думку, є запровадження різноманітних механізмів, спрямованих на підвищення впливовості відповідних петицій на владу, що полягатимуть у наданні зазначеним зверненням атрибутів та ознак імперативності. Також необхідним видається реалізувати низку заходів, спрямованих на удосконалення інструментарію сайтів, на яких здійснюється оприлюднення електронних петицій.

Врахування зазначеного вище досвіду і наданих пропозицій дасть змогу створити, на наше переконання, дійсно дієвий механізм адміністративного оскарження за допомогою електронних петицій як частини електронної демократії, що покликана ініціювати громадян до участі у формуванні державної політики, забезпечити їх цивілізованим способом швидко та ефективно доводити до відома влади власне волевиявлення та захищати свої права.

## REFERENCES

### List of legal documents

#### Legislation

1. Pro zvernennia hromadian [On Citizens' Appeals]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 zovtnia 1996 r. № 393/96-VR. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. №47. St. 256 (in Ukrainian).

#### Websites

2. 'Vstanovlennia smitnykiv po m. Kyievu' ['Mounting of Trash Cans in Kyiv']: elektronna petytsiia [Electronic Petition] № 22/039512-ep (*Ofitsiine internet-predstavnytstvo Prezydenta Ukrainy*, 29 serpnia 2017) <<https://petition.president.gov.ua/petition/39512>> accessed 12 October 2018 (in Ukrainian).
3. 'Doroha dlia asfaltuvannia 230 m na kordoni, lytse nashoi derzhavy' ['Road for Asphalting 230 m at the Border, the Face of Our Country']: elektronna petytsiia [Electronic Petition] № 22/039556-ep (*Ofitsiine internet-predstavnytstvo Prezydenta Ukrainy*, 1 veresnia 2017) <<https://petition.president.gov.ua/petition/39556>> accessed 12 October 2018 (in Ukrainian).
4. 'Snyzyt tseny na haz' ['For Reduction of Gas Prices']: elektronna petytsiia [Electronic Petition] № 22/039554-ep (*Ofitsiine internet-predstavnytstvo Prezydenta Ukrainy*, 1 veresnia 2017) <<https://petition.president.gov.ua/petition/39554>> accessed 12 October 2018 (in Russian).

Dmytro Luchenko

### E-PETITION AS A FORM OF APPEAL AGAINST DECISIONS, ACTIONS OR OMISSIONS BY SUBJECTS OF PUBLIC AUTHORITY

**ABSTRACT.** The article focuses on the study of the specifics inherent in the legislative regulation of the institutional mechanism of electronic petitions in Ukraine as a form of appeal against decisions, actions or omissions by public authorities. Noting the doubtless importance of e-petitions as an essential component of e-democracy, the author accentuates the fact that the extent of legislative regulation of social relations associated with the making, submission and consideration of e-petitions, and also the statistical indicators of consideration of existing petitions, which were submitted to various subjects of public authority for consideration, show low efficiency of the existing legislative model of this institution in Ukraine.

The purpose of the article is to identify the main factors leading to low efficiency of electronic petitions as a form of appeal against decisions, actions or omissions by public authorities, and also to formulate the proposals for improvement of the legislative regulation and the application practice of this progressive mechanism of E-democracy in Ukraine.

Based on the statistical analysis of the practice of electronic petitions consideration by the President of Ukraine, the author identifies five major problems which he believes to entail a decrease in the potential of this institution, namely: 1) high threshold of citizens' votes as a prerequisite for consideration of a petition by an authorized body;

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 11 • 53-64

Дмитро Лученко

2) inappropriate contents of an electronic petition; 3) unbinding nature of the electronic petition which received the necessary number of supporting votes; 4) unavailability of a mechanism of protection against “dilution” of votes when several similar petitions are registered at the same time; 5) unfriendly interface of websites where electronic petitions are published.

Therefore, the article proposes to introduce a number of innovations with the aim of improving the legislative regulation and functioning of the institute of electronic petitions. Among such measures, the author proposes, for example, to establish the obligation of citizens to avoid an abuse of their right to submit an electronic petition and, possibly, to establish the right of the State to make citizens reimburse the costs associated with consideration of meaningless petitions through the court procedure. At the same time, the author emphasizes that such measures should under no circumstances limit the right of citizens to submit well-justified electronic petitions. Another innovation proposed by this article is to introduce various mechanisms aimed at increasing the influence of electronic petitions on the government, particularly, by giving the said petitions the attributes and signs of imperativeness. Also, the author proposes to implement a range of measures for the purpose of improving the tools of the websites where electronic petitions are published, all this together meant to significantly improve the efficiency of this form of influence on the subjects of public authority.

KEYWORDS: administrative appeal; citizens' appeals; e-petition; E-democracy.



## II. Інституційне забезпечення публічної влади



**Олександр Баранов**

доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,  
завідувач наукового відділу правового забезпечення  
у сфері інформаційних технологій  
Науково-дослідного інституту інформатики  
і права НАПрН України  
(м. Київ, Україна)  
baa1@ukr.net

УДК 342.5:004

### ІНФОРМАЦІЙНА СФЕРА: РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУЦІЙНОЇ СИСТЕМИ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

**АНОТАЦІЯ.** У статті розглядається проблема реформування інституційної системи публічної влади в інформаційній сфері, актуальність якої визначається високим рівнем стратегічного впливу стану інформаційної сфери на цивілізаційний розвиток людства. Проблема набуває додаткової актуальності у зв'язку з майбутніми трансформаційними змінами суспільства під впливом впровадження досягнень електронних комунікацій (мережі Інтернету), технологій інтернету речей, Індустрії 4.0, штучного інтелекту і робототехніки, великих даних, генної інженерії, біо- і нанотехнологій тощо.

Метою статті є визначення теоретико-методологічних засад та формулювання практичних рекомендацій щодо реформування інституційної системи публічної влади в інформаційній сфері.

Проаналізовано стан, тенденції та недоліки реформування системи публічної влади в Україні в останні десятиріччя. Акцентується увага на значенні феномену інформаційного суспільства для розвитку цивілізації. Надається характеристика сучасної системи публічної влади та сформульовано її функціонально-цільові принципи з позицій положень теорії великих систем і загальної теорії управління.

На основі положень теорії великих систем, загальної теорії управління та економічної теорії права надається характеристика сучасної системи публічної влади та визначені вимоги до її моделі. Серед цих вимог відповідно до економічної теорії права мінімізація трансакційних витрат розглядається як головний фактор при реформуванні інституціональної системи публічної влади. З урахуванням цього розроблено теоретико-методологічні основи та практичні рекомендації щодо реформування інституційної системи публічної влади в інформаційній сфері, зокрема, визначені загальні вимоги до формування системи публічної влади; функціональні, організаційні та правові вимоги до інституційної системи публічної влади. Запро-

© Олександр Баранов, 2018

Олександр Баранов

поновано принципи системи публічної влади як сукупність загальних та функціональних принципів, наведено характеристику їх складових.

З урахуванням напрацьованих теоретико-методологічних основ сформовано рекомендації щодо реформування інституційної системи, що, як очікується, забезпечить підвищення ефективності системи публічної влади в інформаційній сфері України завдяки різкому зниженню управлінських та регуляторних транзакційних витрат й оптимізації процесів прийняття рішень, зменшенню витрат організаційних, матеріальних, інтелектуальних, юридичних, кадрових, інформаційних, технічних та інших ресурсів, а також зменшенню транзакційних витрат при взаємодії між суб'єктами інформаційної сфери.

Для створення завершеної теоретико-правової та законодавчої бази реформування інституційної системи публічної влади в інформаційній сфері в подальшому доцільне проведення відповідних конституційно-правових, адміністративно-правових й інформаційно-правових досліджень.

Ключові слова: інформаційна сфера; публічна влада; інституційна система; транзакційні витрати.

Важко переоцінити виняткове значення інформації для окремо взятої особистості, групи людей, суспільства і, нарешті, всього людства загалом, адже практично вся діяльність людини базується на використанні інформації. Протягом останніх кількох десятиріч у суспільстві відбувається лавиноподібне збільшення обсягів інформації, яка внаслідок своїх виняткових властивостей слугує найважливішим атрибутом реальної дійсності поряд із матерією та енергією.

Все більше вчених підтримують думку, що інформаційні відносини відбуваються в інформаційній сфері<sup>1</sup>, яку становить повна сукупність інформації та інформаційних процесів, інформаційна інфраструктура, суб'єкти, що здійснюють та забезпечують оборот інформації, всі суспільні відносини, які при цьому виникають, система їх правового регулювання та саморегулювання, а також інституційна система публічної влади в цій сфері<sup>2</sup>.

Усвідомлення того, що від ступеня ефективності функціонування інформаційної сфери фактично залежить доля подальшого розвитку людства призвело до появи з 60-х років минулого століття численних різноманітних теоретичних моделей інформаційного суспільства. Однак сучасне бачення інформаційного суспільства суттєво трансформується завдяки вражаючим перспективам впровадження досягнень елек-

<sup>1</sup> І Арістова та В Чернадчук, 'Концепція інформаційних правовідносин: сутність та особливості використання у сфері банківської діяльності' (2012) 3 Інформація і право 47; И Бачило, *Информационное право. Основы практической информатики: учебное пособие* (Издание г-на Тихомирова М. Ю. 2001) 352; К Беяков, *Информатизация в Украине: проблемы организационно-правового та наукового забезпечення* (КВІЦ 2008) 576; А Логінов, 'Адміністративно-правове забезпечення інформаційної безпеки органів виконавчої влади' (дис канд юрид наук, Національна академія внутрішніх справ України 2005) 236.

<sup>2</sup> О Баранов, *Правове забезпечення інформаційної сфери: теорія, методологія і практика* (Едельвейс 2014) 497.

тронних комунікацій (мережі Інтернету), технологій інтернету речей, Індустрії 4.0, штучного інтелекту і робототехніки, великих даних, генної інженерії, біо- і нанотехнологій тощо.

Багато експертів прогнозують, що внаслідок такого впровадження інновацій в інформаційну сферу найближчі десятиліття будуть характеризуватися значними динамічними цивілізаційними змінами, що призведе до масштабних, докорінних трансформацій в економічній та інших сферах життєдіяльності людства, поширення процесів децентралізації влади, різкого збільшення транскордонних горизонтальних суспільних зв'язків між суб'єктами права, кардинальної трансформації ринку праці, зростання ролі інформаційних та інформаційно-комунікаційних технологій, інформаційних ресурсів, продуктів, послуг тощо.

Проте в Україні останні десятиріччя спостерігаються системні проблеми, які стримують розвиток інформаційної сфери, зокрема:

- невизначеність державної інформаційної політики (з 1997 р.); недостатність темпів демократичних перетворень в інформаційній сфері в частині забезпечення інформаційних прав та інтересів суб'єктів суспільних відносин, доступу до публічної інформації, захисту персональних даних, надання адміністративних й інформаційних послуг тощо, інформаційної відкритості діяльності та процесу прийняття рішень органами публічної влади всіх рівнів тощо;

- низька ефективність в інформаційній діяльності публічної влади, освіти і науці, культурі і мистецтві, видавничій, бібліотечній, архівній і музейній справи, а також в економічній, соціальній, військовій, гуманітарній, медичній, енергетичній, транспортній, агропромисловій, екологічній, банківській та інших сферах;

- недосконалість державної політики формування та розвитку інформаційної інфраструктури, зокрема, телебачення та інших засобів масової інформації, електронних комунікацій, поштового зв'язку, бібліотек та архівів, комп'ютерного програмування та технологій, технологічних складових “електронного” уряду, “електронної” медицини, дистанційного навчання, “електронної” торгівлі, системи електронного документообігу та цифрового підпису, інформаційної та кібербезпеки тощо;

- майже відсутня активність щодо стрімкого впровадження в усі сфери життєдіяльності людини, суспільства і держави стратегічно важливих соціально трансформаційних інформаційних технологій (інтернету речей, штучного інтелекту, робототехніки, електронного банкіngu, криптовалю, технологій блокчейн, “хмарних” технологій, “великих даних”, соціальних мереж та ін.).

Однією з основних причин існування зазначених проблем є довготривала недосконалість інституційної системи публічної влади в інформаційній сфері, що негативно позначилося на стані формування і реалізації державної інформаційної політики, політики розвитку інформаційної інфраструктури, впровадження соціально трансформаційних інформаційних технологій та політики інформаційної безпеки, зміст та практика реалізації яких вже кричуще не відповідають стратегічним інтересам, сучасним потребам, тенденціям і перспективам розвитку України.

Отже, для України в умовах гострої необхідності масштабного реформування та трансформації практично всіх сегментів соціальної активності є вкрай актуальним визначення теоретико-методологічних засад та практичних рекомендацій щодо реформування інституційної системи публічної влади в інформаційній сфері.

Метою дослідження є визначення теоретико-методологічних засад та формулювання практичних рекомендацій щодо реформування інституційної системи публічної влади в інформаційній сфері.

Відповідно до Конституції України державна влада поділяється на законодавчу, виконавчу та судову. Крім того, в ст. 38 Конституції України, зокрема, проголошено, що громадяни мають право брати участь в управлінні державними справами. Тому з урахуванням зазначеного, а також думки певних авторів<sup>3</sup>, у межах цього дослідження будемо використовувати таке визначення: *публічна влада* – це сукупність органів державної влади, місцевого самоврядування та суб'єктів громадянського суспільства.

На початку своєї незалежності внутрішньополітична ситуація в Україні різко повторювала ту, яка була характерна для багатьох держав у середині минулого століття: гостра криза державної влади; ієрархічність організаційної структури виконавчої влади; жорстка централізація державного управління; нерозривність політичної і державної влади; мінімальна участь громадян в управлінні державою тощо. Реакцією на різке падіння у країнах західної демократії довіри населення до державної влади стала поява в 80-ті роки минулого століття теорії нового державного менеджменту (далі – НДМ) як концепції і моделі реформування державного управління. Основна ідея виходу з кризи державної влади полягала в перенесенні в державне управління методів, підходів і механізмів управління бізнесом у ринковій економіці, що знайшла втілення в десяти-

<sup>3</sup> О Кондрашов, *Трансформація публічного управління в умовах розвитку інформаційного суспільства та глобалізаційних процесів: вітчизняний та закордонний досвід: монографія* (Прінт Ю 2016) 624; Ю Лялюк, 'Територіальна організація публічної влади в Україні як конституційно-правова категорія' (2014) 3 Теорія і практика правознавства 1.

ти принципах, які були сформульовані в 1992 р. Д. Осборном і Т. Геблером<sup>4</sup>. Зміст цих принципів можна звести до чотирьох основних тез:

- перехід у державному управлінні на парадигму “споживач (громадянин) – надавач послуг (держава)”;
- для громадян головне – це отримання результату, а не внутрішньо-організаційні проблеми державних органів;
- мінімізація ресурсних витрат при здійсненні державних функцій та наданні адміністративних послуг;
- розширення можливостей самоврядних професійних співтовариств і громадянського суспільства щодо здійснення самоврядування, передусім у питаннях контролю за якістю та змістом адміністративних послуг.

Україна, змінюючи в 90-х роках парадигму державної влади, пішла шляхом її реформування на основі принципів НДМ. Однак фактично під флером інноваційних підходів сталася невдала спроба переходу від жорсткої вертикальної владної ієрархії до певної моделі нового державного менеджменту внаслідок некритичного, метафізичного запозичення зарубіжного досвіду, недостатньої компетентності керівників різного рівня для роботи в нових умовах. Фундаментальні помилки, що були допущені протягом останніх 20-ти років у процесі неодноразових перетворень системи публічної влади, призвели до високої негативної соціальної “ціни” реформ для громадян, різкого падіння рейтингу влади, що, зі свого боку, змушувало політичний істеблішмент знову і знову шукати “нові” варіанти реформи.

Після прийняття в 1998 р. Концепції адміністративної реформи<sup>5</sup>, досить прогресивної для того часу, відбувалися неодноразові зміни складу органів публічної влади, їх повноважень та функцій, періодично проводилися огульні скорочення державних службовців, здійснювалися невдалі спроби формування умов для контролю суспільством дій державного апарату. Але належного результату – підвищення ефективності діяльності системи публічної влади і, як наслідок, поліпшення стану різних сфер життя суспільства і добробуту кожного його члена досягнуто не було, стабільності і впевненості в суспільстві не додалося, діяльність державного апарату прозорою не стала тощо.

Все це повною мірою відноситься і до інформаційної сфери, тому що її система публічної влади співвідноситься із загальнодержавною як частина із цілим. Однак, незважаючи на наявність такої діалектичної

<sup>4</sup> D Osborne and T Gaebler, ‘Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector’ (Addison-Wesley, 1992) <<https://trove.nla.gov.au/work/20981558?selectedversion=NBD9429274>> accessed 28 November 2018.

<sup>5</sup> Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні: Указ Президента України від 22 липня 1998 р. № 810. *Урядовий кур’єр*. 1998. № 141-142.

Олександр Баранов

єдності, дослідження проблеми визначення теоретико-методологічних засад реформування інституційної системи публічної влади в інформаційній сфері можливо проводити досить автономно, зважаючи на такі обставини:

– інформаційна сфера має індивідуальні закономірності розвитку і свою специфічну інституційну систему; інформаційна сфера має високий потенціал і динаміку розвитку, що часто значно перевищує інші сфери;

– розвиток інформаційної сфери відбувається випереджаючими темпами порівняно з іншими сферами соціальної активності;

– зміни у великих, складних і взаємозалежних соціальних системах, таких як система публічної влади в державі або в окремих сферах соціуму з метою зменшення ризиків, доцільно проводити не одночасно і не в повному обсязі, а задіюючи метод пілотних реформ шляхом виділення опорних і проривних сфер, до яких, безумовно, відноситься інформаційна сфера.

Розроблені й апробовані для інформаційної сфери теоретико-методологічні основи та практичні рекомендації реформування складу, принципів, повноважень і функцій інституційної системи публічної влади згодом можуть бути використані в інших сферах соціуму.

Із середини минулого сторіччя у світі поширилася думка про те, що людство йде в інформаційне суспільство, а ХХІ ст. буде століттям інформаційних комп'ютерних технологій (далі – ІКТ).

При цьому багато дослідників доходять розуміння, що “інформаційне суспільство” не є суспільством нового типу, воно швидше демонструє результати впливу широкого впровадження ІКТ на соціальні процеси, які практично не змінюють свого початкового змісту<sup>6</sup>. На думку Л. Карвалікса, сьогодні не можна виділити жодне з визначень терміна “інформаційне суспільство”, яке могло б задовольнити всіх і яке поширювалося б на всі підсистеми соціуму, але цілком можливо дати таке визначення, яке відповідало б інтересам дослідження конкретних сегментів соціальної діяльності<sup>7</sup>.

З урахуванням зазначеного та в інтересах юридичної науки пропонується використовувати таке визначення: *інформаційне суспільство* – це суспільство, в якому вся сукупність суспільних відносин із метою підвищення ефективності людської діяльності в різних сферах (політиці, економіці, державному управлінні, військовій справі, освіті, культурі,

www.pravoua.com.ua

<sup>6</sup> Ф Уэбстер, *Теории информационного общества* (Аспект Пресс 2004) 400.

<sup>7</sup> L Karvalics, 'How to defend the original, multicriteria theories of Information Society?' (*3rd ICTs and Society Meeting: Paper Session*, 2010) <<http://triple-c.at/index.php/tripleC/article/viewFile/214/173>> accessed 28 November 2018.

розвагах, особистому житті тощо) реалізується на засадах максимального використання інформаційних комп'ютерних технологій<sup>8</sup>.

Отже, зміст суспільного розвитку на сучасному етапі свідчить про те, що подальший прогрес людства однозначно пов'язано з широким впровадженням ІКТ, або, інакше кажучи, із розвитком інформаційного суспільства. Тому розбудова інформаційного суспільства стає потужним стимулюючим фактором розвитку інформаційної сфери, оскільки передбачає значне розширення сфер суспільних відносин, безпосередньо пов'язаних як з оборотом інформації, так і з забезпеченням цього обороту.

Систему публічної влади в сучасних державах, беручи до уваги положення теорії великих систем і загальної теорії управління, потрібно уявляти як велику та складну систему управління сукупністю соціальних об'єктів (сфери соціальної діяльності (політика, економіка, державне управління, військова справа, місцеве самоврядування, освіта, культура, особисте життя тощо), соціальні утворення (самоврядні спільноти різної природи, суб'єкти громадянського суспільства, громади населених пунктів, організації, підприємства, спільноти індивідуумів тощо), соціально-інфраструктурні комплекси (інформаційний, транспортний, енергетичний, дорожній тощо), юридичні особи тощо).

Систему публічної влади можна охарактеризувати таким чином:

- складається з великої кількості взаємопов'язаних загальнодержавних і локальних систем управління соціальними об'єктами;
- має базову мету функціонування як загалом для системи публічної влади, так й основну мету для загальнодержавних і локальних її складових, кожна з яких має бути гармонізована як з базовою, так і одна з одною на компромісній основі;
- базова мета функціонування як загалом для системи публічної влади, так і основна мета для загальнодержавних і локальних її складових, як правило, складається зі спектра локальних цілей, які внаслідок надзвичайної складності соціальних процесів можуть суперечити як одна одній, так і меті загальнодержавних та інших локальних систем управління (наприклад, отримання максимального прибутку й оподаткування, свобода слова і її обмеження на законних підставах, соціальні пільги та оптимізація бюджетних витрат тощо);
- визначення будь-яких цілей функціонування повинно здійснюватися з урахуванням наявності впливів як з боку зовнішнього середовища, яке, зокрема, представляють інші соціальні об'єкти управління вищого чи рівного порядку (міжнародні, іноземні, галузеві або територіаль-

<sup>8</sup> Баранов (н 2) 497.

ні), так і з боку внутрішнього середовища, яке, зокрема, представляють однорангові (конкуруючі) соціальні об'єкти управління;

– стійкий і стабільний розвиток соціуму засновано на прагненні системи публічної влади формувати раціональні (близькі до оптимальних) управлінські рішення, забезпечувати оперативну адаптацію до мінливих зовнішніх і внутрішніх впливів (факторів);

– необхідною умовою реалізації прагнення формувати раціональні управлінські рішення, забезпечувати оперативну адаптацію є наявність достовірної, своєчасної та повної інформації про якісні та кількісні характеристики стану систем та об'єктів управління, про зовнішні і внутрішні впливи й умови, що вимагає створення ефективної інформаційної сфери та інформаційної інфраструктури як на локальному, так і на загальнодержавному рівні.

З огляду на уявлення сучасної держави як великої і складної системи управління, сформулюємо такі основні принципи формування цілей функціонування, які назвемо *функціонально-цільові принципи системи публічної влади*.

1. *Максимального врахування соціальних систем, суб'єктів та об'єктів, що дотичні до конкретного процесу соціального управління.* Формування цілей функціонування конкретної системи управління соціальним об'єктом має відбуватися за умови врахування максимально можливої кількості зовнішніх і внутрішніх чинників, що впливають на процес управління, з подальшим їх системним аналізом, та за умови врахування вже сформованих цілей інших взаємопов'язаних соціальних систем управління.

2. *Використання достовірної, своєчасної та повної інформації.*

3. *Максимізація ефективності прийнятих рішень.* Управлінські рішення у системі публічної влади повинні забезпечувати отримання максимального ефекту не тільки завдяки мінімізації власних ресурсів системи управління, які витрачаються, зокрема й на організацію процедур управління, а й за допомогою мінімізації негативних впливів на інші соціальні об'єкти управління, що мають соціально позитивні цілі функціонування.

4. *Рівність і відсутність дискримінації.* Управлінські рішення в системі публічної влади, що приймаються щодо однорідних (однорангових) соціальних об'єктів управління, повинні бути максимально однаковими для них усіх і не створювати преференції для окремих об'єктів.

Запропоновані функціонально-цільові принципи дають змогу сформувати *вимоги до моделі системи публічної влади*:

1. *Обов'язковість врахування громадської думки з метою задоволення інтересу представників всіх верств суспільства при формуванні та кори-*



гуванні мети (цілей) як загалом системи публічної влади, так і загальнодержавних та локальних її складових. Як правило, це відбувається у межах конституції, законів та нормативно-правових актів, що приймаються органами публічної влади держави.

2. *Забезпечення формування та реалізації державних політик* з метою ефективного досягнення всіх без винятку цілей функціонування системи публічної влади, які були легітимно і легально визначені.

3. *Відкритість і прозорість системи публічної влади* з метою забезпечення участі всіх зацікавлених об'єктів і суб'єктів у формуванні базових, основних та локальних цілей управління соціальними об'єктами і політик їх досягнення.

4. *Забезпечення достовірної, своєчасної та повної інформації*, необхідної для прийняття рішень, з метою досягнення всіх без винятку цілей системи публічної влади.

5. *Оптимізація функцій і структури інституційної системи публічної влади* з метою забезпечення виконання як загальнодержавних, так і локальних цілей.

6. *Мінімізація трансакційних витрат при функціонуванні інституціональної системи публічної влади*, що передбачає застосування принципів адміністрування “good governance”, децентралізацію та делегування низки публічних функцій самоврядним об'єктам.

Виконання зазначених вимог має важливе значення для забезпечення ефективності системи публічної влади. Проілюструємо це на прикладі вимоги про мінімізацію трансакційних витрат. Звернемося до суміжної з юриспруденцією економічної теорії права (Р. Коуз – лауреат Нобелівської премії з економіки, професори Р. Познер і Г. Калабрезі)<sup>10</sup>. Центральною ідеєю теорії економіки права є те, що правові норми повинні конструюватися, зважаючи на принципи раціонального максималізму та ефективності, як це відбувається в економіці. У результаті на основі положень теорії економіки права були запропоновані *загальні рекомендації до формування правової системи*<sup>11</sup>:

1. Закон (правові норми) повинен сприяти зниженню трансакційних витрат (витрати, які супроводжують взаємодію суб'єктів права один з одним), зокрема, усуваючи штучні бар'єри на шляху добровільного обміну та забезпечуючи виконання укладених контрактів.

<sup>9</sup> Recommendation CM/Rec (2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration (Adopted by the Committee of Ministers on 20 Jun) <[http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/administrative\\_law\\_and\\_justice/Texts\\_& Documents/Conv\\_Rec\\_Res/Rec\(2007\)7\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/administrative_law_and_justice/Texts_& Documents/Conv_Rec_Res/Rec(2007)7_en.pdf)> accessed 28 November 2018.

<sup>10</sup> Р. Капелюшников, ‘Новая институциональная теория’ (Московский Либертариум, 23 августа 1998) <<http://www.libertarium.ru/10625>> дата обращения 28 Ноябрь 2018.

<sup>11</sup> Там само.

2. Закон повинен чітко визначати і надійно захищати права власності, перешкоджаючи переродженню добровільних угод у вимушені. В умовах низьких трансакційних витрат, як це впливає з теореми Р. Коуза, усунення невизначеності в наділенні правами власності буде призводити до розширення кола добровільного обміну.

3. При високих трансакційних витратах законодавство повинно обирати і встановлювати найбільш ефективний, з усіх доступних, розподіл прав власності, тобто такий розподіл, до якого економічні агенти приходили б самі, якби їм у цьому не перешкоджали високі трансакційні витрати.

У межах тематики цієї статті будемо розуміти, що у широкому сенсі трансакційні витрати – це непродуктивні витрати грошових, часових, організаційних, інтелектуальних, матеріально-технічних та інших ресурсів у процесі здійснення основної діяльності суб'єктів інформаційної діяльності, яка тим чи іншим чином пов'язана з органами публічної влади.

У нашому випадку до трансакційних витрат можуть бути віднесені всі непродуктивні витрати в інформаційній сфері, пов'язані з формуванням та реалізацією державної політики; отриманням ліцензій, дозволів та інших адміністративних рішень (послуг) суб'єктами підприємницької діяльності; здійсненням взаємодії споживачів із надавачами послуг та замовників із виконавцями робіт, а також з органами державного нагляду та контролю; укладенням і виконанням контрактів між суб'єктами інформаційних відносин; збором, обробкою та аналізом інформації в процесі реалізації державної політики, а також із забезпеченням інформаційної взаємодії органів державної влади між собою та з іншими суб'єктами; судовим захистом порушених прав або інтересів тощо.

Зрозуміло, що максимальне зниження рівня трансакційних витрат є вирішальним фактором забезпечення ефективності функціонування системи публічної влади в інформаційній сфері. Беручи до уваги базову умову щодо максимального зниження трансакційних витрат пропонуються такі загальні вимоги до формування системи публічної влади:

1. *Базова й основна мета, а також локальні цілі функціонування системи публічної влади полягають у забезпеченні всебічного і всеосяжного розвитку інформаційної сфери, який спрямовано на створення умов для реалізації інформаційних свобод, гарантування інформаційних прав і задоволення інформаційних інтересів та потреб усіх без винятку суб'єктів інформаційних відносин, створення сприятливих умов для формування інформаційної інфраструктури.*

2. *Мінімізація трансакційних витрат, які можуть супроводжувати, насамперед, процеси державного регулювання й управління діяльністю*

суб'єктів правовідносин в інформаційній сфері та процеси взаємодії цих суб'єктів.

3. *Мінімізація або навіть усунення адміністративних бар'єрів у процесі формування, прийняття та реалізації регуляторних й управлінських рішень органами публічної влади або в процесі укладення і здійснення контрактів між суб'єктами інформаційних відносин.*

4. *Формування і реалізація державної політики органів публічної влади, яка сприяла б визначенню та застосуванню найбільш ефективних методів і засобів компенсації або мінімізації трансакційних витрат на недискримінаційній основі відкритості та справедливості.*

Вочевидь досягнення як базової та основної мети, так і локальних цілей при одночасній мінімізації трансакційних витрат як суб'єктів інформаційної сфери, так і органів публічної влади, що є засадничим підґрунтям забезпечення ефективності їхньої діяльності, стає можливим лише за умови формування обґрунтованих за змістом принципів діяльності, функцій та повноважень, складу та структури інституційної системи публічної влади.

На основі запропонованих загальних вимог до формування системи публічної влади з урахуванням рекомендації до правової системи, які впливають із положень теорії економіки права, сформулюємо *вимоги до інституційної системи публічної влади.*

*I. Функціональні вимоги до інституційної системи публічної влади:*

1) наявність необхідного і достатнього переліку публічних функцій для досягнення всіх цілей функціонування системи публічної влади; 2) виключення дублювання публічних функцій у різних органах публічної влади; 3) мінімізація для конкретного органу публічної влади ланцюжка використання результатів виконання публічних функцій іншими органами публічної влади; 4) концентрація однорідних за предметною сферою публічних функцій в одному органі публічної влади; 5) поділ публічних функцій за функціональною ознакою: законодавчі, координаційні, управлінські, регуляторні та контрольні функції; 6) раціональне делегування виконання публічних функцій саморегульованим організаціям, стимулювання прийняття ними відповідних правил або кодексів галузевої діяльності.

*II. Організаційні вимоги до інституційної системи публічної влади:*

1) перелік публічних функцій, повноважень і регламентація діяльності органу публічної влади визначається виключно на підставі положень конституції або закону; 2) обов'язковість наявності постійного функціонального (інформаційного) зв'язку з усіма дотичними органами державної влади та суб'єктами інформаційної сфери при оцінці її стану,

вироблення стратегічних пропозицій, формування і реалізація державної політики щодо її розвитку і трансформації; 3) наявність ефективної інформаційної взаємодії з різними саморегулюючими організаціями, що представляють як різні сегменти інформаційної сфери, так і споживачів та представників громадянського суспільства.

*III. Особливі правові вимоги:* 1) визначення правового статусу власності на інформацію та інформаційні продукти, а також визначення правових режимів їх використання; 2) розгляд суперечок стосовно порушення прав, інтересів і зобов'язань суб'єктами суспільних відносин має базуватися на визнанні презумпції забезпечення свободи слова та використання інформації, а також наявності права власності на інформаційні продукти; 3) визначення доцільності створення системи інформаційних спеціалізованих судів з огляду на поширеність, високу значущість, специфічність, передусім технологічну, змісту суперечок між суб'єктами суспільних відносин, пов'язаних з інформацією, а також актуальності вимоги мінімізації часу на їх врегулювання.

Проблема реформування інституційної системи публічної влади (адміністративна реформа), як правило, не має однозначного вирішення. Це обумовлено тим, що функції публічної влади постійно змінюється за складом і змістом залежно від зміни зовнішніх і внутрішніх політичних, економічних і соціальних факторів. Крім того, відомо, що будь-яка задана сукупність функцій, зокрема й публічних, може бути реалізована деякою кількістю варіантів інституційної системи, конкретна конфігурація якої для системи публічної влади залежить від змісту консенсусної національної ідеї і легітимної мети розвитку, ментальних, соціальних і моральних цінностей суспільства, історичних і політичних традицій, суспільної правосвідомості, особливостей сформованої правової системи і від багатьох інших факторів, зокрема й суб'єктивних.

Тому бажано, щоб процес реформування інституційної системи ґрунтувався на певній сукупності принципів, які дали б змогу реалізувати системний підхід і запропонувати максимально ефективну модель системи публічної влади. У нашому випадку при реформуванні інституційної системи публічної влади в інформаційній сфері, як і в будь-якій іншій сфері соціальної активності, пропонуються для використання такі загальні принципи системи публічної влади.

#### *I. Загальні принципи системи публічної влади:*

1. *Повнота цілей* – формування повної множини цілей функціонування системи публічної влади в інформаційній сфері, ґрунтуючись на інтересах індивідуумів, суспільства і держави, вимог конституції та законів.

2. *Мінімізація інституційної системи* – максимальна концентрація окремих публічних (законодавчих, координаційних, управлінських, регуляторних і контрольних) функцій, сумісних за сферою, предметом, змістом і формами здійснення, в окремих органах публічної влади.

3. *Кінцева відповідальність* – конкретизація відповідальності за досягнення кінцевого результату досягнення певної цілі шляхом концентрації повного набору повноважень в окремому органі публічної влади, який є достатнім для самостійної реалізації ним будь-якої публічної функції.

4. *Достатність ресурсів* – забезпечення відповідно до повноважень і функцій кожного органу публічної влади адекватними за змістом та обсягом вчасними організаційними, інтелектуальними, юридичними, кадровими, інформаційними, технічними й іншими ресурсами.

5. *Координація горизонтальних взаємозв'язків* – раціональний розподіл повноважень між органами публічної влади, органами самоврядування та суб'єктами громадянського суспільства, відповідно до якого передаватиметься здійснення певних публічних функцій.

6. *Інформаційна відкритість* – наявність ефективної інформаційної взаємодії між органами публічної влади, об'єктами управління, громадянами і громадянським суспільством з метою забезпечення доступу до всієї інформації, яка необхідна для участі у процесі прийняття рішень та їх виконання.

II. *Функціональні принципи системи публічної влади:*

1. *Функціональний поділ публічних функцій на види.*

У ролі можливої класифікації можна запропонувати такі види публічних функцій: законодавчі; координації; формування та реалізації державної політики; регулювання; надання публічних (адміністративних послуг); державного контролю та нагляду; управління державними майновими комплексами<sup>12</sup>.

2. Метою реалізації цього принципу є виявлення випадків: повного або часткового дублювання конкретних публічних функцій; невідповідності наявності або змісту публічних функцій положенням конституції та (або) законів; відсутності публічних функцій, наявність яких передбачена положеннями конституції та (або) законів, а також синтезування публічних функцій, які необхідні для досягнення стратегічних цілей з далеким горизонтом планування (20–30 років);

<sup>12</sup> Т Мотренко (заг ред), *План модернізації державного управління* (Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу 2010) 396; А Баранов, *Информационная инфраструктура: проблемы регулирования деятельности* (Видавничий дім Дмитра Бурого 2012) 352.

*2. Максимальна концентрація однорідних публічних функцій в одному органі публічної влади.*

Реалізація цього принципу створює ефективні умови для: підвищення експертного потенціалу законодавчого органу в межах його спеціалізованих комітетів; забезпечення інституційного поділу функції формування державної політики та функції регулювання; виключення конфлікту інтересів, що виникає при одночасній наявності у певного органу публічної влади функцій надання адміністративних послуг, функції управління державним майновим комплексом та функції формування державної політики.

*3. Ієрархічний поділ публічних функцій.*

Виконання цього принципу передбачає неухильне дотримання низки умов при функціонуванні інституціональної системи публічної влади:

1) системна функція формування та реалізації державної політики, видання нормативно-правових актів загальної дії повинна здійснюватися виключно одним органом публічної влади, відповідальним за певну сферу життєдіяльності суспільства;

2) реалізація публічних функцій регулювання, надання публічних (адміністративних) послуг, державного контролю і нагляду, управління державними майновими комплексами повинна відбуватися виключно відповідно до легально та легітимно сформованої державної політики.

Реалізація принципу ієрархічного поділу публічних функцій дає змогу забезпечити єдине джерело державної політики в якійсь певній сфері та несуперечливу її реалізацію.

Сучасна інституційна система публічної влади в інформаційній сфері України складається з 15 основних органів публічної влади: Верховна Рада України, Рада національної безпеки і оборони України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Міністерство інформаційної політики України, Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, Адміністрація Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, Міністерство інфраструктури України, Міністерство культури України, Міністерство юстиції України, Державне агентство з питань електронного урядування України, Державний комітет телебачення й радіомовлення України, Державна архівна служба України, Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, Національна рада України з питань телебачення.

За результатами порівняльного аналізу функцій існуючої інституційної системи та на основі розроблених у статті теоретико-методологічних основ реформування інституційної системи сформуємо такі рекоменда-

ції до складу перспективної інституціональної системи публічної влади в інформаційній сфері України.

Пропонується ввести до складу перспективної інституційної системи в інформаційній сфері України 11 органів публічної влади: Верховна Рада України, Рада національної безпеки і оборони України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Міністерство інформаційної політики України, Державна служба комунікацій України, Державна архівна служба України, Державне агентство комунікацій України, Державна інспекція в інформаційній сфері України, Адміністрація Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, Національна комісія, що здійснює регулювання у сфері зв'язку та інформатизації.

Зауважимо, що якщо виключити з цих переліків багатофункціональні органи (Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Рада національної безпеки і оборони України), то запропонована модель забезпечує майже вдвічі скорочення складових інституційної системи публічної влади в інформаційній сфері.

Як приклад реформування інституційної системи публічної влади наведемо перелік публічних функцій для *Міністерства інформаційної політики України*.

Попередньо визначимо сегменти суспільної активності, які потрібно віднести до сфери впливу (відповідальності) цього Міністерства за результатами дослідження інформаційної сфери, з урахуванням її особливостей як на сучасному етапі розвитку, так і в майбутньому. Інформаційну складову умовно можна поділити на дві складові: інформаційну та інфраструктурну.

I. *Інформаційна складова інформаційної сфери* – це повна сукупність інформаційних правовідносин, об'єктом яких є інформація, тобто сфера обороту інформації: її створення, передача, використання, зберігання та утилізація.

II. *Інфраструктурна складова інформаційної сфери* – це повна сукупність правовідносин, об'єктом яких є створення, функціонування, регулювання діяльності суб'єктів інформаційної інфраструктури, тобто суб'єктів, які забезпечують оборот інформації.

Відповідно до базової мети розвитку інформаційної сфери та змісту діяльності в усіх її сегментах суспільної активності в результаті синтезу отримуємо такий варіант основних функцій Міністерства інформаційної політики України:

– формує та реалізує державну політику в інформаційній сфері, включаючи питання розвитку інформаційного суспільства, національної системи інформаційних ресурсів та продуктів, засобів масової інформації,

інформаційної інфраструктури, використання радіочастотного ресурсу, забезпечення інформаційної безпеки з метою забезпечення та захисту інформаційних прав, свобод та інтересів, а також інформаційних потреб усіх суб'єктів інформаційних відносин за умови обов'язкового проведення широких консультацій з представниками громадянського суспільства, самоврядних професійних асоціацій різних секторів інформаційної сфери;

– формує державну політику регулювання, контролю і нагляду, управління державними майновими комплексами в інформаційній сфері;

– формує державну політику інформаційної безпеки і реалізує державну політику в цій сфері в межах компетенції;

– формує і реалізує політику в сфері розвитку інформаційної інфраструктури, стандартизації та сертифікації;

– виконує координуючі функції з розвитку інформаційного суспільства, технологій інтернету речей, штучного інтелекту і робототехніки, технологічних складових “електронного” уряду, “електронної” медицини, дистанційного навчання, “електронної” торгівлі, системи електронного документообігу та цифрового підпису, інформаційної безпеки тощо; організовує наукове забезпечення функціонування і розвитку інформаційної сфери;

– виконує обов'язки Адміністрації зв'язку України з питань виконання функцій України як держави – члена Міжнародного союзу телекомунікацій та Міжнародного поштового союзу.

Основна ідея, яка була реалізована в запропонованому варіанті інституціональної системи публічних органів в інформаційній сфері, полягає в концентрації функцій публічного управління та публічного регулювання в двох органах публічної влади: в Міністерстві інформаційної політики України і в Національній комісії, що здійснює регулювання у сфері зв'язку та інформатизації.

Без сумніву, реалізація запропонованих теоретико-методологічних засад та практичних рекомендацій щодо реформування інституційної системи публічної влади в інформаційній сфері потребує відповідного правового підґрунтя. Оскільки найбільш важливі засади побудови системи публічної влади відображаються у Конституції України, то певні її положення потребують або доповнення, або вдосконалення. Наприклад, це стосується наявності згадувань конкретних назв окремих органів публічної влади в інформаційній сфері, хоча більш раціональним було б зазначення лише окремих функцій, необхідних для досягнення певної мети. Також потребує уточнення вимога регулювання певного кола суспільних відносин виключно законами України, визначення засад вза-



модії органів публічної влади з суб'єктами громадянського суспільства, наповнення змістом права громадян брати участь в управлінні державними справами тощо.

Останнім часом все більше вчених поділяють необхідність перегляду традиційного змісту предмета адміністративного права, підкреслюючи його виняткову роль у створенні сприятливих правових умов для функціонування системи публічної влади<sup>13</sup>. На нашу думку, саме в межах адміністративного права повинні бути визначені принципи формування та функціонування усіх складових публічної влади, закладені правові вимоги щодо визначення повноважень і функцій, необхідних для досягнення як базової та основної мети, так і локальних цілей системи публічної влади, визначені типи складових інституційної системи державної влади та правові засади їх взаємодії, а також повна сукупність правових норм, регулюючих суспільні відносини, які мають місце у зв'язку з формуванням та реалізацією державної політики, функціонуванням інституційної системи публічної влади тощо.

Крім того, вкрай необхідним буде визначення правових особливостей створення та функціонування інституційної системи державної влади з урахуванням специфіки сучасних і майбутніх інформаційних процесів та інформаційних правовідносин, а тому вочевидь потребують дослідження відповідні положення теорії інформаційного права та інформаційного законодавства.

Висновки. Оскільки стан інформаційного суспільства, інформаційної інфраструктури, інформаційних процесів є критичним для майбутнього розвитку держави, проблема проведення реформування інституційної системи публічних органів в інформаційній сфері є актуальною.

Запропоновані теоретико-методологічні основи реформування дали змогу сформулювати практичні пропозиції щодо формування перспективної інституційної системи публічного управління в інформаційній сфері, яка максимально орієнтована на розвиток інформаційної сфери відповідно до сучасних тенденцій прогресу суспільства з огляду на широке використання інформаційних комп'ютерних технологій в усіх сегментах соціальної активності.

Відповідно до наданих пропозицій очікується суттєве підвищення ефективності системи публічної влади в інформаційній сфері завдяки різкому зниженню управлінських та регуляторних трансакційних витрат й оптимізації процесів прийняття рішень, зменшенню витрат організа-

<sup>13</sup> В Авер'янов (голов ред), *Адміністративне право України. Академічний курс*, т 1 (Юридична думка 2004) 584; Ю Битяк, *Адміністративне право України* (Юрінком Інтер 2007) 544; Р Мельник та В Бевзенко, *Загальне адміністративне право: навчальний посібник* (Ваіте 2014) 376.

Олександр Баранов

ційних, матеріальних, інтелектуальних, юридичних, кадрових, інформаційних, технічних і інших ресурсів, а також зменшенню трансакційних витрат при взаємодії між суб'єктами інформаційної сфери.

Вбачається за доцільне проведення широких конституційно-правових, адміністративно-правових та інформаційно-правових досліджень з метою створення відповідного науково-правового та законодавчого підґрунтя для реалізації розроблених теоретико-методологічних засад і практичних рекомендацій щодо реформування інституційної системи публічної влади в інформаційній сфері.

## REFERENCES

### List of legal documents

#### *Legislation*

1. Recommendation CM/Rec (2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration (Adopted by the Committee of Ministers on 20 Jun) <[http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/administrative\\_law\\_and\\_justice/Texts\\_& Documents/Conv\\_Rec\\_Res/Rec\(2007\)7\\_en.pdf/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/Texts_& Documents/Conv_Rec_Res/Rec(2007)7_en.pdf/)> accessed 28 November 2018 (in English).
2. Pro zakhody chodo vprovadshennia Kontseptsii administratyvnoi reform v Ukrainy [On Measures to Implement the Concept of Administrative Reform in Ukraine]: Ukaz Prezydenta Ukrainy [Decree of the President of Ukraine] vid 22 lypnia 1998 r. № 810. *Uriadovyi kurer*. 1998. № 141-142 (in Ukrainian).

### Bibliography

#### *Authored books*

3. Osborne D and Gaebler T, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector* (Addison-Wesley 1992) (in English).
4. Bachilo I, *Informatsionnoe pravo. Osnovy prakticheskoi informatiki [Information Infrastructure: Issues of Activity Regulation]* (Izd g-na Tikhomirova M. Yu. 2001) (in Russian).
5. Baranov A, *Informatsionnaia infrastruktura: problemy pegulirovaniia deiatelnosti [Information Infrastructure: Problems of Regulation of Activities]* (Vydavnychii dim Dmytra Burago 2012) (in Russian).
6. – –, *Pravove zabezpechennia informatsiinoi sfery: teoriia, metodologiia i praktyka: monografiia [Legal Support of Information Sphere: Theory, Methodology and Practice: Monograph]* (Edelveis 2014) (in Ukrainian).
7. Beliakov K, *Informatyziatsiia v Ukraini: problem organizatsiinogo-pravovogo ta naukovogo zabezpechennia: monografiia [Informatization in Ukraine: Issues of Legal Organizational and Scientific Support: Monograph]* (KVITS 2008) (in Ukrainian).
8. Bytiak Yu, *Administratyvne pravo Ukrainy [Administrative Law of Ukraine]* (Yurinkom Inter 2007) (in Ukrainian).
9. Kondrashov O, *Transformatsiia publichnogo upravleniia v umovakh pozvytku informatsiinogo suspilstva ta globalizatsionnykh protsesiv: vitchizniani ta zakordonnyi dosvid: monografiia [Transformation of Public Administration in the Context of*

*Information Society Development and Globalization Processes: National and Foreign Experience: Monograph*] (Print Yu 2016) (in Ukrainian).

10. Melnik R ta Bevzenko V, *Zagalne administratyvne pravo: navchalnyi posibnyk [General Administrative Law: Teaching Manual]* (Vaite 2014) (in Ukrainian).
11. Uebster F, *Teorii informatsionnogo obchestva [Theories of the Information Society]* (Aspekt Press 2004) (in Russian).

*Edited books*

12. Averianov V (golov red), *Administratyvne pravo Ukrainy. Akademichnyi kurs [Administrative Law of Ukraine. Academic Course]*, t 1 (Yurydychna dumka 2004) (in Ukrainian).
13. Motrenko T (zag red), *Plan modernizatsii derzhavnogo upravlinnia [Plan of Public Administration Modernization]* (Tsentr adaptatsii derzhavnoi sluzhby do standartiv Evropeiskogo Soyuzu 2010) (in Ukrainian).

*Journal articles*

14. Aristova I ta Chernadchuk V, 'Kontseptsiiia informatsiinykh pravovidnos: sutnist ta osoblyvosti vykorystannia u sferi bankivskoi diizkyosty' ['The Concept of Information Legal Relations: Essence and Specifics of Use in the Banking Sector'] (2012) 3 *Informatsiia i pravo* 47 (in Ukrainian).
15. Lialyuk Yu, 'Terytorialna organizatsiia publichnoi vlady v Ukrainy iak konstutsino-pravova kategoriia' ['Territorial Organization of Public Authority in Ukraine as a Legal Constitutional Category'] (2014) 3 *Teoriia i praktyka pravoznavstva* 1 (in Ukrainian).

*Dissertation*

16. Loginov A, 'Administratyvno-pravove zabezpechennia informatsiinoi bezpeky opoganiv vykonavchoi vlady' ['Administrative Legal Support of Information Security of Executive Authorities'] (dis kand yuryd nauk, Natsionakna akademiia vnutrishnikh sprav Ukrainy 2005) (in Ukrainian).

*Websites*

17. Karvalics L, 'How to defend the original, multicriteria theories of Information Society?' (*3rd ICTs and Society Meeting*; Paper Session, 2010) <<http://triple-c.at/index.php/tripleC/article/viewFile/214/173>> accessed 28 November 2018 (in English).
18. Kapelyushnikov R, 'Novaia institutsinalnaia teoriia' ['New Institutional Theory'] <<http://www.libertarium.ru/10625>> accessed 28 November 2018 (in Russian).

Oleksandr Baranov

THE INFORMATION SPHERE:  
REFORMING THE INSTITUTIONAL SYSTEM OF PUBLIC AUTHORITY

ABSTRACT. The article focuses on the issue of reforming the institutional system of public authority in the information sphere, being highly relevant today owing to a high level of strategic influence which the state of the information sphere exerts on the civilizational development of mankind. This issue is becoming even more topical given the upcoming transformational changes in society as a consequence of introduced achievements of electronic communications (the Internet), the Internet of things technologies,

Олександр Баранов

Industry 4.0, artificial intelligence and robotics, big data, genetic engineering, bio- and nanotechnologies etc.

The purpose of the article is to find out the theoretical and methodological foundations and formulate the practical recommendations for reforming the institutional system of public authority in the information sphere.

The author analyzes the state, trends and gaps in the reforms of the system of public authority in Ukraine over the past decades, with a particular focus on the importance of the phenomenon of information society for the development of civilization. The author offers his characterization of the modern system of public authority and formulates its functional principles and targets from the perspective of the provisions of the big systems theory and the general theory of administration.

On the basis of the theory of big systems, the general theory of administration and the economic theory of law, the article characterizes the modern system of public authority and determines the requirements to its model. According to the economic theory of law, among these requirements, minimization of transaction costs is seen as the main factor for the reforms of the institutional system of public authority. Accordingly, the author develops theoretical and methodological foundations and practical recommendations for reforming the institutional system of public authority in the information sphere, in particular, determines general requirements according to which the system of public authority is to be formed; and also functional, organizational and legal requirements to the institutional system of public authority. The author suggests the principles of the system of public authority as a set of general and functional principles and describes their constituent parts.

Based on the established theoretical and methodological foundations, the author develops recommendations for reforming the institutional system which is expected to ensure an enhanced efficiency of the public authority system in the information sphere of Ukraine by a sharp reduction of administration and regulatory transaction costs and optimization of decision-making processes, reduction of the costs of organizational, material, intellectual, legal, HR, information, technical and other resources, as well as by cutting of transaction costs pertaining to the interaction of subjects of the information sphere.

With a view to creating an accomplished legal theoretical and legislative framework for reforming the institutional system of public authority in the information sphere, appropriate legal constitutional, legal administrative and legal information studies are advisable in the future.

KEYWORDS: information sphere; public authority; institutional system; transaction costs.



## Тетяна Коломoeць

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України,  
заслужений юрист України,  
декан юридичного факультету  
Запорізького національного університету  
(м. Запоріжжя, Україна)  
t\_deputy@ukr.net

УДК 342:08:005.13:340.5

### СТИМУЛИ ДЛЯ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ: ЧИ ЗАДОВІЛЬНОЮ Є МОДЕЛЬ ЇХ ЗАКРІПЛЕННЯ

АНОТАЦІЯ. Результативність, ефективність та якість державної служби загалом залежить від діяльності кожного державного службовця, його вмотивованого прагнення до нової ініціативної правомірної поведінки, прояву додаткових зусиль задля досягнення найкращих результатів у професійній діяльності. Чим краще державний службовець працює – тим вищими є показники його службової діяльності за підсумками оцінювання, тим співрозмірнішою має бути реакція з боку держави у вигляді додаткових благ для цієї особи, роль яких відіграють різноманітні стимули. Ефективність використання ресурсу як оцінювання результатів службової діяльності державних службовців, так і стимулів за його підсумками залежить від закріплення їх правових засад, досконалості змісту та відповідності, з урахуванням новаційності для вітчизняної правничої науки, законодавства та правозастосування, зарубіжним аналогам, що істотно актуалізується в умовах докорінного оновлення законодавства України про державну службу та його наукового базису.

Метою статті є аналіз результатів закріплення засад оцінювання результатів службової діяльності державних службовців та застосування стимулів за його підсумками у вітчизняному законодавстві з одночасним їх порівнянням із зарубіжними аналогами задля з'ясування ступеня відповідності обраної моделі вирішення цього питання реальним потребам і викликам сьогодення, формулювання авторських пропозицій коригуючого характеру.

Доводиться, що в Україні впроваджено модель “оцінювання якостей державних службовців”, яка поширена у країнах континентальної правової сім'ї, щоправда, підхід законодавця до закріплення її засад, зокрема і в аспекті запозичення зарубіжного досвіду, є доволі спрощеним та вибіркоким як щодо визначення базових понять, принципів, стадій, інструментарію процедури оцінювання, кількості та розмаїття стимулів за її підсумками, так і формулювання самих нормативних положень (переважно узагальнений, суперечливий зміст, перенасичення оціночними поняттями тощо), що зумовлює проблеми для правозастосування.

© Тетяна Коломoeць, 2018

Тетяна Коломосць

У підсумку робиться висновок про те, що вітчизняна модель нормативної регламентації засад оцінювання та стимулів за його підсумками у повному обсязі не відповідає потребам і викликам сьогодення. Для удосконалення пропонується посилення засад її прозорості, публічності, гласності, об'єктивності, визначеності, розмежування повноважень між суб'єктами встановлення завдань і головних показників службової діяльності та незалежного суб'єкта оцінювання їх виконання з використанням "каталогів критеріїв оцінювання", залучення громадськості, розмежування правових наслідків негативного, позитивного та відмінного оцінювання, збільшення кількості та видового розмаїття стимулів як підсумків відмінної оцінки завдяки статусним, майновим, моральним та змішаним різновидам стимулів і можливості одночасного застосування кількох із них. Таким чином, це дасть змогу наблизити вітчизняне законодавство до європейських аналогів, створить підґрунтя для істотного підвищення результативності, ефективності та якості державної служби в Україні загалом.

Ключові слова: державний службовець; службова діяльність; оцінювання результатів; процедура; стимули; законодавство; удосконалення.

В умовах кардинального перегляду правових засад існування державної служби законодавець все частіше намагається впровадити у законодавство України новітні інститути, які раніше не були відомі вітчизняній правовій науці, нормотворчості та правозастосуванню, однак позитивно себе зарекомендували у процесі апробації протягом тривалого часу у зарубіжних країнах. Одним із таких можна вважати щорічне оцінювання результатів службової діяльності державних службовців, яке знайшло своє закріплення у законодавстві України й набуло свого практичного втілення восени 2018 р. Безперечно, результативність існування державної служби залежить від результативності діяльності кожного державного службовця. Останні мають прагнути постійно підвищувати рівень результативності своєї професійної діяльності й відповідне прагнення має бути вмотивованим. Чим краще державний службовець працює, чим вищі показники результативності його службової діяльності, тим вищою має бути оцінка його зусиль із боку держави у вигляді додаткових (порівняно зі "звичайною", унормованою службовою діяльністю) моральних та матеріальних благ. У ролі останніх слугують стимули, які покликані відігравати роль одночасно й реакції держави на ініціативну, із використанням додаткових витрат та зусиль, правомірну діяльність державного службовця, яка вже характеризується певними результатами, а також 'збуджуючого фактору <...> засобу спонукального характеру до нової ініціативної, правомірної поведінки особи'<sup>1</sup>, 'мотивувального засобу до нової діяльності'<sup>2</sup> як конкретного

www.pravoua.com.ua

<sup>1</sup> В Красовська, 'Правові стимули (поняття, ознаки, види)' (2008) 39 Держава і право 67.

<sup>2</sup> І Луценко, 'Позитивна та негативна сторони впливу правових стимулів' (2008) 4 Підприємництво, господарство і право 101.

державного службовця, який вже досяг певних результатів у службовій діяльності, так і, з урахуванням його прикладу, інших державних службовців. Досить важливо нормативно закріпити “збалансованість” відносин “результативність службової діяльності особи – стимули для неї”, передбачити такі різновиди стимулів, які давали б змогу у повному обсязі адекватно реагувати на прояв додаткових зусиль державного службовця у процесі своєї професійної діяльності, що вже дало можливість отримати додаткові (порівняно з діяльністю, не пов’язаною із проявом додаткових зусиль службовця) позитивні результати для державної служби загалом, стимулювати його та на його прикладі й інших службовців до такої ж діяльності у майбутньому. Ефективність існування як інституту оцінювання і стимулів як результатів такого оцінювання залежить, багато у чому, від того, яким чином законодавець закріпив засади їхнього існування, уникнувши прогалин, колізій, передумов для суб’єктивного розсуду осіб у процесі тлумачення та застосування положень законодавства. Окрім того, враховуючи те, що цей інститут є новим для українського законодавства, актуальності набуває й ступінь врахування законодавцем досвіду зарубіжних країн у врегулюванні цього питання.

Метою дослідження є аналіз результатів закріплення засад оцінювання результатів службової діяльності державних службовців та застосування стимулів за його підсумками у вітчизняному законодавстві з одночасним їх порівнянням із зарубіжними аналогами задля з’ясування ступеня відповідності обраної моделі вирішення цього питання реальним потребам і викликам сьогодення, формулювання авторських пропозицій коригуючого характеру.

Новаційність відповідної проблематики зумовлює відсутність комплексних наукових праць, безпосередньо присвячених цьому питанню. Утім, є праці, присвячені або ж аналізу правових засад державної служби загалом, або ж загальним питанням критеріїв якості службової діяльності<sup>3</sup>, або ж окремим питанням стимулювання у загальнотеоретичному аспекті (наприклад, праці В. Красовської, І. Луценка, О. Стрельченко, В. Калюжного, О. Лапки, Т. Пікулі та ін.<sup>4</sup>), або стимулам у службовому праві (наприклад, праці М. Титаренко<sup>5</sup>), зокрема й на рівні окремих їх різновидів, або ж питанням зарубіжного досвіду оцінювання результатів службової діяльності окремих категорій службовців (наприклад, праці

<sup>3</sup> Б Комахин и М Прокошин, ‘Государственные служащие: приоритеты качественного труда и цифровизация управления финансами в России’ (2018) 8 Административное право и процесс 23.

<sup>4</sup> Р Калюжний та О Лапка та Т Пікуля, *Правові стимули в механізмі правового регулювання* (Ліся 2013).

<sup>5</sup> М Титаренко, ‘Стимули в службовому праві: питання класифікаційного розподілу’ (2018) 3 Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції 159-164.

Є. Кононова<sup>6</sup>), окремим аспектам стимулювання за підсумками оцінювання у різних країнах (наприклад, праці А. Бож'я-Воля<sup>7</sup>), доцільності запитання зарубіжного досвіду для України (наприклад, праці В. Хохлова<sup>8</sup>). До прикладу, у Науково-практичному коментарі до Закону України “Про державну службу” висвітлено окремі аспекти порівняльно-правового аналізу врегулювання зазначеного вище питання<sup>9</sup>. Водночас нагальною є потреба у працях з аналізом положень вітчизняного законодавства й щодо стимулів за його результатами із одночасним порівнянням їх із досвідом зарубіжних країн щодо врегулювання цього питання та з'ясуванням ступеня узгодженості їх із реальними запитами сьогодення.

У статті 44 Закону України від 10 грудня 2015 р. “Про державну службу” (далі – Закон) закріплено загальні засади оцінювання результатів службової діяльності державних службовців (далі – оцінювання), метою якого є ‘<...> визначення якості виконання поставлених завдань, а також прийняття рішення щодо преміювання, планування кар'єри, виявлення потреби у професійному навчанні особи’ (ч. 1 ст. 44)<sup>10</sup>, а саме: здійснюється за показниками результативності, ефективності та якості, дотримання правил етичної поведінки, вимог законодавства у сфері запобігання корупції (ч. 2 ст. 44), за окремою процедурою стосовно службовців, які займають посади державної служби категорії “Б”, “В” й категорії “А” (ч. 3 ст. 44), його результатом може бути негативна, позитивна та відмінна оцінка (ч. 5 ст. 44) із різними правовими наслідками негативної (частини 6, 7, 8, 10 ст. 44) та відмінної оцінки (ч. 9 ст. 44), й обов'язковою є деталізація засад в акті Кабінету Міністрів України (ч. 11 ст. 44)<sup>11</sup>. Отже, визначивши базові вектори існування відповідного інституту, законодавець передбачив існування підзаконного акту і саме йому фактично відвів роль “основного регулятора” відповідних відносин із детальним закріпленням всіх нюансів. Це слід вважати цілком виправданим, враховуючи новачність такого інституту для вітчизняної правової науки та законодавства, однак саме у цьому і полягає складність. У раніше чинних

<sup>6</sup> Е Кононов, ‘Опыт развитых государств в сфере оценки и стимулирования труда государственных служащих в соответствии с результатами этой деятельности’ [2010] 4(24) Региональная экономика и управление <<https://eee-region.ru/article/2403>> дата обращения 8 Август 2018.

<sup>7</sup> А Божья-Воля, ‘Оценка результативности государственных служащих руководящего состава: международный опыт и российские перспективы’ (2009) 2 Вопросы государственного и муниципального управления <<https://cyberleninka.ru/article/n/otsenka-rezultativnosti-gosudarstvennyh-sluzhashchih-rukovodyaschego-sostava-mezhdunarodnyu-opyt-i-rossiyskie-perspektivy>> дата обращения 8 Август 2018.

<sup>8</sup> В Хохлов, ‘Оцінювання держслужбовців: як не припуститися помилок?’ [2018] 14(1187) Юридичний вісник України 9.

<sup>9</sup> К Ващенко та інші, *Науково-практичний коментар до Закону України “Про державну службу”* (К Ващенко та І Коліушко та В Тимошук ред, ФОРМ Москаленко О. М. 2017).

<sup>10</sup> Про державну службу: Закон України від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/889-19> (дата звернення: 08.08.2018).

<sup>11</sup> Там само.



законах, які регламентували засади державної служби, не передбачалося існування такого інституту, а отже, й підзаконних актів, положення яких можна було б взяти за основу для розробки нового підзаконного акта. Незважаючи на те, що до офіційного закріплення інституту оцінювання у Законі законодавець намагався легалізувати його (наприклад, ст. 29 Закону України від 17 листопада 2011 р. “Про державну службу”), тоді як фактичне його існування пов’язане саме з новітнім чинним законом про державну службу, що й зумовлює певну прогалину у підзаконній регламентації його засад. Основна увага, як наслідок, була сконцентрована на аналізі зарубіжного законодавства щодо регулювання аналогічних питань та визначенні тих положень, які можна було б запозичити для України при розробці зазначеного вище підзаконного акта. Серед основних питань, відповіді на які повинен був містити відповідний підзаконний акт, – що слід вважати показниками результатів службової діяльності особи? Якими є критерії оцінювання? Хто їх визначає? Хто порівнює показники діяльності особи із визначеними критеріями і за допомогою яких методів? Якими є правові наслідки негативного і позитивного оцінювання? Якими є стимули для службовців для підвищення показників своєї діяльності? Саме такі запитання, щоправда, із можливою модифікацією їх формулювання, ступеня деталізації та послідовності розміщення привертають увагу науковців при дослідженні проблематики системи управління результативністю діяльності публічних службовців, зокрема і в аспекті її оцінювання<sup>12</sup>. Відповіді на ці запитання спробуємо знайти, проаналізувавши Типовий порядок проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців, які обіймають посади категорій “А”, “Б”, “В”, що затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2017 р. № 640 у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 14 березня 2018 р. № 185 (далі – Типовий порядок)<sup>13</sup>.

Типовим порядком визначається процедура проведення оцінювання, яку цілком можна вважати різновидом адміністративної процедури, враховуючи наявність всього розмаїття обов’язкових ознак, притаманних саме такому виду процедур (‘<...> регламентація нормами адміністративного права, публічний (офіційний) характер, індивідуальний характер’<sup>14</sup>, ‘<...> визначає порядок розгляду адміністративних справ, упорядковує повсякденну діяльність суб’єктів публічного адміністрування, спрямована на реалізацію та захист прав, свобод, законних інтересів

<sup>12</sup> А Божья-Воля (н 7).

<sup>13</sup> Про затвердження Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців: Постанова Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2017 р. № 640. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/640-2017-п> (дата звернення: 08.08.2018).

<sup>14</sup> Т Коломоець, *Адміністративне право України. Академічний курс: підручник* (Юрінком Інтер 2011) 221.

окремих фізичних осіб, завершується ухваленням адміністративного акта<sup>15</sup>). Відповідне оцінювання здійснюється на підставі ‘<...> ключових показників, визначених з урахуванням посадових обов’язків державного службовця, та дотримання ним загальних правил етичної поведінки й вимог законодавства у сфері запобігання корупції’ (п. 8)<sup>16</sup>. Практика використання “ключових показників” є дуже поширеною і у зарубіжних країнах (наприклад, у Канаді – це поточні та ключові зобов’язання, у США – ключові напрями, у Франції – показники кінцевого ефекту та безпосереднього результату, у Німеччині – ключові компетентності<sup>17</sup>). Отже, “ключові показники” – базовий термін, який використовується під час оцінювання, однак вони обов’язково розглядаються у взаємозв’язку із завданнями, які стоять перед державним службовцем. Так, метою оцінювання, згідно із п. 2 Типового порядку, є:

<...> визначення якості виконання поставлених перед державним службовцем завдань; воно проводиться, згідно із п. 10 цього ж Типового порядку, шляхом, перш за все, визначення та перегляду завдань і ключових показників; визначення їх здійснюється у грудні року, що передує звітному (п. 11); таких завдань встановлюється від двох до п’яти (п. 12); <...> вони повинні відображати кінцевий результат, на досягнення якого спрямовано службову діяльність особи, <...> вимірюватися в кількісному та (або) якісному вираженні (п. 14); <...> оцінка визначається <...> на основі розрахунку середнього балу за виконання кожного визначеного завдання і досягнення ключових показників, що виставляються з урахуванням критеріїв виставлення балів <...> (п. 21)<sup>18</sup>.

Про нерозривний зв’язок ключових показників із завданнями, які висуваються державному службовцеві, свідчать й інші положення Типового порядку – п. 14, а також Додатки 1, 2, 6 до нього. Деталізуючи засади процедури оцінювання, на жаль, у Типовому порядку не визначено, як, до речі, й у ст. 44 Закону, що саме розглядається у ролі “результативності”, “ефективності та якості” службової діяльності. Єдине, що зрозуміло, це те, що вони пов’язані із завданнями та ключовими показниками, які, зі свого боку, відображають кінцевий результат, на досягнення якого спрямовано службову діяльність особи, й визначаються вони або у кількісних, або (а можливо й одночасно) якісних вимірах. Такі узагальнені формулювання залишають широкі можливості для розсуду особи,

<sup>15</sup> В Галуцько та інші, *Адміністративне право України. Повний курс: підручник* (В Галуцько та П Діхтєвський та О Кузьменко ред, ОЛДІ-ПЛЮС 2018) 200.

<sup>16</sup> Про затвердження Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців (н 13).

<sup>17</sup> Ващенко та інші (н 9) 736.

<sup>18</sup> Про затвердження Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців (н 13).

яка визначає такі завдання та ключові показники. А, враховуючи те, що кількість таких осіб є достатньо великою, про що свідчать положення пунктів 15, 29 Типового порядку, це питання набуває особливої гостроти для правозастосування. Хоча сам державний службовець і дотичний до процедури визначення завдань і ключових показників своєї службової діяльності, а саме: ‘<...> бере участь у їх визначенні <...>, їх періодичному перегляді, <...> ознайомленні з вже визначеними завданнями та ключовими показниками, <...> аналізує їх виконання <...>’ (п. 6), тоді як інша особа визначає їх і залежно від посади державної служби особи надсилає до державного органу, в якому службовець працює, для ознайомлення та зберігання в особовій справі (п. 16), або ж для збереження в його особовій справі, з одночасним направленням копій самому державному службовцеві та його безпосередньому керівнику (п. 28)<sup>19</sup>. Що ж все таки вважається результативністю, ефективністю та якістю службової діяльності особи? Під результативністю слід мати на увазі

<...> рівень досягнення проголошених цілей, тобто вона показує, наскільки результати наблизились до заздалегідь визначених цілей, <...> ефективність – це співвідношення між витратами на провадження діяльності та досягнутими результатами<sup>20</sup>.

Оцінка результатів службової діяльності державного службовця фактично представляє собою ‘<...> перевірку рівня якості виконання особою поставлених завдань, обов’язків на підставі показників результативності та ефективності’<sup>21</sup>.

У поєднанні “завдання і ключові показники” службової діяльності особи першочерговість визначення зосереджується на завданнях, про що й свідчить аналіз положень Типового порядку. Так, чітко визначено саме кількісні показники завдань на період, що підлягає оцінюванню, у діяльності державного службовця, – ‘від двох до п’яти’ (п. 12), тоді як ключові показники визначаються без нормативної регламентації їх мінімального чи максимального кількісного виміру, а у “прив’язці” до завдань й залежать від них (‘<...> у розрізі кожного визначеного завдання’), про це ж свідчить і аналіз “Критеріїв виставлення балів” (Додаток 4), де характеристика критеріїв кожного із балів ‘<...> зосереджена’ саме на завданні, яке виокремлено щодо державного службовця (‘<...> завдання не могло бути виконане <...>’, ‘<...> завдання не виконане <...>’, ‘<...> завдання

<sup>19</sup> Про затвердження Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців (н 13).

<sup>20</sup> Там само.

<sup>21</sup> Там само.

виконано частково <...>', '<...> завдання виконане <...>', '<...> завдання виконане своєчасно <...>' тощо). Отже, оцінювання здійснюється за допомогою критеріїв встановлення балів '<...> на основі розрахунку середнього балу за виконання кожного завдання і досягнення ключових показників' (пункти 21, 33)<sup>22</sup>. На відміну від ключових показників, критерії виставлення балів уніфіковані й нормативно закріплені (Додаток 4), щоправда, ознайомлення з їх визначеннями дає змогу вести мову про те, що їх формулювання "перенасичені" оціночними положеннями (наприклад, '<...> виконано частково', '<...> необхідність суттєвого доопрацювання', '<...> нівелював практичну цінність', '<...> на належному рівні', '<...> проявив низьку ініціативність <...>', '<...> недостатність знання нормативно-правових актів <...>', '<...> повною мірою можна використати <...>', '<...> з високим ступенем самостійності <...>' тощо)<sup>23</sup>, що, знову ж таки, формує підстави для суб'єктивного розсуду особи, яка здійснює відповідне оцінювання. Це дуже важливо у тому разі, коли в одній особі концентруються повноваження з визначення завдань і ключових показників та фактичного оцінювання результатів службової діяльності особи. Таким є стан справ щодо державних службовців, які обіймають посади державної служб категорії "А" (пункти 15, 19)<sup>24</sup>. Хоча результати оцінювання затверджує й інший суб'єкт, однак достатньо широкими у цій сфері є повноваження суб'єкта, який фактично визначає завдання і ключові показники й здійснює безпосередньо оцінювання. Таким, що позбавлений "великих ризиків упередженості", є нормативно закріплений принцип розмежування повноважень щодо визначення завдань і ключових показників, які у подальшому формують службову діяльність особи, та безпосереднього оцінювання результатів виконання цих завдань і ключових показників результативності службової діяльності особи. Така практика є поширеною у багатьох зарубіжних країнах, позитивно себе зарекомендувала вже протягом тривалого часу свого існування. Так, зокрема, у Канаді безпосередньо процедуру оцінювання діяльності службовців керівного складу здійснює Адміністрація Таємної ради, у США – Комісія з моніторингу результативності, у Великій Британії – Комітет з оплати праці службовців керівного складу, у Новій Зеландії – Комісія з державної служби, що '<...> істотно підвищує об'єктивність оцінки, а також зміцнює довіру того, чия діяльність оцінюють, до результатів такого оцінювання'<sup>25</sup>. Окрім того, максимальна визначеність нормативних формулювань, мінімізація використання

<sup>22</sup> Про затвердження Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців (н 13).

<sup>23</sup> Там само.

<sup>24</sup> Там само.

<sup>25</sup> А Божья-Воля (н 7).

оціночних понять, відкритих списків, переліків тощо сприяє прозорості відносин оцінювання, розширює межі залучення громадськості, посилює засади контрольованості та ін. За таких умов увага концентрується безпосередньо саме на реальних показниках службової діяльності та їх відповідності сформульованим критеріям оцінювання, що й дає змогу з'ясувати їхню відповідність показникам негативної, позитивної чи відмінної оцінки службової діяльності особи. На жаль, в Україні не враховано позитивний результат нормотворчості більшості зарубіжних країн щодо розробки “формулярів оцінювання” із чітким закріпленням деталізованих “критеріїв (індикаторів) оцінювання”, які згруповані у “шкалу оцінювання”, “каталоги оцінювання”, що істотно спрощує процедуру оцінювання, посилює засади визначеності, усуває підстави для суб'єктивного тлумачення та застосування нормативних положень. Для максимального спрощення застосування відповідних положень у законодавстві зарубіжних країн, перш за все європейських, у систематизованому вигляді надано конкретні приклади застосування тих чи інших положень на практиці. Цілком доречним є поглиблений аналіз зарубіжного досвіду щодо нормативного врегулювання відповідного питання, апробованого часом і практикою, й, із акцентом на виклики сьогодення, які сформовані перед Україною, та запозичення його у процесі новітніх вітчизняних реформаційних державотворчих і правотворчих процесів. При цьому особливої уваги потребують положення, безпосередньо присвячені визначенню перспективних напрямів “кар'єрного зростання”, підвищення професійних компетентностей державного службовця за результатами відповідного оцінювання.

Слід зазначити, що законодавець надає важливу роль “оціночній співбесіді” як ключовій стадії відповідної процедури, що, у поєднанні з концентрацією повноважень щодо встановлення ключових показників та критеріїв оцінювання в одній особі, перенасичення узагальнених нормативних положень щодо самої процедури оціночними поняттями, може створити передумови для появи сумнівів у середовищі службовців та громадськості щодо об'єктивності, неупередженості оцінювання, відповідності форм реагування держави на встановлені результати, нівелювати прагнення державних службовців підвищувати результативність, ефективність та якість своєї професійної діяльності. Варто погодитися, що, при формуванні вітчизняної нормативно-закріпленої моделі оцінювання, було враховано досвід активного використання у зарубіжних країнах “оціночних співбесід” або ж “оціночних інтерв'ю” (наприклад, США, Нідерланди, Канада, Франція, Бельгія тощо), із різним ступенем їх нормативної деталізації. Щоправда, задля забезпечення їхньої про-

зорості, об'єктивності у зарубіжних країнах окреслилася тенденція до впровадження “багатосторонньої оцінки” або “методу 360 градусів” як у сформованому вигляді (наприклад, Велика Британія, Корея), так і з використанням окремих елементів (наприклад, Канада, Австрія), що передбачає залучення широкого кола осіб, які “дотичні” до службовця, – колег, підлеглих, “споживачів публічних послуг” та інших осіб, опитування яких суттєво підвищує довіру до оцінювання, що є цілком прийнятним для запозичення і в Україні.

Аналіз “Критеріїв виставлення балів” (Додаток 4) свідчить про те, що в Україні фактично обрано ‘модель оцінювання процесу службової діяльності’, ‘модель оцінювання якостей державних службовців’<sup>26</sup>, як один із двох базових варіантів моделей оцінювання, які існують у світі, – модель оцінювання на основі цілей (наприклад, у Великій Британії) та модель оцінювання на основі якостей (наприклад, у Німеччині, Франції). Щоправда, у літературі також зазначається, що можна виокремити і “змішану” модель, яка поєднує ознаки перших двох<sup>27</sup>. Однак завдяки наявності суттєвої відмінності між двома зазначеними вище моделями оцінювання, яка фактично полягає у специфіці їх об'єкта, вести мову про “змішану” модель можна здебільшого умовно<sup>28</sup>.

Як наслідок, у фаховому вітчизняному правничому середовищі по-різному відреагували на вибір саме такої моделі оцінювання, а саме:

<...> оцінювання державних службовців буде проводитися з урахуванням якості виконання поставлених перед ними завдань <...> з акцентом на їх якості, <...> замість цілей, спрямованих на результат, маємо цілі, спрямовані на процес <...>, виникає спокуса ставити завдання не заради досягнення суспільно значимої мети, а виходячи з внутрішніх процесів самої державної служби <...><sup>29</sup>.

Цілком зрозумілою є така реакція, оскільки аналіз впровадженої у вітчизняну практику моделі оцінювання здійснюється з акцентом на досвід різних країн, у яких фактично сформувалися й існують ці моделі, ґрунтуючись на національних особливостях розуміння “змісту публічної служби”, “закріплення статусу публічних службовців” тощо. Якщо у першому випадку зазначається про ‘традиційні для континентальної правової сім’ї підходи’, то у другому – акцент зроблено на “*key performance indicators, KPI*” та “*management by objective, MBO*”, тобто показники KPI

<sup>26</sup> В Хохлов (н 8); К Ващенко та інші (н 9) 736.

<sup>27</sup> К Ващенко та інші (н 9) 762.

<sup>28</sup> Юлія Шешуряк, ‘Получить оценку. Определен порядок оценивания результатов деятельности государственных служащих’ [2017] 36(1028) Юридическая газета 4.

<sup>29</sup> Хохлов (н 8).

та управління за цілями, які застосовуються у бізнесі (переважно в американських та англійських компаніях) й їх застосування <...> не має викривляти цих інструментів чи призводити до їх застосування не за призначенням<sup>30</sup>, а отже, перш за все, на практику їх поширення у країнах *common law*. Тому запозичення в Україні досвіду інших країн, які входять до континентальної правової сім'ї із поширеною моделлю оцінювання на основі якостей службовців, є цілком обґрунтованим з огляду на те, що Україна також входить до цієї ж правової сім'ї. Звідси й підходи до визначення його мети, процедури, інструментарію тощо.

Результатами оцінювання може бути 'негативна, позитивна та відмінна оцінка з їх обґрунтування' (ч. 5 ст. 44 Закону)<sup>31</sup>. Ці самі положення знайшли своє закріплення й у Типовому порядку, щоправда, лише частково і лише щодо негативної оцінки (пункти 20, 25, 37–44). Окрім того, у статтях 7, 83, 87 Закону додатково закріплені засади оскарження висновку про негативну оцінку результатів службової діяльності та правові наслідки негативного оцінювання результатів службової діяльності особи. Водночас, хоча Типовий порядок і зосереджений на регулюванні засад проведення оцінювання загалом, у ньому, на жаль, взагалі відсутні положення (за винятком лише згадування у пунктах 21, 33) щодо позитивної та відмінної оцінок, що є суттєвим недоліком результату відповідної нормотворчості, оскільки оцінювання має на меті, як вже зазначалося, зокрема, а можливо і перш за все, визначення орієнтирів щодо подальшого удосконалення державної служби загалом завдяки удосконаленню діяльності державних службовців, спонукання їх до постійного підвищення своїх професійних компетентностей, підвищення результативності, ефективності та якості своєї службової діяльності з використанням 'рішень щодо преміювання особи, планування службової кар'єри, визначення потреби у професійному навчанні' (п. 2)<sup>32</sup>. Така позиція розробників документа виглядає принаймні дивною, враховуючи те, що в акті, який визначає засади процедури оцінювання загалом, поза увагою залишаються досить важливі питання, пов'язані із правовими наслідками такої процедури. Безперечно, можна спробувати знайти певне пояснення посиланням на те, що у Законі закріплено положення про те, що одержання відмінної оцінки за результатами зазначеної процедури є 'підставою для преміювання особи та переважного просування по державній службі' (ч. 9 ст. 44 Закону)<sup>33</sup>, яке деталізоване у ст. 50 щодо "можливого" (що знову ж вказує на ступінь

<sup>30</sup> Хохлов (н 8).

<sup>31</sup> Про державну службу (н 10).

<sup>32</sup> Про затвердження Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців (н 13).

<sup>33</sup> Про державну службу (н 10).

обов'язковості цього положення для суб'єкта прийняття рішення, імперативності регулювання цих відносин) встановлення премії за результатами оцінювання, ліміту загального розміру премії для державного службовця за рік, у ст. 52 – щодо джерел преміювання та суб'єктів призначення й у деяких підзаконних актах (наприклад, Типовому положенні про преміювання державних службовців органів державної влади, інших державних органів, їхніх апаратів (секретаріатів), затвердженому наказом Міністерства соціальної політики України від 13 червня 2016 р. № 646), які фактично дублюють положення Закону, хоча й із доповненням деякими положеннями процедурного змісту, які все ж таки визнати такими, що у повному обсязі висвітлюють правові наслідки оцінювання у частині преміювання не можна. Аналіз положень зазначених вище нормативно-правових актів дає змогу стверджувати, що премії відводиться роль домінуючого стимулу (безпосередня вказівка, першочерговість згадування тощо), щоправда, така позиція суб'єктів нормотворчості виглядає недостатньо аргументованою з огляду на те, що розробка законодавства про оцінювання, зокрема й у частині стимулів, здійснювалася, перш за все, з акцентом на вивчення зарубіжного досвіду, для якого характерними є дещо інші пріоритети. Стосовно ж іншого різновиду зовнішньої форми реагування на одержання державним службовцем відмінної оцінки, а саме – його переважного просування по державній службі, правове регулювання цього питання взагалі відрізняється суперечливістю, оскільки у ст. 44 Закону зазначено, що таке просування здійснюється відповідно до Закону, а ст. 40 “Просування державного службовця по службі” чітко фіксує, що “таке просування <...> здійснюється з урахуванням професійної компетентності шляхом зайняття вищої посади за результатами конкурсу <...>”<sup>34</sup>. Отже, тільки проведення конкурсу може передувати переважному просуванню по службі, а якщо за підсумками оцінювання особа одержала відмінну оцінку й конкурс не оголошено, або ж вона не бере участі у конкурсі, чи можливим є переважне просування особи по державній службі? Відповідь, напевне, є очевидною. І на це вже зверталася увага фахової наукової спільноти, а саме:

<...> навіть, якщо особа і бере участь у конкурсі на заміщення вакантної посади державної служби, конкурсна комісія повинна лише взяти до уваги результати оцінювання її службової діяльності поряд із іншими матеріалами<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Про державну службу (н 10).

<sup>35</sup> Ващенко та інші (н 9) 314.



Правові наслідки ж позитивної оцінки взагалі залишаються поза регулюванням, як, до речі, й критерії визначення негативної, позитивної, відмінної оцінок результатів оцінювання такої діяльності. Враховуючи те, що лише відмінна оцінка є підставою для преміювання державного службовця, питання чіткої регламентації відмежування позитивної та відмінної оцінки такого оцінювання набуває особливої гостроти, наукового та практичного значення.

Законодавець передбачив лише два види стимулів за відмінну оцінку результатів службової діяльності державного службовця – премію та переважне право просування по службі й, внаслідок узагальненого, фрагментарного, суперечливого підходу до врегулювання цього питання, фактично забезпечив можливість реального використання ресурсу лише премії. Чи виваженим є такий підхід до використання ресурсу стимулів? Чи достатнім взагалі є використання лише двох різновидів стимулів для оцінювання? Чи узгоджується обраний вітчизняним законодавцем варіант вирішення цього питання із зарубіжними аналогами? Чи здатні обрані вітчизняним законодавцем стимули виконати своє завдання саме стосовно оцінювання? Позитивно відповісти на жодне із запропонованих запитань, на жаль, не можна, оскільки правова регламентація результатів оцінювання має бути однаковою як щодо негативної, так і позитивної та відмінної оцінок. При цьому, передбачаючи наслідки негативної та відмінної оцінок, не можна обійти увагою й позитивну оцінку, якщо її виокремлюють поряд із двома іншими різновидами, до того ж слід чітко закріпити критерії визнання негативної, позитивної та відмінної оцінки. Орієнтуючи державного службовця на результативну, ефективну та якісну службу діяльності, законодавець має передбачити такі стимули відповідної діяльності, які реально могли б спонукати особу саме до такої діяльності, слугувати певним орієнтиром, бути гарантованими, що потребує абсолютно виваженої регламентації їх засад застосування, без колізій, суперечливості положень, передумов для прояву суб'єктивного розсуду тієї особи, яка приймає рішення про застосування стимулів за результатами оцінювання. Стимули мають бути дієвими, розрахованими на адекватне реагування на конкретні результати оцінювання конкретної особи, з одночасним впливом на прикладі цієї особи й на інших осіб для спонукання їх до результативної, ефективної та якісної службової діяльності. Кількість та розмаїття таких стимулів повинна узгоджуватись як зі специфікою діяльності, яка підлягає оцінюванню, так і з можливими результатами такого оцінювання. Специфіка службової діяльності державних службовців пов'язана не з їхнім матеріальним збагаченням (за їхню діяльність передбачена заробітна плата, яка складається із поса-

дового окладу, надбавок, виплат, премій тощо), а зі службовою кар'єрою, отже, й стимули мають бути відповідними – перш за все “кар'єрними”, “статусними”, “особистими”<sup>36</sup>. У вітчизняній правовій науці традиційно виокремлюють за наслідками для об'єкта: а) немайнові, які, зі свого боку, поділяються на статусні (особисті, кар'єрні) стимули (підвищення по посаді, переважне право просування по державній службі, позачергове присвоєння рангу, спеціального звання тощо) та моральні (публічне визнання заслуг, суспільна пошана, подяка, похвала, нагородження медалями, орденами, знаками тощо); б) майнові стимули (премії, цінні подарунки, доплати, надбавки тощо); в) змішані, які поєднують ознаки зазначених вище різновидів стимулів у різних комбінаціях<sup>37</sup>. Вітчизняний законодавець за результатами оцінювання передбачив можливість використання ресурсу лише двох стимулів (при цьому і певні складнощі щодо одного із них). Щоправда, з урахуванням специфіки різновиду державної служби можуть передбачатися певні особливості й щодо розмаїття стимулів, хоча основний нормативно-правовий акт фіксує лише ці види, тоді як у зарубіжних країнах це питання знайшло своє вирішення у дещо іншому варіанті. Так, наприклад, у Нідерландах, Австралії, Новій Зеландії, Китаї за підсумками оцінювання передбачаються підвищення посадового окладу з розподілом службовців по групам із корегуванням оплати праці, визначенням посадового окладу у “межах визначеного інтервалу”, призначення премії або бонусів<sup>38</sup>, у Великій Британії – підвищення посадового окладу, премії, цінні подарунки у натуральному вигляді, просування по службі, у США – підвищення окладу, різні види премій, просування по службі, присвоєння почесних звань заслуженого чи видатного державного службовця терміном на один рік із виплатою одноразової премії<sup>39</sup>, у Німеччині – дострокове присвоєння чергового службового рангу, що пов'язане зі зміною категорії оплати праці, встановлення надбавок, премій<sup>40</sup>, в Австрії – премії, підвищення окладу, надання можливості додаткового навчання для кар'єрного зростання, додаткової творчої відпустки тощо<sup>41</sup>. Отже, спостерігається тенденція до впровадження декількох (у різній кількості) різноманітних різновидів стимулів, які можуть застосовуватися за підсумками одержання відмінних результатів (у законодавстві зарубіжних країн вони визначаються по-різному – “відмінні”, “позитивні”, “якісні”, “високої результа-

<sup>36</sup> Калужний та Лапка та Пікуля (н 4) 47.

<sup>37</sup> Там само.

<sup>38</sup> А Божья-Воля (н 7).

<sup>39</sup> И Яковлев, ‘Особенности государственной кадровой политики за рубежом’ <<https://elibrary.ru/item.asp?id=13005184>> дата обращения 8 Август 2018.

<sup>40</sup> Ващенко та інші (н 9) 780-1.

<sup>41</sup> Т Коломосць та інші, *Заохочення у службовому праві України: навчальний посібник* (Ін Юре 2017) 453.

тивності” тощо) оцінювання, що слід визнати виправданим з огляду на специфіку кожної особи, службова діяльність якої підлягає оцінюванню, саму діяльність, різноваріативність її результатів та потребу обрання “співрозмірної” форми реагування на них. У цьому аспекті вітчизняна модель стимулів результативної, ефективної та якісної діяльності державних службовців виглядає доволі спрощеною, узагальненою, такою, що не може у повному обсязі “відреагувати” на визначені за підсумками оцінювання результати діяльності кожної конкретної особи, такою, що навіть не в повному обсязі відповідає меті оцінювання, оскільки, закріплюючи засади використання ресурсу премії й фрагментарні, суперечливі засади для просування по державній службі, фактично забезпечується можливість для ‘прийняття рішень щодо преміювання державних службовців’, утім, чимало запитань виникає щодо ‘прийняття рішень <...> про планування службової кар’єри, визначення потреби у професійному навчанні’ (п. 2 Типового порядку)<sup>42</sup>. До того ж істотно змінилися сучасні пріоритети зарубіжної нормотворчості та правозастосування у використанні премії як стимулу для публічних службовців. Вона не вважається “основним”, “домінуючим”, “базовим” стимулом, а лише ‘додатковим важелем впливу на службову діяльність особи у поєднанні з превалюючими “статусними” стимулами <...>, важелем впливу на менеджмент кадрової роботи’<sup>43</sup>. Основне призначення державної служби зумовлює пріоритетність видів стимулів, які застосовуються у зазначеній сфері відносин, що й передбачає домінування тих різновидів, які безпосередньо пов’язані з такою службою, з її специфікою, призначенням. Премія у цьому разі лише “доповнює” ресурс перш за все “статусних”, а також можливо й немайнових стимулів. Актуальності набуває запитання – чи можливо за таких умов впровадити в Україні як різновид стимулу колективну премію, яка передбачає “стимулювання” відповідної службової діяльності всього колективу державних службовців певного органу влади, ‘особливе стимулювання колективної ефективності’?<sup>44</sup>. Тим паче, що такий вид премії передбачено у законодавстві зарубіжних країн (наприклад, згідно із законодавством Німеччини розмір такої премії дорівнює розміру 250 індивідуальних премій і розподіляється між членами “команди”<sup>45</sup>). Навряд чи доцільним є впровадження такого виду премії у законодавство України з огляду, перш за все, на обрану модель оцінювання. Акцент на якісні характеристики кожного державного службовця не дає змоги у повному обсязі оцінити якість спільної роботи, ступінь

<sup>42</sup> Про затвердження Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців (н 13).

<sup>43</sup> Ващенко та інші (н 9) 787.

<sup>44</sup> Кононов (н 6).

<sup>45</sup> Ващенко та інші (н 9) 781.

Тетяна Коломоєць

участі кожного зі службовців у досягненні спільного результату за підсумками діяльності всього колективу. До того ж складнощі зумовлюються тим, що реалізуючи те чи інше завдання, державний службовець може входити до складу різних робочих, координаційних, консультативних та інших груп, які:

<...> не мають стійкого довготермінового характеру <...>, окрім того, немає критеріїв колективної ефективності <...>, розробка яких пов'язана із значними витратами, які можливо і не будуть відновлені за рахунок підвищення колективної ефективності роботи державних службовців<sup>46</sup>.

Саме тому, з урахуванням обраної Україною моделі оцінювання, доцільно все ж таки залишити у ролі стимулу індивідуальну премію. При цьому пам'ятати, що у зарубіжній нормотворчості домінуючої позиції набуває принцип 'преміювання якомога більшої кількості службовців у невеликому розмірі, ніж незначної кількості у значних розмірах'<sup>47</sup>. Враховуючи це, доцільним вбачається докорінний перегляд орієнтирів вирішення питання різновидів стимулів, як наслідок – нормативне закріплення розширеного переліку відповідних стимулів із тим, щоб забезпечити дієвість спонукання державних службовців до результативної, ефективної та якісної службової діяльності й адекватного реагування з боку держави стосовно останньої. Цей перелік має містити різні види стимулів, зокрема й змішані, які набувають неабиякого поширення у зарубіжних країнах останнім часом, оскільки дають змогу одночасно поєднати ознаки статусних, моральних і матеріальних стимулів, забезпечити максимальну реалізацію ресурсу стимулу щодо результативної, ефективної та якісної службової діяльності державного службовця. Серед стимулів цілком можна було б виокремити: підвищення посадового окладу з віднесенням службовця до певної групи по оплаті праці за підсумками оцінювання, запровадження присвоєння державним службовцям спеціальних звань, зокрема й на один рік, із виплатою одноразової премії, надання оплачуваної можливості додаткового підвищення професійної компетентності, подяку, премію (з визначенням максимального ліміту щодо розміру, кількості осіб, джерел), різні форми публічного визнання результатів службової діяльності. Варто також передбачити можливість одночасного застосування кількох стимулів з обґрунтуванням такого рішення у кожному випадку щодо результатів оцінювання службової діяльності.

www.pravo.ua.com.ua

<sup>46</sup> Кононов (н 6).

<sup>47</sup> Ващенко та інші (н 9) 788.

Висновки. Отже, загалом позитивно оцінюючи намагання вітчизняного законодавця впровадити оцінювання та стимули за його підсумками задля забезпечення підвищення результативності, ефективності та якості службової діяльності кожного державного службовця та державної служби загалом, водночас слід зазначити, що обрана модель нормативної регламентації засад використання їхнього ресурсу, на жаль, у повному обсязі не відповідає реальним потребам і викликам сьогодення. Новаційність характеру відносин, які підлягають правовому регулюванню, зумовили пріоритетність запозичення в умовах сучасних вітчизняних нормотворчих процесів, перш за все, позитивного, апробованого часом і практикою зарубіжного досвіду вирішення аналогічних питань. Утім, аналіз положень чинного вітчизняного законодавства свідчить про дещо спрощений, недостатньо обґрунтований, зокрема й в аспекті запозичення зарубіжного досвіду, підхід до врегулювання важливих питань як самого оцінювання (залишення поза регулюючим впливом значної кількості питань, вибірковість у визначеннях, методах оцінювання, фрагментарність, суперечливість змісту нормативних положень, перенасичення їх оціночними поняттями, що створює передумови для прояву суб'єктивного розсуду під час процедури оцінювання, тощо), так і стимулів за його підсумками (як щодо їхньої кількості, видового розмаїття, так і засад застосування), що загалом порушує питання про дієвість такого оцінювання та мотивацію державних службовців щодо підвищення результативності, ефективності та якості своєї службової діяльності. Задля забезпечення впровадження та ефективного використання потенціалу оцінювання і стимулів за його результатами необхідною вбачається детальна нормативна регламентація процедури оцінювання в аспекті посилення засад її прозорості, публічності, гласності, об'єктивності, визначеності, розмежування повноважень між суб'єктами визначення завдань і ключових показників службової діяльності та незалежного суб'єкта оцінювання їх виконання з використанням "каталогів критеріїв (індикаторів) оцінювання", залученням громадськості, визначенням правових наслідків негативного, позитивного та відмінного оцінювання із чітким їх розмежуванням. Одночасно доцільною вбачається деталізація нормативних засад для застосування стимулів для державних службовців за підсумками відмінного оцінювання результатів їхньої діяльності завдяки збільшенню їхньої кількості, видового розмаїття, зокрема статусних, моральних, майнових і змішаних різновидів, що дасть змогу наблизити їх до європейських аналогів і створити підґрунтя для істотного підвищення результативності, ефективності та якості державної служби в Україні загалом.

## REFERENCES

### List of legal documents

#### Legislation

1. Pro derzhavnu sluzhbu [On Public Service]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 10 hrudnia 2015 r. № 889-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/889-19> (accessed: 08.08.2018) (in Ukrainian).
2. Pro zatverdzhennia Typovoho poriadku provedennia otsiniuvannia rezultativ sluzhbovoi diialnosti derzhavnykh sluzhbovtiv [On Approval of the Standard Procedure for Making the Assessment of Public Servants' Performance]: postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 23 serpnia 2017 r. № 640. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/640-2017-п> (accessed: 08.08.2018) (in Ukrainian).

### Bibliography

#### Authored books

3. Kolomoiets T, *Administratyvne pravo Ukrainy. Akademichnyi kurs: pidruchnyk* [Administrative Law of Ukraine. Academic Course: Textbook] (Yurinkom Inter 2011) (in Ukrainian).
4. Kolomoiets T ta inshi, *Zaakhochennia u sluzhbovomu pravi Ukrainy: navchalnyi posibnyk* [Incentives in the Law of Public Service of Ukraine: Teaching Manual] (In Yure 2017) (in Ukrainian).

#### Edited books

5. Halunko V ta Dikhtiievskiy P ta Kuzmenko O (red), *Administratyvne pravo Ukrainy. Povnyi kurs: pidruchnyk* [Administrative Law of Ukraine. Full Course: Textbook] (OLDI-PLIUS 2018) (in Ukrainian).
6. Kaliuzhnyi R ta Lapka O ta Pikulia T (red), *Pravovi stymuly v mekhanizmi pravovoho rehuliuвання: monohrafiia* [Legal Incentives in the Mechanism of Legal Regulation: Monograph] (Lesia 2013) (in Ukrainian).
7. Vashchenko K ta Koliushko I ta Tymoshchuk V (red), *Naukovo-praktychnyi komentar do Zakonu Ukrainy "Pro derzhavnu sluzhbu"* [Scientific and Practical Commentary to the Law of Ukraine "On Public Service"] (FOP Moskalenko O. M. 2017) (in Ukrainian).

#### Journal articles

8. Komakhin B i Prokoshin M, 'Hosudarstvennye sluzhashchie: priorityty kachestvennogo truda i tsifrovizatsiya upravleniya finansami v Rossii' ['Public Servants: Priorities of High-Quality Work and Digitalization of Finance Management in Russia'] (2018) 8 *Administrativnoe pravo i protsess* 23 (in Russian).
9. Krasovska V, 'Pravovi stymuly (poniattia, oznaky, vydy)' ['Legal Incentives (Concept, Features, Types)'] (2008) 39 *Derzhava i pravo* 67 (in Ukrainian).
10. Lutsenko I, 'Pozytyvna ta nehatyvna storony vplyvu pravovykh stymuliv' ['Positive and Negative Effects of Legal Incentives'] (2008) 4 *Pidpriemnytstvo, gospodarstvo i pravo* 101 (in Ukrainian).
11. Tytarenko M, 'Stymuly v sluzhbovomu pravi: pytannia klasyfikatsiinoho rozprodilu' ['Incentives in the Law of Public Service: Issue of Classificatory Distribution'] (2018) 3 *Aktualni problemy vitchyznianoï yurysprudentsii* 159-164 (in Ukrainian).

*Newspaper articles*

12. Khokhlov V, 'Otsiniuvannia derzhsluzhbovtziv: yak ne prypustytysia pomylok?' ['Public Servants 'Assessment: How to Avoid a Mistake?'] [2018] 14(1187) Yurydychnyi visnyk Ukrainy 9 (in Ukrainian).
13. Sheshuriak Yu, 'Poluchit otsenku. Opredelen poryadok otsenivaniya rezultatov deyatelnosti hosudarstvennykh sluzhashchikh' ['Getting Assessed. The Procedure for Making the Assessment of Public Servants' Performance Is in Place'] [2017] 36(1028) Yuridicheskaya hazeta 4 (in Ukrainian).

*Websites*

14. Bozhya-Volya A, 'Otsenka rezul'tativnosti hosudarstvennykh sluzhashchikh rukovodyashcheho sostava: mezhdunarodnyy opyt i rossiyskiye perspektivy' ['Performance Assessment of Public Servants – Senior Executives: International Experience and Russian Prospects'] (2009) 2 Voprosy hosudarstvennoho i munitsipalnoho upravleniya <<https://cyberleninka.ru/article/n/otsenka-rezul'tativnosti-gosudarstvennykh-sluzhaschih-rukovodyashego-sostava-mezhdunarodnyy-opyt-i-rossiyskie-perspektivy>> accessed 8 August 2018 (in Russian).
15. Kononov Ye, 'Opyt razvitykh hosudarstv v sfere otsenki i stimulirovaniya truda hosudarstvennykh sluzhashchikh v sootvetstvii s rezul'tatami etoy deyatelnosti' ['Well-Developed States' Experience in Assessing and Stimulating the Performance of Public Servants in Accordance with Results of Such Activities'] [2010] 4(24) Rehionalnaya ekonomika i upravlenie <<https://eee-region.ru/article/2403>> accessed 8 August 2018 (in Russian).
16. Yakovlev I, 'Osobennosti hosudarstvennoy kadrovoy politiki za rubezhom' ['Specifics of the State Personnel Policy Abroad'] <<https://elibrary.ru/item.asp?id=13005184>> accessed 8 August 2018 (in Russian).

Tetyana Kolomoets

INCENTIVES FOR PUBLIC SERVANTS:  
ON THE APPROPRIATENESS  
OF THE MODEL OF ENTRENCHMENT THEREOF

**ABSTRACT.** The performance, efficiency and quality of public service generally depends on the efforts of each public servant, his/her motivated intent to practice a new initiative-based lawful behavior and make additional efforts to achieve the best results in his/her professional activities. The better a public servant works – the higher the indicators of his/her performance are according to performance assessment, and this justifies the need for a consistent response by the State in the form of additional benefits for this person manifested through a variety of incentives. The effective use of such a resource as public servants' performance assessment, as well as the incentives based on the results thereof, depends on the entrenchment of their legal foundations, on the perfection of the contents and consistency with foreign counterparts, given the innovative nature for the national legal science, legislation and law application, and this becomes increasingly more relevant in the context of radical updating of the Ukrainian legislation on public service and its scientific basis.

The purpose of the article is to analyze the results of entrenchment of the foundations of public servants performance assessment and the use of incentives based thereon in

Тетяна Коломосць

the national legislation, at the same time comparing them with foreign counterparts for the sake of identifying the extent to which the model chosen for resolving this issue is consistent with the real needs and challenges of today, and also for formulating the author's proposals of corrective nature.

The article demonstrates that Ukraine has implemented the model of "assessment of public servant's qualities" which is common in the countries of the continental legal family; however, the approach used by the legislator to entrench this model's foundations, inter alia, in terms of borrowing the foreign experience, is rather simplified and selective with regard to defining the basic concepts, principles, stages, tools of the assessment procedure, the range and variety of the incentives based thereon, and with regard to formulating the regulatory provisions proper (mainly a generalized and contradictory meaning, too much evaluation concepts, etc.), thus entailing law application problems.

The author makes a conclusion that the national model of normative regulation of the assessment principles and incentives based thereon does not fully meet the needs and challenges of today. To achieve an improvement, the author proposes to enhance the foundations of its transparency, publicity, openness, objectivity, certainty, separation of powers between the subjects setting objectives and key performance indicators and the independent subject of assessment of their performance by using "the assessment criteria catalogues", involving the wide public, differentiating between legal consequences of negative, positive and excellent assessment, increasing the range and generic diversity of incentives as the outcome of excellent assessment through the status, property, moral and mixed types of incentives and the possibility of using several of them at a time. Thus, it will allow making the national legislation more consistent with the European counterparts and will create the basis for a significant increase of performance, efficiency and quality of public service in Ukraine in general.

KEYWORDS: public servant; activities while in office; performance assessment; procedure; incentives; legislation; improvement.



### III. Процедурні механізми реалізації публічної влади



#### Віктор Тимошук

кандидат юридичних наук,  
старший науковий співробітник відділу проблем  
державного управління та адміністративного права  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,  
заступник голови правління Центру  
політико-правових реформ  
(м. Київ, Україна)  
tymoschuk@pravo.org.ua

УДК 342.9

## ЗАПРОВАДЖЕННЯ ЗАГАЛЬНОЇ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРОЦЕДУРИ ЯК НАПРЯМ РЕФОРМУВАННЯ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

**АНОТАЦІЯ.** У статті розглядається проблематика законодавчого врегулювання загальної адміністративної процедури в Україні. Її актуальність зумовлена черговим етапом у доопрацюванні відповідного законопроекту та високою ймовірністю його ухвалення у середньостроковій перспективі.

Метою статті є привернути увагу на саме призначення закону про загальну адміністративну процедуру, його місце серед інших законодавчих актів, основні новели законопроекту, що з'явилися протягом останнього року.

Отже, у статті пояснюється, що закон про адміністративну процедуру покликаний врегулювати саме *загальну* адміністративну процедуру. Тобто це не кодекс, що має кодифікувати чи в інший спосіб систематизувати усе різноманіття процедур розгляду та вирішення різних категорій адміністративних справ. Його основне призначення – визначити загальні принципи та стандарти спілкування публічної адміністрації з приватними особами. У ньому мають бути закріплені основні права особи, обов'язки адміністративного органу, механізми їх реалізації/виконання. Також у статті звертається увага на функціональне розуміння категорії “адміністративний орган”, на практичну цінність використання механізму нікчемності адміністративних актів. Особлива увага приділяється питанню суб'єкта розгляду скарг в адміністративному порядку. Зокрема, наголошується на всьому різноманітті таких суб'єктів: це і “класичний” вищий адміністративний орган, і орган виконавчої влади, що здійснює фаховий адміністративний контроль за законністю діяльності органів місцевого самоврядування у відповідній сфері делегованих повноважень. У кожному з випадків заохочується створення допоміжних колегіальних органів – комісій з розгляду скарг в адміністративному порядку, із можливістю залучення до їхнього складу представників громадськості.

© Віктор Тимошук, 2018

Віктор Тимошук

Головними висновками у питанні загальної адміністративної процедури в Україні є: потреба активізації науковців, викладачів та інших компетентних осіб до підготовки навчальних і тренінгових програм, а також подальше навчання усіх публічних службовців. Крім того, потрібною є наукова підтримка для практичних працівників задля своєчасного перегляду усього масиву законодавства, узгодження спеціальних (тематичних) законів із законом про адміністративну процедуру.

Ключові слова: адміністративна процедура; загальна адміністративна процедура; закон про адміністративну процедуру; адміністративний акт; адміністративне оскарження.

Україна перебуває на етапі всебічного реформування. Зміни у системі урядування та публічної адміністрації є головними для розвитку нашої держави. Основні завдання змін у цій сфері визначені у Стратегії реформування державного управління в Україні на 2016–2020 роки, затвердженій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 червня 2016 р. № 474-р<sup>1</sup>. Крім структурних перетворень, одним із пріоритетних напрямів реформи визначене і законодавче регулювання адміністративної процедури.

Це завдання не є новим. Робота над законопроектом про адміністративну процедуру з різними піками активності триває з 1999 р. Перша робоча група була утворена ще на виконання Концепції адміністративної реформи в Україні 1998 р. Незважаючи на двадцятирічний “ювілей”, мусимо визнати, що відсутність вже ухваленого закону має багато причин і пояснень об’єктивного та суб’єктивного характеру. Власне, на основних теоретичних проблемах та дискусіях і хотілося б зосередити увагу у цій статті.

Метою дослідження є привернути увагу на саме призначення закону про загальну адміністративну процедуру, його місце серед інших законодавчих актів, основні новели законопроекту, що з’явилися протягом останнього року.

Головною перешкодою швидкого поступу у цьому напрямі є брак вітчизняних наукових розробок та відсутність традиції регулювання загальної адміністративної процедури в Україні. Навіть для західних країн відповідне законодавство є достатньо новим. Лише декілька країн Європи мали досвід ухвалення законів про адміністративну процедуру на початку ХХ ст. (Австрія, Польща, Чехословаччина). Більшість же країн ухвалювали такі закони вже після Другої світової війни, і навіть переважно наприкінці минулого століття. Сучасна Україна, яка постала на руїнах колишнього СРСР, не мала подібного досвіду взагалі, власне, через те,

www.pravoua.com.ua

<sup>1</sup> Стратегія реформування державного управління України на 2016-2020 роки, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 червня 2016 р. № 474-р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/474-2016-%D1%80> (дата звернення: 03.12.2018).

що в радянській імперії відносини між органами державного управління та громадянами на законодавчому рівні не регулювалися. Для держави достатніми були підзаконні акти інструктивного характеру, при цьому процедурним правам та гарантіям особи увага взагалі не приділялася.

Багаторічний досвід опрацювання законопроекту<sup>2</sup> робочою групою Міністерства юстиції України (далі – Мін'юст) (із періодичними змінами у її складі) показує, що існує низка теоретичних питань, до обговорення яких члени робочої групи та зацікавлені органи влади змушені постійно повертатися.

По-перше, частим є некоректне уявлення про характер закону про адміністративну процедуру. Вважається, що підготовка такого законопроекту має своїм призначенням кодифікацію різних адміністративних процедур та урегулювання усіх цих відносин в одному законі. Це неправильне розуміння мети цього законодавчого акта. Зазначений закон не має на меті “зібрати” та “умістити в одному тексті” усі види відносин органів публічної адміністрації з приватними особами. Це, власне, має бути закон про *загальну* адміністративну процедуру. Тобто його призначення – визначити загальні права особи у таких відносинах та права й обов'язки (повноваження) публічної адміністрації. Цей закон має діяти як певний фундамент для всіх видів справ, що вирішуються органами публічної адміністрації, але не може визначати всі особливості цієї багатоманітної сфери.

Відтак ідеться не про кодифікацію, а, по суті, про заповнення прогалини в українському законодавстві. Хоча, дійсно, після ухвалення закону про *загальну адміністративну процедуру* (саме такою найбільш коректною була б назва цього нормативного акта) потрібно буде переглянути всі тематичні (спеціальні) закони, аби мінімізувати обсяги спеціального регулювання нинішніх процедур, усунути можливі суперечності та колізії. Безумовно, для громад і бізнесу таке регулювання суттєво спрощує життя, адже все найважливіше (фундаментальне для різних справ) та однотипне буде зафіксоване в одному законі. Особливості ж повинні бути обґрунтовані та мають зберігатися у виправданих категоріях справ у спеціальних (тематичних) законах. До речі, саме для кращого розуміння суті і призначення цього законодавчого акта свого часу було змінено назву відповідного законопроекту (замість назви “Адміністративно-процедурний кодекс”<sup>3</sup> робоча група ще кілька років тому погодила назву

<sup>2</sup> Проект Закону “Про адміністративну процедуру” (Міністерство юстиції України) <<http://old.minjust.gov.ua/file/42462.docx>> дата звернення 3 Грудень 2018.

<sup>3</sup> Проект Закону “Адміністративно-процедурний кодекс” (Міністерство юстиції України) <[https://minjust.gov.ua/m/str\\_2734](https://minjust.gov.ua/m/str_2734)> дата звернення 3 Грудень 2018.

Віктор Тимошук

Закон “Про адміністративну процедуру”<sup>4</sup>), зокрема, щоб зняти можливі застереження, що закон не виконує кодифікаційного завдання.

Відповідно, предметом регулювання закону про загальну адміністративну процедуру мають бути всі відносини, що виникають між публічною адміністрацією та приватними особами. Оскільки це відносини щодо вирішення конкретних справ конкретних громадян і суб’єктів господарювання, то й вирішуватися вони мають індивідуальними актами. Враховуючи, що Україна в цій частині долучилася до більшості інших країн Європи, які використовують у цій сфері німецьку доктрину адміністративного права, то по суті весь предмет регулювання законопроекту фокусується навколо основної правової форми діяльності публічної адміністрації – прийняття адміністративних актів.

По-друге, поширеним застереженням різних органів влади проти цього законопроекту виступала аргументація, що багато його положень схожі на підходи до регулювання судочинства, тобто судового розгляду справ. Можна погодитися, що так дійсно і є. Але чи можна вважати це недоліком? Адже належне регулювання будь-якої процедури лише покликане додати визначеності правовідносинам, захистити особу від свавілля влади, зорієнтувати на справедливе вирішення справи. Тож наявність у законопроекті про адміністративну процедуру таких правових категорій, як “учасники”, “докази”, “свідки”, “експерти” тощо, це швидше позитив законопроекту, а не його недолік. Зрештою, основні права особи в адміністративній процедурі фактично такі ж, як і права особи в судовому процесі: право бути вислуханою, право на допомогу та представництво, право на доступ до матеріалів справи та ін. Так само й основні стандарти-обов’язки адміністративного органу: обов’язок мотивувати свої рішення, обов’язок зазначати порядок оскарження тощо. Тобто і в цій частині це швидше еволюційний розвиток права і держави, коли вигоди, які раніше ставилися лише до судової діяльності, тепер можливо поширити і на діяльність публічної адміністрації. І якщо в межах одного засідання (“слухання”) можна у відкритий спосіб з’ясувати позиції усіх учасників провадження, то це лише сприятиме ефективнішій та об’єктивнішій діяльності публічної адміністрації.

Однак тут вкотре варто зауважити про декілька моментів. З одного боку, ухвалення закону про адміністративну процедуру дійсно вимагатиме додаткової діяльності органів публічної адміністрації. Тобто нерідко це потребуватиме більше заходів і дій, більше часових ресурсів. Але це не можна вважати “зайвою бюрократизацією”, адже така діяльність покликана захистити приватних осіб від свавілля посадових осіб орга-

www.pravoua.com.ua

<sup>4</sup> Проект Закону “Про адміністративну процедуру” (н 2).

нів виконавчої влади та місцевого самоврядування. З другого боку, деякі побоювання явно перебільшені. Адже “ускладнення” із залученнями заінтересованих осіб, з проведеннями слухань – це відносно незначний відсоток у загальному масиві адміністративних справ. Тобто загальна адміністративна процедура не передбачатиме заслуховування та інші подібні дії, коли не прийматиметься негативний (обтяжуючий) адміністративний акт. Не доведеться проводити слухання і за відсутності великої кількості учасників із протилежними інтересами, якщо таке слухання не прискорюватиме вирішення справи.

У цьому сенсі як взірць нормативного визначення зазначених відносин між владою та особами можна процитувати ст. 41 “Право на належну адміністрацію” Хартії основних прав Європейського Союзу (далі – ЄС), де у її частинах 1 та 2 сказано:

1. Кожна людина має право на неупереджений, справедливий розгляд її справи протягом розумного строку інститутами та органами Європейського Союзу.
2. Це право передбачає, зокрема:
  - право кожної людини висловити свою думку, до того як до неї персонально будуть застосовані заходи, що можуть мати негативні наслідки для неї;
  - право кожної особи на доступ до матеріалів, що її стосуються <...>;
  - обов’язок адміністративного органу мотивувати свої рішення<sup>5</sup>.

Фактично саме тут викладені загальні стандарти справедливої адміністративної процедури.

Отже, резюмуючи цю частину дискусії, можна наголосити, що закон про загальну адміністративну процедуру повинен бути фундаментом, загальним законом для регулювання усіх відносин між публічною адміністрацією та приватними особами, зокрема, щодо: розгляду заяв приватних осіб; усіх випадків втручальної діяльності публічної адміністрації в життя громадян і суб’єктів господарювання (інспекційна діяльність тощо); розгляду скарг в адміністративному порядку.

Загалом про зміст законопроекту про адміністративну процедуру, його основні новели, очікувані позитиви і ризики неодноразово писалося у науковій літературі в останні роки, тож нині хотілося б приділити увагу згаданим вище та іншим найбільш дискусійним питанням, а також останнім змінам у законопроекті. У 2018 р. робота над текстом законопроекту знову активізувалася. Після того, як на межі 2014–2015 рр. законопроект був фіналізований робочою групою Мін’юсту, отримав по-

<sup>5</sup> Хартія основних прав Європейського Союзу от 7 декабря 2000 г. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_524](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524) (дата обращения: 03.12.2018).

Віктор Тимошук

зитивний висновок Програми ЄС SIGMA, три роки фактично були втрачені. Він залишався без належної уваги влади, аж доки у 2018 р. не було утворено нову робочу групу й розпочато інтенсивну роботу. Позитивом можна вважати те, що для доопрацювання законопроекту за основу було взято текст, підготовлений на початок 2015 р. Тобто замість роботи з “чистого аркуша” була забезпечена певна поступальність та еволюційність цього процесу. Отже, нині проведено понад два десятки засідань робочої групи Мін’юсту – за участю різних зацікавлених сторін (представників центральних органів виконавчої влади, судової влади, науковців та міжнародних експертів тощо), які вкотре “оголили” найскладніші теми.

До них належить і питання винятків зі сфери дії закону, зокрема співвідношення цього закону і чинного Закону України “Про адміністративні послуги”<sup>6</sup>. Багато органів виконавчої влади стверджують, що їхні сфери відповідальності дуже унікальні, що уніфікувати регулювання та поширити закон про загальну адміністративну процедуру на ці сфери неможливо тощо. Відповідь тут може бути одна – мінімум винятків і тільки обґрунтовані винятки. Кожен сумнівний виняток породжуватиме спокусу інших міністерств та центральних органів виконавчої влади передбачити винятки і для себе. Прогнозований наслідок – нівелювання цінності та корисності закону про адміністративну процедуру як такого. Тому наразі винятки для адміністративної діяльності у законопроекті практично не передбачені. Вони стосуються швидше сфер близьких до “політики” (в сенсі “полісі”: розгляд пропозицій щодо нормативно-правових актів, участь у виборах та референдумах тощо), а також внутрішньої діяльності публічної адміністрації (як-от, питання публічної служби).

Деякі інші винятки лише підкреслюють, що не може бути автоматичного знаку рівності між статусом органу виконавчої влади й адміністративною діяльністю. Адже навіть в органах виконавчої влади є інші сфери правовідносин (як-от, розслідування кримінальних правопорушень тощо). Звісно, і закон про загальну адміністративну процедуру на такі відносини не поширюється.

Зрештою, навіть зазначені вище не зовсім винятки, адже ці відносини загалом не потрапляють до предмета регулювання закону. Просто формальне означення цих виключень дає можливість чіткіше зрозуміти сферу дії закону.

До речі, одне зі складних питань – чи поширювати закон про загальну адміністративну процедуру на сферу розгляду справ про адміністративні правопорушення (у розумінні чинного Кодексу України

www.pravoua.com.ua

<sup>6</sup> Про адміністративні послуги: Закон України від 6 вересня 2012 р. № 5203-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5203-17> (дата звернення: 03.12.2018).

про адміністративні правопорушення<sup>7</sup>). Нині робоча група зробила виняток для цієї сфери, хоча, здається, обґрунтованих причин для такого рішення недостатньо. Якщо справи про притягнення до адміністративної відповідальності розглядаються публічною адміністрацією, то адміністративний орган повинен і права особи в адміністративній процедурі дотримувати, і свої обов'язки виконувати. Для усіх спроб винятків та специфічних справ потрібно пам'ятати, що закон про загальну адміністративну процедуру – це лише загальні правила. Якщо ж певні відносини потребують особливого підходу, то ця специфіка має бути збережена у спеціальному (тематичному) законодавстві.

Особливо дискусійним залишалось питання узгодження закону про загальну адміністративну процедуру із Законом України “Про адміністративні послуги”<sup>8</sup>, враховуючи, що реформа системи адмінпослуг є однією з найуспішніших і її провідники остерігаються різких змін державної політики у цій сфері. Тут навряд чи було б потрібне якесь окреме згадування про співвідношення дії цих законодавчих актів. Однак, швидше через міжміністерський компроміс, у законопроекті сказано про “врахування” Закону України “Про адміністративні послуги” при наданні таких послуг. Якщо ж аналізувати практичну сторону надання адміністративних послуг, то в будь-якому разі змістовні питання надання певної адміністративної послуги регулюються (повинні регулюватися) конкретним тематичним (спеціальним) законом. Саме у ньому визначаються і повноважний адміністративний орган, і вимоги щодо документів та інформації від особи, і строки надання адмінпослуги тощо. Власне, у цій частині закон про загальну адміністративну процедуру врегульовує загальні процедурні відносини: як подати заяву; як, за потреби, вирішити питання про залучення до провадження інших осіб; як відбувається взаємодія адміністративного органу з іншими суб'єктами при отриманні погоджень і висновків; як оформляється результат справи і як доводиться адміністративний акт до відома особи тощо.

Закон України “Про адміністративні послуги” нині містить лише дві статті процедурного характеру (9 і 10 – про порядок подання заяви і про строки), які свого часу були запозиченні саме з проекту закону про загальну адміністративну процедуру, і тому у разі ухвалення останнього їх доцільно було б виключити із Закону України “Про адміністративні послуги”, аби не породжувати колізій. Інші норми цього закону до власне адміністративної процедури особливого стосунку не мають. Це норми про центри надання адмінпослуг, про супутні послуги, про реєстр адмін-

<sup>7</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-Х. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення: 03.12.2018).

<sup>8</sup> Про адміністративні послуги (н 6).

Віктор Тимошук

послуг, про інформаційні та технологічні картки послуг, про Єдиний державний портал адмінпослуг тощо. Тобто це переважно організаційні питання, але не процедура.

Дещо схоже місце займає і Закон України “Про ліцензування видів господарської діяльності”<sup>9</sup>. Він також є загальним щодо власне порядку видачі ліцензій, але другорядним і дещо дублюючим щодо законів про адміністративні послуги та про адміністративну процедуру. Наявність таких законів може навіть ускладнювати правове регулювання, яке у деяких сферах стає чотирирівневим навіть на рівні закону.

Визначення правильного суб’єктного складу адміністративної процедури було ще одним питанням, навколо якого точилися насамперед теоретичні дискусії. З точки зору теорії відносин суб’єктами адміністративної процедури є адміністративний орган та особа (або різні категорії осіб). Але очевидно, що у цих відносинах адміністративний орган є провідним суб’єктом, тобто “власником провадження”, а особа його учасником. І власне з практичних цілей нормопроектної техніки та правозастосування також учасниками процедури названі лише фізичні та юридичні особи у статусі заявника, іншого адресата, скаржника, заінтересованої особи. Це підкреслює традиційно адміністративний характер відносин між органом та особою, тобто відносини, які раніше навіть називали “субординаційними”. Хоча перед законом обидва суб’єкти рівні. Тобто тут ідеться саме про відносини між непідпорядкованими суб’єктами: органом публічної адміністрації та фізичною або юридичною особою. Отже, з практичної точки зору об’єднувати в одну категорію “учасників” адміністративні органи та осіб і некоректно, і недоцільно, оскільки у них фактично немає спільних прав та обов’язків. Їхні ролі, права та обов’язки суттєво відрізняються.

До речі, недостатнім є розуміння категорії “адміністративний орган”. Важливо насамперед пам’ятати, що це не статутна категорія, а функціональна. З одного боку, неможливо за ознакою приналежності до якоїсь системи органів влади (чи-то державної виконавчої, чи-то місцевого самоврядування), автоматично відносити таких суб’єктів до адміністративних органів. Хоча саме названі вище суб’єкти і є переважно адміністративними органами. Водночас “адміністративність” визначається характером конкретних повноважень, які реалізуються. Наприклад, місцева рада, приймаючи рішення про бюджет, не є адміністративним органом, але приймаючи рішення про надання земельної ділянки у користування конкретній фізичній чи юридичній особі

www.pravoua.com.ua

<sup>9</sup> Про ліцензування видів господарської діяльності: Закон України від 2 березня 2015 р. № 222-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-19> (дата звернення: 03.12.2018).



виступає саме як адміністративний орган. Також адміністративними органами є “нестатутні” суб’єкти, як-от, різні підприємства, установи, організації тощо, яким державою делеговані певні повноваження щодо вирішення адміністративних справ (наприклад, нині функціонують так звані “акредитовані суб’єкти”, що виконують функції публічної адміністрації у сферах реєстрації нерухомості та бізнесу). У законопроекті ця функціональна ознака подана через формулювання “владні управлінські функції”. Мабуть, це означення щонайменше застаріле, адже відмовляючись вже близько 20 років від базової категорії радянського адміністративного права “державне управління” на користь категорії “публічна адміністрація”, очевидно, що саме про це потрібно було вже сказати і в законопроекті про адміністративну процедуру. Хоча тут законопроект частково зв’язаний нормами Кодексу адміністративного судочинства України, у якому визначається поняття суб’єкта владних повноважень (п. 7 ч. 1 ст. 4)<sup>10</sup>.

Ще важливо наголосити, що категорія “адміністративний орган” може стосуватися і конкретної посадової особи, якщо саме така особа уповноважена на самостійне прийняття рішень. Для прикладу, це може стосуватися державних реєстраторів у сферах реєстрації прав на нерухоме майно або реєстрації суб’єктів господарювання.

Отже, у кожній конкретній ситуації потрібно коректно визначити, хто є адміністративним органом. Це буде особливо важливо, коли вирішується питання про суб’єкта розгляду скарг в адміністративному порядку. Забігаючи наперед, зауважимо, що таким суб’єктом, за загальним правилом, визначено вищий орган. Тож, наприклад, тут має значення, хто прийняв адміністративний акт, і який суб’єкт є вищим органом. Щодо територіальних підрозділів центральних органів виконавчої влади таким суб’єктом, як правило, є власне центральний орган виконавчої влади (центральний апарат). Але це теж завжди індивідуально. Зокрема, у деяких системах органів виконавчої влади щодо районного підрозділу вищим може бути обласний чи міжрайонний орган, щодо обласного – міжрегіональний або центральний.

Загалом у поточній редакції законопроекту питання суб’єкта розгляду скарг в адміністративному порядку набуло суттєвого розвитку і нових ідей. Зокрема, закріплено правило, що окремі закони також можуть визначити суб’єкта розгляду скарг. Це зроблено для збереження уже наявних у правовій системі України, і таких, що довели свою ефективність, інституцій (наприклад, Експертно-апеляційна рада з питань ліцензуван-

<sup>10</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення: 03.12.2018).

Віктор Тимошук

ня, що функціонує відповідно до Закону України “Про ліцензування видів господарської діяльності”<sup>11</sup>).

Також враховано позитивну тенденцію децентралізації багатьох повноважень, зокрема, коли йдеться про делегування органам місцевого самоврядування повноважень із надання адміністративних послуг. У цьому разі застосовується механізм відомчого адміністративного контролю. Тобто рішення і дії посадових осіб місцевого самоврядування можуть бути оскаржені в адміністративному порядку до уповноважених органів виконавчої влади. Для прикладу, у сферах реєстрації нерухомості та бізнесу органами з розгляду скарг вже нині є відповідні комісії, утворені при обласних підрозділах Мін’юсту. Це цілком виправданий підхід, коли держава зберігає фаховий контроль за законністю виконання делегованих повноважень.

Однак враховуючи той факт, що у багатьох сферах такі контролюючі органи не визначені, а також, що у системі органів місцевого самоврядування не завжди є вищі органи (наприклад, якщо рішення прийняте місцевою радою), то для цих випадків законопроект передбачає можливість утворення колегіальних органів (комісій) для розгляду скарг. Такі комісії можуть приймати лише рекомендаційні рішення. Остаточне рішення у будь-якому разі залишається за компетентними посадовими особами, тобто за органом влади. Водночас для підвищення довіри громадян до таких скарг механізмів оскарження передбачена можливість органу, що утворює комісію, включати до її складу представників громадськості. Це може сприяти більш неупередженому підходу до розгляду скарг. І хоча зарубіжні експерти були досить критичні щодо цієї норми, все ж робоча група вирішила, що це правильне рішення для України. Наша специфіка виправдовує широке залучення громадськості до різних інституцій (конкурсні комісії в системі державної служби, у суддівській владі тощо), зокрема й враховуючи інституційну слабкість органів влади, потребу зміцнення довіри між владою і суспільством. Як компроміс все ж зазначено, що включення представників громадськості до складу комісій з розгляду скарг – це право, а не обов’язок органу влади, і встановлено обмеження у 30 % від складу такої комісії.

Хочеться сподіватися, що органи влади будуть сміливими у наданні додаткових правових можливостей захисту прав громадян.

Фактично у цьому ж контексті можна висловитися і щодо питання про суть інституту адміністративного оскарження – чи це окремий вид адміністративного провадження, чи факультативна стадія іншого адміністративного провадження. Як здається, відповідь тут може бути

www.pravoua.com.ua

<sup>11</sup> Про ліцензування видів господарської діяльності (н 9).

ствердною на обидві гіпотези. Якщо класифікувати адміністративні провадження за критерієм порядку ініціювання, то, відповідно, можна виокремити: а) заявні провадження (що ініціюються заявою особи); б) втручальні провадження (ініціюються рішенням чи дією адміністративного органу); в) провадження з розгляду скарг (ініціюються поданням скарги). В одних випадках така скарга подається особою, яка брала участь у провадженні в першій інстанції (заявником чи заінтересованою особою тощо). Тож у цьому разі адміністративне оскарження – це факультативна стадія вирішення справи, тобто розгляд справи у другій інстанції.

Можна подивитися на це питання і з іншого боку. Окремі особи можуть дізнатися про адміністративний акт вже після його прийняття, і при цьому з різних причин такі особи могли бути не залученими до розгляду справи в першій інстанції. Це може бути не лише заінтересована особа, а й адресат. Отже, у разі подання скарги на адміністративний акт такою особою, саме для неї це також буде окреме провадження. Однак, якщо у такій справі в першій інстанції брали участь інші особи, то для них це буде друга інстанція.

Якщо йдеться про класичний розгляд скарги вищим органом, то тут статус адміністративного органу, що прийняв оскаржуваний адміністративний акт, теж змінюється принципово. Можливо, це питання має більше схоластичний характер, аніж практичний. З точки зору нормо-проектної техніки у будь-якому разі у законопроекті потрібно приділяти окрему увагу предмету оскарження, власне порядку подання скарги в адміністративному порядку, особливостям її розгляду та можливим результатам.

У процесі доопрацювання законопроекту вкотре порушувалося питання нікчемності адміністративних актів. На думку окремих членів робочої групи, це зайвий механізм, раніше невідомий для вітчизняного адміністративного законодавства (мабуть, краще сказати, радянського та пострадянського), що може призвести до свавілля та (або) правової невизначеності. Проте дискусія показала, що більшість членів робочої групи вважає фіксацію норм про нікчемність адміністративних актів корисною для практики. Адже у випадку, коли акт має особливо значні *очевидні* недоліки, то немає потреби витрачати жодні ресурси на визнання того, що такий акт не має для особи жодних правових наслідків. Власне, у цьому принципова різниця між актами нікчемними та оспорюваними. Тож поняття нікчемності адміністративних актів, відоме теорії адміністративного права, незабаром може бути закріплене в законодавстві та реалізоване на практиці. Та враховуючи законні інтереси осіб, передбачена також можливість звернення до адміністра-

тивного органу або до суду за підтвердженням нікчемності адміністративного акта.

Висновки. Загалом можна ще раз відзначити, що 20-й рік роботи над законопроектом виявився достатньо результативним з точки зору його наповнення. Так, принципові конструкції і систематика законопроекту не змінилися. Водночас робота широкої робочої групи, участь зарубіжних експертів дали змогу ще ретельніше подивитися на можливі наслідки кожної з норм, заповнити деякі прогалини. Якщо у 2006–2009 рр. з'явилися норми про відкликання та визнання недійсними адміністративних актів, про примусове виконання адміністративних актів, то у 2018 р. додалися важливі норми про предметну і територіальну компетенцію, про публічне правонаступництво. Загалом нині зберігається тільки одна суттєва прогалина – це питання адміністративних договорів. Але поки що ще не запропоноване регулювання, яке задовольняло б робочу групу, хоча є повне розуміння, що до цього питання потрібно буде повернутися у майбутньому.

І нарешті, останнє – як має змінитися правове поле України після ухвалення закону про адміністративну процедуру, як забезпечити належну узгодженість законодавства. Враховуючи, що закон про загальну адміністративну процедуру має бути саме загальним законом, то нас чекає великий обсяг роботи із перегляду спеціальних (тематичних) законів, виключення із них дублюючих або конкуруючих процедурних норм. Лише у випадках виправданих особливостей потрібно чітко застерегти про дію цих особливих (спеціальних) норм. Загальним же приписом у тематичних законах має бути щось на кшталт: “Розгляд та вирішення справ щодо *(вказується сфера, категорія справ тощо)* здійснюється відповідно до Закону ‘Про адміністративну процедуру’”. Перегляд спеціальних (тематичних) законів надзвичайно велике й амбітне завдання, але його виконання дасть змогу зробити адміністративно-правове регулювання струнким і зрозумілим, захистити громадян та бізнес від свавілля публічної адміністрації, зробити Україну зрозумілішою і для зарубіжних інвесторів. Для виконання цього завдання передбачається тривалий час, зокрема один рік між опублікуванням прийнятого закону і набранням ним чинності.

До цього важливого моменту потрібно вже готуватися викладачам адміністративного права та іншим фахівцям, аби своєчасно розробити відповідні навчальні та тренінгові програми, забезпечити належне навчання для усіх публічних службовців.

Однак саме після ухвалення закону про адміністративну процедуру в Україні буде завершено формування основного масиву законодавства, що регулює повноваження, організацію та діяльність публічної адміністрації.

## REFERENCES

### List of legal documents

#### Legislation

1. Hartija osnovnyh prav Evropejskogo Sojuza [The Charter of Fundamental Rights of the European Union] ot 7 dekabrja 2000 g. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_524](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524) (accessed: 03.12.2018) (in Russian).
2. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy [Code of Administrative Justice of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 6 lypnia 2005 r. № 2747-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (accessed: 03.12.2018) (in Ukrainian).
3. Kodeks Ukrainy pro administratyvni pravoporushennia [Code of Ukraine on Administrative Offences]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 7 grudnia 1984 r. № 8073-X. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (accessed: 03.12.2018) (in Ukrainian).
4. Pro administratyvni posluhy [On Administrative Services]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 6 veresnia 2012 r. № 5203-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5203-17> (accessed: 03.12.2018) (in Ukrainian).
5. Pro litsenzuvannia vydiv hospodarskoj diialnosti [On Licensing of Economic Activity Types]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 bereznia 2015 r. № 222-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-19> (accessed: 03.12.2018) (in Ukrainian).
6. Stratehiia reformuvannia derzhavnoho upravlinnia Ukrainy na 2016-2020 roky, skhvalena rozporiadzhenniam Kabinetu Ministriv Ukrainy [Strategy of Public Administration Reform in Ukraine for 2016-2020 Approved by Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 24 chervnia 2016 r. № 474-p. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/474-2016-%D1%80> (accessed: 03.12.2018) (in Ukrainian).

### Bibliography

#### Websites

7. ‘Proekt Zakonu “Administratyvno-protsedurnyi kodeks” [‘Draft Law “The Code of Administrative Procedure”] (*Ministerstvo yustytzii Ukrainy*) <[https://minjust.gov.ua/m/str\\_2734](https://minjust.gov.ua/m/str_2734)> accessed 3 Desember 2018 (in Ukrainian).
8. ‘Proekt Zakonu “Pro administratyvnu protseduru” [‘Draft Law “On the Administrative Procedure”] (*Ministerstvo yustytzii Ukrainy*) <<http://old.minjust.gov.ua/file/42462.docx>> accessed 3 Desember 2018 (in Ukrainian).

Viktor Tymoshchuk

## INTRODUCTION OF THE GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE AS AN OBJECTIVE OF PUBLIC AUTHORITY REFORMS

**ABSTRACT.** The article focuses on the issues pertaining to legislative regulation of the general administrative procedure in Ukraine. Its relevance is associated with the next stage of the elaboration of a respective draft law and stems from a high probability that it will be passed in the medium term.

The purpose of the article is to bring into view the very purpose of the law on the general administrative procedure, its place among other legislative acts, and the main novels of the draft law which appeared during the last year.

Віктор Тимошук

Thus, the article explains that the law on the administrative procedure is intended to regulate the general administrative procedure proper. In other words, this is not a code that should codify or otherwise systematize the whole variety of the procedures used for consideration and resolution of various categories of administrative cases. Its main purpose is to determine the general principles and standards according to which public administration should communicate with individuals. It should enshrine the basic rights of an individual, obligations of an administrative body, and the mechanisms of their implementation/exercise. The article also accentuates the functional understanding of the category “administrative body” and the practical importance of using the mechanism of nullity of administrative acts. Special attention is paid to such an issue as the subject of complaints’ consideration in the administrative procedure. In particular, the author notes that there is a wide diversity of such subjects: the “classic” supreme administrative body, the executive body exercising the qualified administrative control over the legality of operation of local self-government bodies in a relevant area of delegated authority. In each of these cases, the author emphasizes that it is advisable to establish auxiliary collegial bodies – committees for consideration of complaints under the administrative procedure, with the possibility that representatives of the public may be members of such committees.

The main conclusions regarding the issue of the general administrative procedure in Ukraine are: the need to intensify the efforts of scientists, teachers and other competent persons with the aim of preparing educational and training programs, and further training of all public servants. There is also the need for scientific support of practitioners for the sake of timely revision of the entire array of legislation and harmonization of special (thematic) laws with the law on the administrative procedure.

KEYWORDS: administrative procedure; general administrative procedure; law on the administrative procedure; administrative act; administrative appeal.



## Андрій Школик

кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри адміністративного та фінансового права  
Львівського національного університету імені Івана Франка  
(м. Львів, Україна)  
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-8215-2715>  
a.shkolyk@gmail.com

УДК 342.9

### КОНЦЕПЦІЯ ЗАГАЛЬНОГО ЗАКОНУ (КОДЕКСУ) ПРО АДМІНІСТРАТИВНУ ПРОЦЕДУРУ

АНОТАЦІЯ. Проект основоположного акта адміністративного законодавства – закону про адміністративну процедуру (первинно – Адміністративно-процедурного кодексу) вкотре доопрацьовується перед поданням на розгляд Верховної Ради України. Пострадянська відсутність в Україні традиції законодавчого регулювання порядку прийняття рішень і вчинення дій органами виконавчої влади та місцевого самоврядування зумовлює неналежне сприйняття чималою частиною політиків, публічних службовців, юристів-практиків та науковців самої ідеї загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру. Крім того, основоположні аспекти концепції законопроекту було обговорено лише на кількох наукових заходах і вони не стали предметом ширшої дискусії.

Метою статті є висвітлення концептуальних аспектів майбутнього загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру та залучення ширшого кола науковців, політиків, публічних службовців і юристів-практиків до обговорення його дискусійних моментів.

Переваги ухвалення в Україні загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру загалом перевищують можливі недоліки. Подібність багатьох його норм до судових процесуальних кодексів зумовлена віднесенням до предмета правового регулювання також і спірних (конфліктних) проваджень. У більшості адміністративних проваджень до певного моменту не виникає правового спору та доцільності застосування усього арсеналу юридичних засобів процесуального характеру. У цьому контексті законопроект повинен чіткіше розмежувати спрощене адміністративне провадження для вирішення нескладних і неспірних справ та повне провадження, що дійсно нагадуватиме судовий процес.

Майбутній закон (кодекс) про адміністративну процедуру має бути дійсно загальним, тобто поширювати свою дію практично на всі сфери публічного адміністрування. Кожен виняток із цього правила (за наявності таких) та відповідне регулювання адміністративної процедури у спеціальному законодавчому акті повинно бути детально обґрунтовано, проте відмінності відповідних норм не мають бути надмірними.

© Андрій Школик, 2018

Андрій Школик

Термінологію законопроекту варто ще раз переглянути. Передусім це стосується основного поняття “адміністративний акт”, який пропонується використовувати у ширшому доктринальному значенні, а не лише як індивідуальне рішення відповідного суб’єкта публічного адміністрування.

Ключові слова: адміністративна процедура; законопроект; концепція; адміністративний акт; рішення.

Розробка та доопрацювання в Україні проекту загального закону про адміністративну процедуру, який називався у попередній редакції Адміністративно-процедурним кодексом, триває вже майже двадцять років. На початку 2018 р. Міністерством юстиції України було створено чергову робочу групу з розробки цього законопроекту. Поновлення нормотворчої діяльності у цьому напрямі було зумовлено, зокрема, необхідністю виконання положень Стратегії реформування державного управління України на 2016–2020 роки. У цьому програмно-політичному документі чітко зазначено, що ‘пріоритетом розвитку сфери надання адміністративних процедур і адміністративних послуг є прийняття закону про загальну адміністративну процедуру згідно з європейськими стандартами’<sup>1</sup>.

Протягом останніх двох років відчутно збільшилася кількість наукових виступів та публікацій, присвячених тим або іншим аспектам адміністративної процедури. Зокрема, теоретично-правові основи цього правового інституту висвітлили на конференціях (круглих столах) та у відповідних публікаціях О. Андрійко<sup>2</sup>, І. Бойко<sup>3</sup>, С. Стеценко<sup>4</sup>, принципи адміністративної процедури – А. Пухтецька<sup>5</sup>, О. Соловійова<sup>6</sup>, процедуру в окремих сферах публічного адміністрування – Т. Коломоєць<sup>7</sup>,

<sup>1</sup> Деякі питання реформування державного управління України: розпорядження Кабінету Міністрів України від 24 червня 2016 р. № 474-р. *Офіційний вісник України*. 2016. № 55. Ст. 1919.

<sup>2</sup> О. Андрійко, ‘Адміністративні процедури як інститут адміністративного права’ в *Публічна служба і адміністративне судочинство: здобутки і виклики: I міжнародна науково-практична конференція* (Верховний Суд України, Київ, липень 2018).

<sup>3</sup> І. Бойко, ‘Базові категорії права адміністративних процедур’ в *Адміністративна процедура: особливості формування української концепції: круглий стіл* (Нац. акад. прав. наук України, Нац. юрид. унів. ім. Я. Мудрого, Харків, вересень 2017) <[http://www.aprnu.kharkiv.org/doc/Admin\\_procedura.pdf](http://www.aprnu.kharkiv.org/doc/Admin_procedura.pdf)> дата звернення 3 Грудень 2018.

<sup>4</sup> С. Стеценко, ‘Адміністративні процедури: поняття, ознаки, класифікація’ в *Публічна служба і адміністративне судочинство: здобутки і виклики: I міжнародна науково-практична конференція* (Верховний Суд України, Київ, липень 2018).

<sup>5</sup> А. Пухтецька, *Принципи адміністративного права: адміністративно-правові та євроінтеграційні аспекти оновлення змісту та практики застосування* (Панов 2016) 295-327.

<sup>6</sup> О. Соловійова, ‘Принципи адміністративної процедури’ в *Адміністративна процедура: конспект лекцій* (Право 2017) 19-33.

<sup>7</sup> Т. Коломоєць, ‘Ліцензування та сертифікація у сфері вищої освіти в Україні як адміністративні процедури: актуальні питання нормативної регламентації та практики здійснення’ в *Адміністративна процедура: особливості формування української концепції: круглий стіл* (Нац. акад. прав. наук України, Нац. юрид. унів. ім. Я. Мудрого, Харків, вересень 2017) <[http://www.aprnu.kharkiv.org/doc/Admin\\_procedura.pdf](http://www.aprnu.kharkiv.org/doc/Admin_procedura.pdf)> дата звернення 3 Грудень 2018.



О. Зима<sup>8</sup>, О. Юшкевич<sup>9</sup>. Одній з головних категорій закону (кодексу) про адміністративну процедуру – адміністративному акту, що свого часу в Україні досліджувалася В. Тимощуком<sup>10</sup>, у Київському національному університеті імені Тараса Шевченка було навіть присвячено тематичну конференцію<sup>11</sup>.

Однак концептуальні аспекти цього законопроекту досі не стали предметом поглибленої наукової дискусії та аналізу серед вітчизняних адміністративістів. Наприклад, щодо одного з основоположних питань, структури майбутнього закону (кодексу) про адміністративну процедуру сформулювала свою позицію Л. Коваленко<sup>12</sup>, але цього навряд чи достатньо. Окремого документа під назвою “Концепція проекту Закону України ‘Про адміністративну процедуру’” також не було запропоновано для обговорення серед науковців і практиків. Звичайно, що основні підходи у цьому контексті наявні у пояснювальних записках до попередніх законопроектів, проте ними користується надто вузьке коло фахівців.

Метою дослідження є висвітлення концептуальних аспектів майбутнього загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру та залучення ширшого кола науковців, політиків і публічних службовців до обговорення його дискусійних моментів.

Аналіз розпочнемо з розуміння поняття і структури концепції законопроекту в українській загальній теорії права та чинних нормативно-правових актах.

На думку Н. Червінської, концепція законопроекту – це письмовий документ, у якому надано наукове обґрунтування основних положень майбутнього проекту й відображено задум законодавця щодо наявної суспільно значущої проблеми, яка потребує законодавчого регулювання й включає в себе мету закону – рішення відповідної суспільно значущої проблеми, а також обґрунтовані способи досягнення цієї мети<sup>13</sup>. Основним у цій дефініції вважаємо словосполучення “наукове обґрунтування

<sup>8</sup> О Зима, ‘Адміністративна процедура в митній сфері’ в *Адміністративна процедура: конспект лекцій* (Право 2017) 126-130.

<sup>9</sup> О Юшкевич, ‘Адміністративні процедури будівництва об’єктів містобудівної діяльності’ в *Адміністративна процедура: особливості формування української концепції: круглий стіл* (Нац. акад. прав. наук України, Нац. юрид. унів. ім. Я. Мудрого, Харків, вересень 2017) <[http://www.aprnu.kharkiv.org/doc/Admin\\_procedura.pdf](http://www.aprnu.kharkiv.org/doc/Admin_procedura.pdf)> дата звернення 3 Грудень 2018.

<sup>10</sup> В Тимошук, *Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії* (Конус-Ю 2010).

<sup>11</sup> В Бевзенко (ред), *Адміністративний акт: теорія та практика: II Міжнародна науково-практична конференція* (Київ, жовтень 2017) (Дакор 2018).

<sup>12</sup> Л Коваленко, ‘Прийняття закону України “Про адміністративну процедуру” як ефективний спосіб захисту прав, свобод чи інтересів фізичних чи юридичних осіб’ в *Адміністративна процедура: особливості формування української концепції: круглий стіл* (Нац. акад. прав. наук України, Нац. юрид. унів. ім. Я. Мудрого, Харків, вересень 2017) <[http://www.aprnu.kharkiv.org/doc/Admin\\_procedura.pdf](http://www.aprnu.kharkiv.org/doc/Admin_procedura.pdf)> дата звернення 3 Грудень 2018.

<sup>13</sup> Н Червінська, ‘Концепція законопроекту та її значення для підвищення якості законів’ (2014) 74 *Актуальні проблеми держави і права* 58.

Андрій Школик

основних положень”, беручи за основу, яке будемо далі висвітлювати як предмет нашого дослідження.

Відповідно до параграфів 56–57 чинного Регламенту Кабінету Міністрів України, концепція закону повинна містити такі розділи:

- проблема, яка потребує розв’язання;
- мета і строки реалізації концепції;
- шляхи і способи розв’язання проблеми;
- очікувані результати;
- обсяг фінансових, матеріально-технічних, трудових ресурсів<sup>14</sup>.

Третій названий розділ (шляхи і способи) не випадково тут викладено у множині, що передбачає доцільність обговорення різних варіантів вирішення проблеми у майбутньому законі.

Наприкінці 2000-х років концепції законів (кодексів) доволі часто розроблялися та схвалювалися розпорядженнями відповідних урядів України. У частині адміністративно-правового регулювання такі документи завершувались як прийняттям Верховною Радою України відповідного законодавчого акта (наприклад, концепції проектів законів України “Про доступ до інформації”<sup>15</sup> та “Про адміністративні послуги”<sup>16</sup>), так і без такого результату (концепція Містобудівного кодексу України<sup>17</sup>, яку, щоправда, фактично було модифіковано й прийнято на її основі достатньо прогресивний Закон України “Про регулювання містобудівної діяльності”<sup>18</sup>).

Тому цілком логічною була б розробка та обговорення концепції закону (кодексу) про адміністративну процедуру, адже його сфера дії порівняно із зазначеними вище законами є значно ширшою. Однак важливішим, на нашу думку, є не тільки підготовка і формальне схвалення політичного документа під назвою концепція закону чи кодексу, а ґрунтовне експертне обговорення її основних положень із наведенням аргументів на користь того чи іншого варіанта майбутнього правового регулювання.

У цій статті лише побіжно зупинимося на першому елементі будь-якої концепції закону: проблемі, що потребує розв’язання, а інакше кажучи – обґрунтуванні доцільності ухвалення загального закону (кодексу)

<sup>14</sup> Про затвердження Регламенту Кабінету Міністрів України: постанова Кабінету Міністрів України від 18 липня 2007 р. № 950. *Офіційний вісник України*, 2007. № 54. Ст. 2180.

<sup>15</sup> Про доступ до інформації: Закон України від 13 січня 2011 р. № 2939-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17> (дата звернення: 03.12.2018).

<sup>16</sup> Про адміністративні послуги: Закон України від 6 вересня 2012 р. № 5203-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5203-17> (дата звернення: 03.12.2018).

<sup>17</sup> Концепція Містобудівного кодексу України, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 липня 2007 р. № 536-р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/536-2007-%D1%80> (дата звернення: 03.12.2018).

<sup>18</sup> Про регулювання містобудівної діяльності: Закон України від 17 лютого 2011 р. № 3038-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3038-17> (дата звернення: 03.12.2018).

про адміністративну процедуру. Цьому питанню протягом останнього десятиріччя було присвячено чималу кількість публікацій, включаючи авторські<sup>19</sup>. Коротко формулюючи, кількість переваг ухвалення загального закону (кодексу) перевищує можливі негативні наслідки, звичайно, за умови ухвалення виваженого кінцевого тексту та наявності чіткого плану його впровадження у практику публічного адміністрування. Дещо конкретизуючи, серед переваг ухвалення загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру назвемо:

- введення діяльності суб'єктів публічного адміністрування у чіткі законодавчі межі (станом на сьогодні порядок здійснення цієї діяльності регламентується переважно підзаконними нормативно-правовими актами, а також законами з різним ступенем вмісту адміністративно-процедурних норм);

- ліквідація прогалин у правовому регулюванні діяльності суб'єктів публічного адміністрування (наприклад, відсутність належної регламентації відкликання та скасування адміністративних актів, що призводить до неоднозначної судової практики);

- усунення необґрунтованих розбіжностей правового регулювання діяльності різних суб'єктів публічного адміністрування і систематизація адміністративно-процедурного законодавства, що дасть змогу громадянам та суб'єктам господарювання краще розуміти алгоритми діяльності представників виконавчої влади і місцевого самоврядування та ефективніше реалізовувати свої права, свободи й законні інтереси.

Далі сконцентруємо наш виклад на основоположних (концептуальних) положеннях, до яких віднесемо:

- загальну спрямованість правового регулювання;
- ключові терміни;
- сферу дії майбутнього закону (кодексу);
- структуру майбутнього закону (кодексу).

Розпочнемо цей огляд із питання, яке найчастіше ставилося у зауваженнях від представників різних органів публічної влади в результаті обговорення проекту Закону України “Про адміністративну процедуру” в 2015 р.<sup>20</sup>. Достатньо повторюване зауваження зводилося до того, що законопроект запроваджує правила, подібні до наявних у судовому процесі, й може ускладнити діяльність суб'єктів публічного адміністрування.

<sup>19</sup> А Школик, ‘Предмет правового регулювання Адміністративно-процедурного кодексу’ (2010) 50 Вісник Львів. унів. Серія юридична 147-152; А Школик, ‘Адміністративно-процедурне законодавство України на етапі становлення’ (2015) 9 Адміністративне право и процесс 64-7; А Школик, ‘Кодифікація законодавства про адміністративну процедуру як загальноєвропейська тенденція’ (2016) 7 Wrocławsko-Lwowskie zeszyty prawnicze / Wrocławсько-Львівський юридичний збірник 153-166; А Школик, ‘Адміністративно-процедурне право: ідея та реалізація’ (2017) 5 Lex portus 30-40.

<sup>20</sup> Проект Закону України “Про адміністративну процедуру” (Міністерство юстиції України) <<http://old.minjust.gov.ua/discuss>> дата звернення 3 Грудень 2018.

Андрій Школик

Це питання розіб'ємо на дві складові: чи передбачає проект закону (кодексу) про адміністративну процедуру юридичні норми, звично наявні у судових процесуальних кодексах, і чи ускладнюється таким чином порядок діяльності суб'єктів публічного адміністрування порівняно з чинним правовим регулюванням?

Відповідаючи на перше підпитання, зазначимо, що структура загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру справді нагадує побудову практично кожного судового процесуального кодексу, а у змісті законопроектів знайдемо норми про доказування, строки та інші інститути, які в українських юристів традиційно асоціюються із порядком розгляду справ судами. Така спільність між адміністративною процедурою та судовим процесом обґрунтовується тим, що загальний закон (кодекс) про адміністративну процедуру регулюватиме, зокрема, і спірні (конфліктні) адміністративні провадження. Наприклад, справи щодо видачі дозволу на будівництво за участю кількох приватних осіб із різними юридичними інтересами, які потребують повноцінного розгляду судового типу, а також стадію оскарження рішення до вищого адміністративного органу.

Інша річ, що у більшості проваджень, регламентованих аналізованим законом (кодексом), об'єктивно не виникатиме правового спору. Правове регулювання таких проваджень буде спрощеним і тут не буде необхідності застосовувати увесь арсенал юридичних засобів процесуального характеру. У цьому контексті законопроект повинен чітко розмежувати *спрощене* адміністративне провадження для вирішення нескладних та неспірних справ і *повне* провадження, що дійсно нагадуватиме судовий процес.

Впровадження зазначеного розмежування у текст закону (кодексу) про адміністративну процедуру допоможе відповісти на друге наше підпитання щодо загрози ускладнення правового регулювання діяльності суб'єктів публічного адміністрування. Спрямованість законопроекту на переважне застосування спрощеного провадження дасть змогу відкинути цей закид. До цього додамо, що метою загального закону (кодексу) є утвердження і реалізація прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які з його ухваленням отримають додаткові гарантії такої реалізації, а не ускладнення процедури. Стосовно ж повного адміністративного провадження із проведенням слухання судового типу, що буде застосовуватися за наявності чи навіть можливості виникнення правового спору, його детальну правову регламентацію із застосуванням класичних процесуальних механізмів вважаємо цілком виправданою.

www.pravoua.com.ua

У частині співвідношення законодавства про адміністративну процедуру та судовий процес також виникає термінологічна проблема, яку необхідно вирішити задля уникнення майбутніх непорозумінь у правозастосуванні. У статті 4 чинної редакції Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) міститься дефініція “адміністративна справа” – ‘переданий на вирішення адміністративного суду публічно-правовий спір’, що розглядається і вирішується адміністративним судом<sup>21</sup>. У законопроекті про адміністративну процедуру також об’єктивно застосовується цей термін, але в іншому розумінні: справи, що розглядаються і вирішуються адміністративним органом. Тому варто законодавчо відмежувати справи, що розглядаються та вирішуються суб’єктами публічного адміністрування та адміністративними судами, інакше кажучи – *stricto sensu* адміністративними та судово-адміністративними справами. На нашу думку, понятійну заміну тут доцільно внести до КАС України, а не до майбутнього закону (кодексу) про адміністративну процедуру.

Згадка про новий для сучасного українського законодавства термін “адміністративний орган” зумовлює логічний перехід до другого концептуального питання про суб’єктів права, діяльність яких регламентуватиметься загальним законом (кодексом) про адміністративну процедуру. У законопроекті до адміністративних органів віднесено три групи суб’єктів:

- органи виконавчої влади;
- органи місцевого самоврядування;
- інші суб’єкти, які відповідно до закону уповноважені здійснювати владні управлінські функції.

Таке пропонуване визначення адміністративного органу дуже нагадує закріплену КАС України дефініцію суб’єкта владних повноважень, але є вужчою, оскільки не охоплює державних органів, що не належать до виконавчої влади.

Віднесення другої групи – органів місцевого самоврядування до адміністративних органів та, відповідно, поширення на них дії загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру може декого заскочити, особливо прихильників “громадівської” теорії місцевого самоврядування, зненацька. Адже йдеться про те, щоб діяльність не лише органів державної виконавчої влади, а й органів місцевого самоврядування (як виконавчих, так і представницьких) регулювалася адміністративно-процедурним законодавством. В обґрунтування такого підходу передусім

<sup>21</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: в ред. від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 48. Ст. 436.

Андрій Школик

процитуємо класика українського адміністративного права, який ґрунтовно опрацював теорію місцевого самоврядування, Ю. Панейка: ‘Між адміністрацією правління і самоврядною адміністрацією немає жодної істотної різниці щодо якості полагоджуваних справ’<sup>22</sup>. Тобто сутність зовнішньо спрямованої діяльності органів виконавчої влади та місцевого самоврядування є аналогічною і в сучасній термінології об’єднана в назву “публічне адміністрування”, а лише незначну частину такої діяльності можна віднести до місцевої політики.

Крім того, якщо проаналізувати зміст рішень будь-якої місцевої ради як представницького органу публічної влади, то впадає у вічі, що переважна їх більшість є індивідуальними адміністративними актами, якими визначаються права та обов’язки фізичних чи юридичних осіб. З огляду на зазначене, не вважаємо віднесення усіх органів місцевого самоврядування до адміністративних органів дискусійним аспектом законопроекту. Єдиним важливим моментом, що потребує обговорення і можливого включення до аналізованого проекту закону (кодексу) про адміністративну процедуру, є колегіальний порядок прийняття рішень місцевими радами та багатьма їх виконавчими органами, який варто окремо виписати з огляду на чисельність суб’єктів, що сюди належать. До речі, пропозиції з цього приводу кілька років тому висловлювалися під час опрацювання чергового варіанта законопроекту Д. Лук’янцем, але поки що безрезультатно. Як додатковий аргумент додамо, що норми про особливості прийняття рішень колективними органами містяться у низці загальних законів (кодексів) про адміністративну процедуру держав – членів Європейського Союзу (далі – ЄС) і, зокрема, у шведському, іспанському та хорватському.

Крім органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, загальний закон (кодекс) поширюватиме свою дію на третю групу – інших суб’єктів, які відповідно до закону уповноважені здійснювати владні управлінські функції. Знову ж таки, це формулювання є подібним до визначеного КАС України поняття суб’єкта владних повноважень. Однак у чинному Кодексі вжито дещо уточнене формулювання: ‘...інший суб’єкт при здійсненні ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень, або наданні адміністративних послуг’<sup>23</sup>. Коректність обох формулювань (зокрема, в частині поняття управлінських функцій), без сумніву, є предметом довшої дискусії, якої не будемо починати з огляду на обмежений обсяг статті. У будь-якому разі, якщо держава де-

www.pravoua.com.ua

<sup>22</sup> Ю Панейко, *Теоретичні основи самоврядування* (Українська вільна академія наук в Німеччині 1963) 88.

<sup>23</sup> Кодекс адміністративного судочинства України (н 21).

легуватиме виконання своїх повноважень у сфері публічного адміністрування суб'єктам приватного сектора, на них поширюватиметься загальний закон (кодекс) про адміністративну процедуру.

Наступним концептуальним питанням аналізованого законопроекту є сфери публічного адміністрування, на які він буде поширюватися. Щоб вважатися справді загальним законом (кодексом), необхідним є його поширення або на всі такі сфери, або ж кількість винятків у спеціальних законодавчих актах повинна бути мінімальною. Адже у протилежному випадку, коли кожне відомство застосовує спеціальний закон із вмістом адміністративно-процедурних норм, системна роль загального закону (кодексу) об'єктивно втрачається. В Україні подібна ситуація уже спостерігалася, коли кількість сфер винятків із дії рамкового Закону України «Про основи державного контролю (нагляду) у сфері господарської діяльності»<sup>24</sup> перевищувала кількість сфер її застосування.

Концептуально вважаємо, що будь-який виняток із дії загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру в певній сфері публічного адміністрування повинен бути істотно обґрунтованим необхідністю закріплення особливостей адміністративно-процедурного регулювання. Класичним винятком у законодавстві багатьох держав є окреме законодавче забезпечення процедури, що застосовується податковими службами. Наприклад, у ст. 3 польського Кодексу адміністративного провадження зазначено, що його приписи не поширюються на провадження у справах, врегульованих законом під назвою «Податкова ординація», який, зі свого боку, «нормує податкове провадження, податковий контроль та дії з перевірок»<sup>25</sup>. Крім того, загальні закони (кодекси) про адміністративну процедуру в окремих країнах не застосовуються, зокрема, у сферах діяльності дипломатичних, поліцейських та митних служб, соціального забезпечення.

Крім того, відмінності спеціальних законодавчих актів із вмістом адміністративно-процедурних норм від загального закону (кодексу) не повинні бути надмірними. Для загальної орієнтації такі відмінності можна порівняти з різницями у правовому регулюванні судового процесу, наявними у чинних редакціях Цивільного процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України та КАС України.

Утім, є ще один спосіб вирішення питання врегулювання особливостей адміністративної процедури у певних сферах публічного адміністрування, але з прив'язкою до спеціальної форми (інструмента)

<sup>24</sup> Про основи державного контролю (нагляду) у сфері господарської діяльності: Закон України від 5 квітня 2007 р. № 877-V. *Офіційний вісник України*. 2007. № 44. Ст. 1771.

<sup>25</sup> Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego <<http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19600300168>> accessed 2 December 2018; Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. <<http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19971370926>> accessed 2 December 2018.

Андрій Школик

публічного адміністрування, яким є плани. У німецькому загальному законі процедура затвердження плану викладена в окремому розділі (параграфи 72–78)<sup>26</sup>, який містить спеціальні норми щодо проведення слухання перед затвердженням плану, правові наслідки такого затвердження, внесення змін у план до завершення проекту. Такий підхід розробників німецького закону є не випадковим, адже загалом ним регламентується процедура прийняття адміністративних актів індивідуального характеру, плани ж як специфічна форма (інструмент) публічного адміністрування займають проміжне місце між індивідуальними та нормативними актами. Подібна позиція визнається і в українській адміністративно-правовій доктрині. Зокрема, Д. Приймаченко пропонує зараховувати плани (або ж акти планування) до кола складних актів, що містять як правозастосовні, так і нормотворчі приписи<sup>27</sup>.

Продовжуючи цю тему, поступово переходимо до наступного концептуального питання, що повинне бути вирішене у кінцевому варіанті українського законопроекту про адміністративну процедуру: форм (інструментів) публічного адміністрування, що будуть регламентуватися майбутнім загальним законом (кодексом). Оскільки в українській адміністративно-правовій доктрині на цьому етапі відсутній єдиний підхід стосовно термінів, якими доцільно позначати ту або іншу форму (інструмент), частково використаємо закріплену в чинній редакції КАС України термінологію. Отож, органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування та інші уповноважені державою суб'єкти:

- приймають індивідуальні акти (рішення);
- ухвалюють нормативно-правові акти (рішення);
- укладають адміністративні, господарські та цивільні договори;
- вчиняють фактичні дії.

Із наведеного переліку об'єктивно не будемо зупинятися на укладенні суб'єктами публічного адміністрування господарських та цивільних договорів, яке регламентується актами цивільного законодавства.

Без сумніву, основною формою (інструментом) публічного адміністрування є індивідуальні акти (рішення), а порядок їх прийняття можна вважати спільним знаменником для усіх зарубіжних законів (кодексів) про адміністративну процедуру. Також звернемо увагу, що у чинному КАС України під індивідуальним актом розуміється:

<...> акт (рішення) суб'єкта владних повноважень, виданий (прийняте) на виконання владних управлінських функцій або в порядку надання

<sup>26</sup> *Адміністративна процедура і адміністративне судочинство в Німеччині: Збірник матеріалів* (Німецький фонд міжнародного правового співробітництва 2006) 72-79.

<sup>27</sup> І Гриценко та інші, *Загальне адміністративне право: підручник* (Юрінком Інтер 2015) 342.



адміністративних послуг, який стосується прав або інтересів визначеної в акті особи або осіб, та дія якого вичерпується його виконанням або має визначений строк<sup>28</sup>.

В усіх редакціях українського законопроекту про адміністративну процедуру досі використовується термін “адміністративний акт”, який базово визначається як *рішення* індивідуальної дії зовнішнього спрямування, спрямоване на набуття, зміну чи припинення прав та виконання обов’язків приватними особами.

Розуміння цього терміна є надважливим для українського законопроекту, адже від нього чималою залежить, чи майбутній закон (кодекс) регулюватиме усю діяльність суб’єктів публічного адміністрування, чи обмежуватиметься прийняттям, оскарженням та виконанням індивідуальних актів (рішень) зовнішнього спрямування. Інакше кажучи, концептуальним питанням є те, чи буде регулювати загальний закон (кодекс) про адміністративну процедуру інші перелічені вище форми (інструменти) публічного адміністрування: нормативно-правові акти, адміністративні договори, фактичні дії та рішення внутрішнього спрямування. Наявну в українському законопроекті орієнтацію на регламентацію індивідуальних адміністративних актів зовнішнього спрямування обґрунтовують переважно німецьким досвідом правового регулювання адміністративної процедури.

Однак якщо уважніше прочитати визначення адміністративного акта у параграфі 35 Закону Федеративної Республіки Німеччини “Про адміністративну процедуру”, то передусім зауважимо, що до них віднесено не лише рішення та розпорядження, а й *інші владні заходи*. Також до адміністративних актів віднесено *загальні розпорядження*, що фактично займають проміжне місце між індивідуальними та нормативно-правовими актами. Крім того, німецький закон в окремому розділі регламентує *публічно-правові договори*, певним аналогом яких в Україні є адміністративні договори<sup>29</sup>. Деяко підсумовуючи, підхід німецького законодавця до форм (інструментів) публічного адміністрування, що регламентуються загальним законом про адміністративну процедуру, є значно ширшим, ніж видається на перший погляд.

В інших державах континентальної правової системи підходи у цьому напрямі відрізняються доволі істотно: від вузького – регулювання рішень (польською – *decyzje*) публічної адміністрації індивідуальної дії

<sup>28</sup> Кодекс адміністративного судочинства України (н 21).

<sup>29</sup> Адміністративна процедура і адміністративне судочинство в Німеччині. Збірник матеріалів (н 26) 54, 65-7.

Андрій Школик

за Кодексом адміністративного провадження Республіки Польща<sup>30</sup> до широкого – регулювання *адміністративної діяльності* (італійською – *l'attività amministrativa*, англійською – *administrative action*) за адміністративно-процедурним законом Італійської Республіки<sup>31</sup>.

Повертаючись до попередньої тези про спільний знаменник загальних законів (кодексів) про адміністративну процедуру, яким є індивідуальні акти (рішення, розпорядження, накази), розглянемо доцільність та можливість регулювання українським законопроектом інших форм (інструментів), які використовують суб'єкти публічного адміністрування для реалізації покладених на них завдань і функцій.

Порядок ухвалення частиною суб'єктів публічного адміністрування нормативно-правових актів за своєю природою належить до нормотворчої процедури, що в ідеалі є прерогативою законодавчої влади. Проте якщо проаналізувати юридичні норми, які регламентують процедури прийняття нормативно-правових та індивідуальних актів, знайдемо застосування багатьох спільних принципів і подібних підходів у правовому регулюванні. Не випадково Комітет Міністрів Ради Європи у своїй Рекомендації від 20 червня 2007 р. державам-членам про добре адміністрування<sup>32</sup> відійшов від попередньої позиції з минулого століття<sup>33</sup> та визначив принципи і правила адміністративної процедури для обох видів *адміністративних рішень* – регуляторних та нерегуляторних, а за чинною українською термінологією – нормативно-правових та індивідуальних актів (рішень).

Об'єднання в загальному законі (кодексі) про адміністративну процедуру порядку прийняття не лише індивідуальних, а й нормативно-правових актів станом на сьогодні застосоване у багатьох державах – членах ЄС і, зокрема: Греції, Естонії, Норвегії, Португалії, а з 2015 р. – й у Франції, де після тривалого періоду та дискусій таки було ухвалено кодекс<sup>34</sup>.

У термінологічному аспекті додатковим аргументом є відсутність формальної логіки у поширенні поняття “адміністративний акт” (або ж “адміністративне рішення”) лише на індивідуальні акти (рішення), адже вони є основною, але не єдиною формою (інструментом) публічного адміністрування. Таке формулювання було б виправданим за умо-

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. (n 25).

<sup>31</sup> Legge 7 agosto 1990 Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi <<http://www.veneto.beniculturali.it/normativa-e-disposizioni/nuove-norme-materia-di-procedimento-amministrativo-e-di-diritto-di-accesso>> accessed 2 December 2018.

<sup>32</sup> Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states. On good administration <<http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877&Site>> accessed 2 December 2018.

<sup>33</sup> Resolution (77) 31 of the Committee of Ministers. On the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities <[http://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016804dec56](http://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804dec56)> accessed 02.12.2018.

<sup>34</sup> Code de relations entre le public et l'administration: Version consolidée au 6 août 2018 <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000031366350>> accessed 2 December 2018.

ви стовідсоткового розподілу функцій між законодавчою та виконавчою гілками влади, однак цієї ідеальної формули не дотримано у жодній країні.

Коротко підсумовуючи, регламентація в загальному законі (кодексі) про адміністративну процедуру порядку прийняття органами виконавчої влади та місцевого самоврядування і нормативно-правових актів є цілком можливою, хоч і складнішою на етапі розробки законопроекту. У протилежному випадку це питання мало б регулюватися окремим законодавчим актом, доцільність якого без особливого результату дискутується в українській правовій доктрині вже понад двадцять років.

Що стосується фактичних дій суб'єктів публічного адміністрування, які в законах (кодексах) окремих держав називають заходами, то загалом вони менш детально регламентуються у відповідних законодавчих актах. Однак це не означає їх повного виключення з предмета правового регулювання загальних законів (кодексів) про адміністративну процедуру. Наприклад, заходам, під якими розуміють дії адміністративних органів, що не є виданням правових актів, присвячено статті 106–109 естонського Закону<sup>35</sup>.

Із фактичними діями суб'єктів публічного адміністрування пов'язаний ще один термінологічний вузол. З огляду на необхідність розмежування таких дій (заходів) із актами, що є рішеннями і тягнуть юридичні наслідки для приватних осіб, Р. Миронюк використовує у своїх публікаціях та главі підручника “Загальне адміністративне право” термін акти-дії<sup>36</sup> публічної адміністрації.

Таким чином, у правовій доктрині та майбутньому законодавстві мали б використовуватися два поняття актів: акти, що є рішеннями, та акти, що є діями. Таке термінологічне ускладнення вважаємо не надто виправданим. Тим паче, що воно суперечить не лише п. 1 ч. 1 ст. 19 чинної редакції КАС України, а й ч. 1 ст. 55 Конституції України, в яких чітко розмежовано рішення та дії органів державної влади і місцевого самоврядування. На додаток зауважимо, що саме вужче поняття рішення, а не адміністративного акта застосовано у переважній більшості загальних законів (кодексів) про адміністративну процедуру держав Східної та Південно-Східної Європи. Такий підхід базується на першому успішному досвіді кодифікації адміністративно-процедурного законодавства, що було реалізовано в Австрії, а потім і в інших державах ще у 20-х роках минулого століття.

<sup>35</sup> В Тимошук (авт-упоряд), *Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України* (Факт 2003) 386-8.

<sup>36</sup> Гриценко (н 27) 325-349.

Андрій Школик

Зазначене не означає повної відмови від терміна “адміністративний акт” або ж “акт адміністрації”, що використовуватиметься у правовій доктрині та матиме ширше значення: означатиме як рішення, так і фактичні дії (заходи) суб’єктів публічного адміністрування. У майбутньому ж загальному законі (кодексі) про адміністративну процедуру, на нашу думку, варто застосувати поняття рішення та дії із вужчим та конкретнішим змістом. Такий підхід до того ж повністю узгоджуватиметься з конституційними нормами. Зі свого боку рішення суб’єктів публічного адміністрування (адміністративні рішення) також обґрунтовано будуть достатньо широким поняттям, а не обмежуватися лише такими, що мають індивідуальний характер.

Наприкінці звернемо увагу на ще одну форму (інструмент) публічного адміністрування – адміністративний договір. У підпункті 16 п. 1 ст. 4 чинної редакції КАС України закріплена його детальніша порівняно з попередньою редакцією дефініція, яка, між іншим, сформульована через поняття акта. І хоч це не відповідає переважному у вітчизняній правовій доктрині сприйняттю акта лише як одностороннього владного рішення уповноваженого органу влади, зазначений вибір розробників нової редакції названого Кодексу ще раз підтверджує доцільність використання терміна “акт” лише у широкому розумінні.

Стосовно ж регламентації адміністративного договору в майбутньому законопроекті про адміністративну процедуру, то така пропозиція не є новою. Нагадаємо, що у чималій кількості загальних законів (кодексів) держав – членів ЄС міститься окрема глава чи розділ про адміністративні або ж публічно-правові договори. В Україні це питання також має бути концептуально вирішено, а правове регулювання адміністративного договору має бути передбаченим або в окремій главі загального закону (кодексу) або ж в окремому законі “Про адміністративні договори”. Триваюча ж ситуація відсутності належного правового регулювання цього питання є класичною прогалиною законодавства, що ускладнює правозастосування.

Завершуючи тематику форм (інструментів) публічного адміністрування, нагадаємо, що прийняті суб’єктами публічного адміністрування рішення (накази, розпорядження) внутрішнього спрямування не мають юридично зобов’язуючого характеру для непідпорядкованих їм фізичних та юридичних осіб. Тому регламентація порядку їх прийняття, за загальним правилом, не належить до предмета правового регулювання загальних законів (кодексів) про адміністративну процедуру. З метою уникнення додаткових тлумачень, варто *de lege ferenda* чітко розмежувати рішення суб’єктів публічного адміністрування зовнішнього та внутрішнього спрямування, назвавши останні окремим терміном.

www.pravoua.com.ua

Від вибору того чи іншого варіанта вирішення концептуальних аспектів майбутнього законопроекту залежить і його структура. Загалом вона нагадуватиме внутрішню побудову судових процесуальних кодексів, де основна їх частина прив'язана до окремих стадій та етапів. Структура загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру, без сумніву, повинна охоплювати стадії відкриття провадження, розгляду адміністративної справи та прийняття рішення, оскарження до вищого адміністративного органу. Висвітлення концептуальних аспектів на кожній стадії вимагає окремого викладу. Що стосується стадії виконання рішень адміністративних органів, то у всіх редакціях законопроекту передбачено її часткове регулювання в останній главі. Однак доцільність регламентації цієї стадії в аналізованому законі (кодексі), окремому законодавчому акті або ж імплементації в чинну редакцію Закону України “Про виконавче провадження” також варто обговорити.

Висновки. У межах цієї статті було розглянуто лише частину концептуальних аспектів законопроекту. Сподіваємося на продовження та поглиблення дискусії із порушених та пов'язаних питань за участю усіх заінтересованих осіб. Історія розробки та доопрацювання аналізованого законопроекту є надто довгою, однак не надто скрупульозне опрацювання окремих питань призведе до проблем у правозастосуванні. Адже в підсумку спільною метою для всіх є ухвалення якісного, загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру, за допомогою якого реалізація та захист прав, свобод і законних інтересів громадян та суб'єктів господарювання, а також виконання ними обов'язків будуть регламентовані значно краще.

## REFERENCES

### List of legal documents

#### *Legislation*

1. Code de relations entre le public et l'administration Version consolidée au 6 août 2018 <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000031366350>> accessed 2 December 2018 (in French).
2. Legge 7 agosto 1990, n. 241 Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi <<http://www.veneto.beniculturali.it/normativa-e-disposizioni/nuove-norme-materia-di-procedimento-amministrativo-e-di-diritto-di-accesso>> accessed 2 December 2018 (in Italian).
3. Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states On good administration <<http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877&Site>> accessed 2 December 2018 (in English).
4. Resolution (77) 31 of the Committee of Ministers On the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities <[http://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016804dec56](http://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804dec56)> accessed 2 December 2018 (in English).

Андрій Школик

5. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego <<http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19600300168>> accessed 2 December 2018 (in Polish).
6. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa <<http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19971370926>> accessed 2 December 2018 (in Polish).
7. Deyaki pytannia reformuvannia derzhavnoho upravlinnia Ukrayiny [Some Issues of Public Administration Reforms in Ukraine]: rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrayiny [Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 24 chervnia 2016 r. № 474-p. *Ofitsiyyny visnyk Ukrayiny*. 2016. № 55 (in Ukrainian).
8. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrayiny [Code of Administrative Court Procedure of Ukraine] v redaktsiyi vid 3 zhovtnia 2017 r. № 2147-VIII. *Vidomosti Verhovnoyi Rady Ukrayini*. 2017. № 48 (in Ukrainian).
9. Kontsepsiia Mistobudivnoho kodeksu Ukrainy, skhvalena rozporiadzhenniam Kabinetu Ministriv Ukrainy [The Concept of the Urban Development Code of Ukraine Approved by Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 18 lypnia 2007 r. № 536-p. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/536-2007-%D1%80> (accessed 02.12.2018) (in Ukrainian).
10. Pro administratyvni posluhy [On Administrative Services]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 6 veresnia 2012 r. № 5203-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5203-17> (accessed: 02.12.2018) (in Ukrainian).
11. Pro dostup do informatsii [On Access to Information]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 13 sichnia 2011 r. № 2939-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17> (accessed: 02.12.2018) (in Ukrainian).
12. Pro osnovy derzhavnoho kontroly (nahliadu) u sferi hospodaskoi diyalnosti [On the Bases of the State's Control (Supervision) in the Economic Activity Sector]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 5 kvitnia 2007 r. № 877-V. *Ofitsiyyny visnyk Ukrayiny*. 2007. № 44. St. 1771 (in Ukrainian).
13. Pro rehuliuвання mistobudivnoi diialnosti [On Regulation of Urban Development Activity]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 17 liutoho 2011 r. № 3038-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3038-17> (accessed: 02.12.2018) (in Ukrainian).
14. Pro zatverdzhennia Rehlamentu Kabinetu Ministriv Ukrayiny [On Approval of the Regulations of the Cabinet of Ministers of Ukraine]: postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 18 lypnia 2007 r. № 950. *Ofitsiyyny visnyk Ukrayiny*. 2007. № 54 (in Ukrainian).

## Bibliography

### Authored books

15. Paneiko Y, *Teoretychni osnovy samovriaduvannia [Theoretical Foundations of Self-Government]* (Ukrainian free academy of sciences 1963) (in Ukrainian).
16. Puhtetska A, *Pryntsypy administratyvnoho prava: administratyvno-pravovi ta euointehratsijni aspekty onovlennia zmistu ta praktyky zastosuvannia [Principles of Administrative Law: Legal Administrative and EU-Integration Aspects of Updating the Content and the Application Practice]* (Panov 2016) (in Ukrainian).
17. Tymoshchuk V, *Administratyvni akty: protsedura pryjniattia ta prypynennia dii [Administrative Acts: Adoption and Termination Procedure]* (Konus-Yu 2010) (in Ukrainian).

### Edited books

18. Boyko I ta inshi, *Administratyvna protsedura: konspekt lektsii [Administrative Procedure: Lecture Notes]* (Pravo 2017) (in Ukrainian).

19. Tymoshchuk V (avt-upor), *Administratyvna protsedura ta administratyvni posluhy. Zarubizhnyj dosvid i propozytsii dla Ukrainy* [Administrative Procedure and Administrative Services. Foreign Experience and Suggestions for Ukraine] (Fakt 2003) (in Ukrainian).
20. Hrytsenko I ta inshi, *Zahalne administratyvne pravo: pidruchnyk* [General Administrative Law: Textbook] (Yurinkom Inter 2015) (in Ukrainian).

*Journal articles*

21. Chervinska N, 'Kontseptsiiia zakonoproektu ta ii znachennia dla pidvyshchennia yakosti zakoniv' ['The Concept of Draft Law and its Significance for Improving the Quality of Laws'] (2014) Aktualni problemy derzhavy i prava 74 (in Ukrainian).
22. Shkolyk A, 'Administrativno-procedurnoe zakonodatel'stvo Ukrainy na jetape stanovlenija' ['Administrative Procedure Legislation of Ukraine at the Stage of Establishment'] (2015) 9 Administrativnoe pravo i process 64-7 (in Ukrainian).
23. Shkolyk A, 'Administrativno-protsedurne pravo: ideia ta realizatsiia' ['Law of Administrative Procedure: Idea and Implementation'] (2017) 5 Lex portus 30-40 (in Ukrainian).
24. Shkolyk A, 'Kodyfikatsiia zakonodavstva pro administrativnu protseduru yak zahalnoievropeiska tendentsiia' ['Codification of Legislation on Administrative Procedure as a General European Trend'] (2016) 7 Wroclawsko-Lwowskie zeszyty prawnicze / Vrotslavsko-Lvivskiyi yurydychnyi zbirnyk 153-166 (in Ukrainian).
25. Shkolyk A, 'Predmet pravovoho rehuliuвання Administrativno-protsedurnoho kodeksu' ['Legal Regulation Subject of the Administrative Procedure Code'] (2010) 50 Visnyk Lviv. univ. Ceriia yurydychna 147-152 (in Ukrainian).

*Conference papers*

26. 'Administrativna protsedura i administrativne sudochynstvo v Nimechchini. Zbirnyk materialiv' ['Administrative Procedure and Administrative Court Proceedings in Germany: Collected Materials'] (Nimetskyi fond mizhnarodnoho pravovoho spivrobitnytstva 2006) (in Ukrainian).
27. Andriyko O, 'Administrativni protsedury yak instytut administrativnoho prava' ['Administrative Procedures as an Institution of Administrative Law'] v *Publichna sluzhba i administrativne sudochynstvo: zdotuky i vyklyky. I Mizhnarodna naukovo-praktychna konferentsiia* [Public Service and Administrative Court Procedure: Achievements and Challenges: First International Scientific and Practical Conference] (Dakor 2018) (in Ukrainian).
28. Bevenko V (red), 'Administrativnyi akt: teoriia ta praktyka' ['Administrative Act: Theory and Practice'] v *II Mizhnarodna naukovo-praktychna konferentsiia* [Second International Scientific and Practical Conference, Kyiv, October 2017] (Dakor 2018) (in Ukrainian).
29. Boyko I, 'Bazovi katehorii administrativnyh protsedur' ['Basic Categories of the Law of Administrative Procedures'] v *Administrativna protsedura: osoblyvosti formuvannia ukrainskoyi kontseptsii. Kruhlyy stil* [Administrative Procedure: Specifics of Formulating the Ukrainian Concept: Round Table] (Kharkiv 2017) (in Ukrainian).
30. Kolomojets T, 'Litsenzuvannia ta sertyfikatsiia u sferi vyshchoyi osvity v Ukraini: aktualni pytannia normativnoyi rehlementatsiyi ta ptaktyky zdiysnennia' ['Licensing and Certification in the Higher Education Sector of Ukraine as Administrative Procedures: Topical Issues of Normative Regulation and Implementation Practice'] v *Administrativna protsedura: osoblyvosti formuvannia ukrainskoyi kontseptsii. Kruhlyy stil* [Administrative Procedure: Specifics of Formulating the Ukrainian Concept: Round Table] (Kharkiv 2017) (in Ukrainian).

31. Kovalenko L, 'Pryniattia zakonu Ukrainy "Pro administratyvnu protseduru" yak efektyvnyy sposib zahystu prav, svobod chy interesiv fizychnykh chy yurydychnykh osib' ['Adoption of the Law of Ukraine "On the Administrative Procedure" as an Effective Way to Protect the Rights, Freedoms or Interests of Individuals or Legal Entities] v *Administratyvna protsedura: osoblyvosti formuvannia ukrainskoyi kontseptsii. Kruhlyy stil [Administrative Procedure: Specifics of Formulating the Ukrainian Concept: Round Table]* (Kharkiv 2017) (in Ukrainian).
32. Stetsenko S, 'Administratyvni protsedury: poniattia, oznaky, klasyfikatsiya' ['Administrative Procedures: Concept, Features, Classification'] v *Publichna sluzhba i administratyvne sudochynstvo: zdotutky i vyklyky. I Mizhnarodna naukovo-praktychna konferentsiia [Public Service and Administrative Court Procedure: Achievements and Challenges: First International Scientific and Practical Conference]* (Dakor 2018) (in Ukrainian).
33. Yushkevych O, 'Administratyvni protsedury budivnytstva obyektiv mistobudivnoyi diyalnosti' ['Administrative Procedures for Construction of Urban Development Projects'] v *Administratyvna protsedura: osoblyvosti formuvannia ukrainskoyi kontseptsii. Kruhlyy stil [Administrative Procedure: Specifics of Formulating the Ukrainian Concept: Round Table]* (Kharkiv 2017) (in Ukrainian).
34. Zyma O, 'Administratyvna protsedura v mytniy sferi' ['Administrative Procedure in the Customs Sector'] v *Administratyvna protsedura: osoblyvosti formuvannia ukrainskoyi kontseptsii. Kruhlyy stil [Administrative Procedure: Specifics of Formulating the Ukrainian Concept: Round Table]* (Kharkiv 2017) (in Ukrainian).

## Andriy Shkolyk

### THE CONCEPT OF THE GENERAL LAW (CODE) OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE

ABSTRACT. Once again, the draft fundamental act of administrative legislation - the law of administrative procedure (initially – the Code of Administrative Procedure) is being elaborated before its submission to the Verkhovna Rada of Ukraine for consideration. Given that in Ukraine there is a post-Soviet unavailability of the tradition of legislative regulation of the procedure under which executive authorities and local self-government bodies may make decisions and operate, the perception of the very idea of the general law (code) of administrative procedure by a significant circle of politicians, public servants, legal practitioners and scholars is predictably inappropriate. On the other part, the fundamental aspects of the draft law concept were discussed only during a few scientific events and did not come into the focus of a wider discussion.

The purpose of the article is to highlight the conceptual aspects of the future general law (code) of administrative procedure and to invite a wider circle of scientists, politicians, public servants and legal practitioners to the discussion of its controversial issues.

In broad terms, the pros of adopting the general law (code) of administrative procedure in Ukraine exceed its possible cons. Many of its provisions are similar to the court procedure codes, since the subject matter of legal regulation, among other things, also includes disputed (controversial) proceedings. Until a certain point, most of administrative proceedings do not face a legal dispute and the issue of whether it is appropriate to use the entire array of legal means having procedural nature. In this context, the draft law



should more clearly delineate the simplified administrative proceedings aimed at resolving simple and non-contentious cases and the full proceedings which will really resemble a court process.

The future law (code) of administrative procedure should be really general, that is, it should apply actually to every area of public administration. Each exception to this rule (if any) and a respective regulation of the administrative procedure in a special legislative act should be well-founded, but the differences of relevant provisions should not be excessive.

The terminology of the draft law should be reconsidered once again. First of all, this should be done with the basic concept of “administrative act” which the author recommends using in a broader doctrinal sense, rather than merely in the sense of an individual decision of a respective subject of public administration.

KEYWORDS: administrative procedure; draft law; concept; administrative act; decision.

## ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Сьогодні необхідно кардинально переосмислити і видозмінити наше розуміння і сприйняття принципу законності, а саме: 1) вивести з юридичного обігу категорію “принцип законності” як застарілу і замінити її категорією “принцип правомірності”, під яким необхідно розуміти обов’язок органів публічної влади виконувати вимоги всіх норм права (формалізованих і неформалізованих), що регулюють їхню діяльність; 2) оскільки не викликає заперечення те, що закон є та залишиться основним регулятором діяльності органів публічної влади, як того вимагає ч. 2 ст. 19 Конституції України, то доцільним є введення в юридичний обіг і в систему принципів адміністративного права додаткового (оновленого) принципу – принципу верховенства закону, який має орієнтувати органи публічної влади на те, що саме закон є першорядним регулятором їхньої діяльності, і саме йому необхідно віддавати перевагу при виборі юридичної основи для своїх дій та рішень; 3) водночас необхідно наголосити і на певній недосконалості формулювання зазначеної вище ч. 2 ст. 19 Конституції України, яка зобов’язує органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадових осіб діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. А як же їхній обов’язок виконувати і дотримуватися інших джерел права?! Отже, більш вдалим виглядає підхід німецького законодавця, який в Основному Законі Федеративної Республіки Німеччина (абзац 3 ст. 20) закріпив положення про те, що законодавча влада зв’язана конституційним ладом, виконавча та судова – законом і правом. Вважаємо, що подібна конституційна формула, з огляду на відхід від принципу законності на користь принципів верховенства права та верховенства правового закону, могла б бути використана і в Україні (Роман Мельник “Принцип законності vs. принцип правомірності: до питання про оновлення юридичних засад діяльності органів публічної влади”).

Не викликає сумнівів тісний взаємозв’язок системи організації публічних фінансів (зокрема й оподаткування) і ступеня свободи особистості в суспільстві, а отже, і рівня його демократичності. Очевидно, що через правильну організацію фінансових інструментів можна і потрібно впливати на демократизацію суспільства загалом.

З огляду на зазначене, пропонується: внести зміни до чинної редакції Кодексу адміністративного судочинства України, передбачивши інститут масового (групового) позову у фінансових відносинах із приводу акумулювання, розподілу та використання централізованих і децентралізованих фондів коштів; вжити заходів щодо якомога швидшо-

го приєднання України до міжнародних угод про автоматичний обмін податковою інформацією (МСАА) у стандартах *country by country report*, а також CRS, забезпечивши при цьому стандарти захисту персональних даних про фізичних осіб – платників податків рівнем не нижче GDPR (Данило Гетманцев “Взаємозв’язок публічних фінансів і демократичного устрою суспільства на прикладі права на інформацію та права на колективний позов”).

З огляду на критично низьку ефективність функціонування інституціональної системи публічних органів в інформаційній сфері, питання їх реформування є надзвичайно актуальним. На основі отриманих теоретичних результатів щодо реформування пропонується визначити дві сфери повноважень публічних органів – інформаційну та інфраструктурну складові інформаційної сфери, що дасть змогу забезпечити оптимізацію функцій управління і регулювання та сконцентрувати їх у двох органах публічної влади: Міністерстві інформаційної політики України та Національній комісії, що здійснює регулювання у сфері зв’язку та інформатизації, а кількість центральних органів виконавчої влади зменшити майже вдвічі.

Стан розвитку інформаційного суспільства, інформаційної сфери, інформаційної інфраструктури є стратегічно важливим для майбутньої держави. З огляду на це, потрібні ґрунтовні дослідження у межах адміністративного права щодо визначення принципів формування інституцій публічної влади, правових вимог щодо визначення повноважень і функцій, правових засад взаємодії органів публічної влади, а також у межах інформаційного права щодо визначення правових особливостей функціонування інституційної системи державної влади з урахуванням специфіки сучасних і майбутніх інформаційних процесів та інформаційних правовідносин (Олександр Баранов “Інформаційна сфера: реформування інституційної системи публічної влади”).

Обрана новітня вітчизняна модель нормативної регламентації засад використання ресурсу стимулів для державних службовців за результатами щорічного оцінювання їхньої службової діяльності, на жаль, не відповідає у повному обсязі реальним потребам і викликам сьогодення. Новаційність характеру відносин, які підлягають правовому регулюванню, зумовили пріоритетність запозичення апробованого часом і практикою зарубіжного досвіду вирішення аналогічних питань. Утім, аналіз останнього свідчить про дещо спрощений, недостатньо обґрунтований підхід до врегулювання важливих питань як самого оцінювання, так і стимулів за його підсумками (як щодо їхньої кількості, видового розмаїття, так і засад застосування), що загалом порушує питання про дієвість тако-

го оцінювання та мотивацію державних службовців щодо підвищення результативності, ефективності та якості своєї службової діяльності (Тетяна Коломоєць “Стимули для державних службовців: чи задовільною є модель їх закріплення”).

Потрібно привернути увагу науковців, викладачів, політиків та публічних службовців до проблематики загальної адміністративної процедури. При цьому треба наголосити, що закон про адміністративну процедуру має урегулювати саме загальну адміністративну процедуру. Основне призначення такого закону – визначити загальні принципи та стандарти спілкування публічної адміністрації з приватними особами. Тобто у ньому мають бути закріплені основні права особи, обов’язки адміністративних органів, механізми їх реалізації/виконання. Цей закон має діяти як певний фундамент для усіх видів справ, що вирішуються органами публічної адміністрації. І йдеться не так про кодифікацію, як про заповнення прогалини в українському законодавстві. Мета цього закону – захистити приватних осіб від свавілля публічної адміністрації (Віктор Тимощук “Запровадження загальної адміністративної процедури як напрям реформування публічної влади”).

Подібність багатьох норм проекту основоположного акта адміністративного законодавства – закону про адміністративну процедуру (первинно – Адміністративно-процедурного кодексу) до судових процесуальних кодексів зумовлена віднесенням до предмета його правового регулювання також і спірних (конфліктних) проваджень. Крім того, у більшості адміністративних проваджень до певного моменту не виникає правового спору та доцільності застосування усього арсеналу юридичних засобів процесуального характеру (Андрій Школик “Концепція загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру”).

Сьогодні спостерігається стійка тенденція до скорочення застосування громадянами України механізму електронної петиції, що зумовлено низкою проблем, основними серед яких є: 1) високий пороговий бар’єр голосів громадян, необхідних для розгляду петиції уповноваженим органом; 2) невідповідний зміст електронних петицій; 3) необов’язковий характер електронної петиції, яка набрала необхідну кількість голосів на свою підтримку; 4) відсутність механізму захисту від розпорошення голосів, коли одночасно реєструється декілька однотипних петицій; 5) недружній інтерфейс сайтів, на яких здійснюється оприлюднення електронних петицій (Дмитро Лученко “Електронна петиція як форма оскарження рішень, дій або бездіяльності суб’єктів публічної влади”).

## ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС



### Галина Прусенко

кандидат юридичних наук,  
докторант кафедри правосуддя  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка  
(м. Київ, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5773-5652>  
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/V-1796-2018>  
galyna.prusenko@gmail.com

УДК 347.918: 347.931

### ПОНЯТТЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОГОВОРУ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ І МІЖНАРОДНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

АНОТАЦІЯ. Прогресивний розвиток законодавчої регламентації з метою вирішення цивільних справ на основі вільного волевиявлення сторін є одним із найбільш ефективних способів удосконалення цивільного судочинства. Норми процесуального закону часто мають узагальнений характер, що звужує можливості для вирішення унікальних питань, які виникають під час судового розгляду. Недоліки процесуального законодавства можуть бути компенсовані завдяки укладенню сторонами угод між ними про процес (процесуальних договорів), побудованих на основних засадах договірної права (насамперед принципі свободи договору), проте спрямованих на врегулювання процесуальних правовідносин.

Мета статті полягає у дослідженні підходів до визначення поняття “процесуальний договір” та аналізі основних характеристик процесуальних договорів.

У вітчизняній науковій літературі та законодавстві України немає ґрунтового визначення поняття “процесуальний договір”. Дефініції окремих зарубіжних дослідників, розглянуті в статті (зокрема, визначення процесуального договору через поняття договору, що є джерелом нормативної регламентації провадження; через поняття угоди учасників процесуальних правовідносин з приводу та у зв’язку зі здійсненням процесуальних прав і виконанням процесуальних обов’язків; через поняття юридичних фактів, що мають процесуальне значення), свідчать про те, що процесуальний договір є складною категорією, яка передбачає симбіоз матеріального і процесуального елементів. Процесуальний договір є інструментом, який надає сторонам можливість отримати додаткові гарантії реалізації матеріальних правовідносин, що раніше виникли між ними, та надати юридичну силу процесуальним діям, щодо яких вони досягли згоди.

Нерозв’язаною залишається також проблема термінологічного розмежування понять “процесуальний договір”, “процесуальна угода”, “угода про процес”, яка

© Галина Прусенко, 2018

Галина Прусенко

може вирішуватися по-різному (як шляхом синонімічного застосування зазначених термінів, так і розмежування на основі різних підходів до правової природи процесуального договору – кваліфікації процесуального договору як виключно процесуального інституту, як матеріально-правової угоди або угоди, що призводить до процесуальних наслідків).

Ключові слова: процесуальний договір; процесуальна угода; арбітражна угода; мирова угода; угода про медіацію; пророгаційна угода; автономія волі; диспозитивність.

Дослідження правових проблем, пов'язаних із допустимістю укладення сторонами договору як основи виникнення, зміни та припинення цивільних процесуальних правовідносин у правовій доктрині України досі перебуває на початковому етапі.

Правова природа так званих процесуальних договорів (угод про процес) понад століття є предметом полеміки між правниками. Водночас у контексті сучасних політичних, економічних і правових орієнтирів ідея модернізації та приведення у відповідність до найвищих світових стандартів процесуального законодавства набуває особливої актуальності. Причиною, зокрема, є необхідність пошуків нових прогресивних моделей співвідношення ініціативи суду та сторін у цивільному процесі (а саме надання учасникам процесуальних правовідносин можливості самостійно вирішувати окремі процесуальні питання шляхом укладення угод), виведення перспектив вирішення процедурних питань за межі, встановлені процесуальним законом, стрімкий розвиток альтернативних видів вирішення спорів в Україні.

Відповідно до чинних положень цивільного процесуального законодавства України сторони мають право укласти мирову угоду з метою врегулювання спору на підставі взаємних поступок, в якій можуть вийти за межі предмета спору, за умови, що мирова угода не порушує прав чи охоронюваних законом інтересів третіх осіб (ч. 1 ст. 207 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)<sup>1</sup>), на будь-якій стадії судового процесу (ч. 2 ст. 207 ЦПК України)<sup>2</sup>. За угодою сторін до третейського суду може бути передано будь-який спір, який виникає із цивільних правовідносин, крім випадків, прямо передбачених законом (ч. 4 ст. 4, ст. 21 ЦПК України)<sup>3</sup>. Сторони також мають право укласти угоду про передачу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникати між ними в зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірний характер чи ні, до арбітражу

www.pravoua.com.ua

<sup>1</sup> Цивільний процесуальний кодекс України: у редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 12.10.2018).

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Там само.

(ст. 7 Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж”<sup>4</sup>). Згідно зі ст. 76 Закону України “Про міжнародне приватне право”<sup>5</sup> укладення сторонами угоди, якою вони передбачають підсудність справи з іноземним елементом судам України (так званої “пророгаційної угоди”), є першою підставою визначення підсудності; згідно зі ст. 22 ЦПК України<sup>6</sup> спір, який відноситься до юрисдикції загального суду, може бути переданий на вирішення суду іншої держави за угодою сторін.

Правові основи, на яких базується приватноправова культура загалом, за своєю сутністю зводяться до такого юридичного порядку, відповідно до якого приватна особа має право самостійно, автономно, на власний розсуд, незалежно від волі держави визначати юридично значущі умови своєї поведінки, а установи державної влади зобов’язані визнавати, затверджувати та за допомогою державного примусу підтримувати цю юридичну значущість і забезпечувати вирішення всіх спірних питань, що виникають між приватними особами, незалежним і неупередженим судом<sup>7</sup>.

Утім, незважаючи на декларування законодавцем гарантій широких можливостей для реалізації особами власних суб’єктивних прав на свій розсуд, свобода укладення між сторонами угод процесуального характеру суттєво обмежена публічним порядком.

Триває дискусія щодо перспектив упровадження інституту медіації в правове поле України. Законопроектom № 3665, прийнятим у першому читанні у 2016 р., передбачено, що сторони мають право домовитися про включення письмового застереження про медіацію в договір, згідно з яким вони погоджуються передати на медіацію всі або певні спори, які можуть виникнути між ними в зв’язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірний характер чи ні (ст. 11)<sup>8</sup>.

Можна констатувати наявність полеміки у науковому дискурсі щодо самого поняття та правової природи процесуального договору. Концепція процесуального договору знайшла відображення в дослідженнях таких зарубіжних правознавців, як Г. Баумгертель, А. Белоглазек, К. Брановицький, Г. Вагнер, Д. Валєєв, Є. Васьковський, М. Вікут, Г. Гельвіг, Д. Гольдшмідт, В. Грунські, М. Єлісеєв, Є. Іванова, Л. Кадьє, С. Курочкін,

<sup>4</sup> Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4002-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12> (дата звернення: 12.10.2018).

<sup>5</sup> Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15> (дата звернення: 12.10.2018).

<sup>6</sup> Там само.

<sup>7</sup> Сергей Алексеев, *Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования* (Норма – Инфра-М 1998) 586.

<sup>8</sup> Про медіацію: Проект Закону. № 3665. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=57463](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463) (дата звернення: 01.11.2018).

Галина Прусенко

М. Рожкова, О. Шеменєва, Г. Шідермайр, В. Ярков; у вітчизняній юриспруденції увагу теоретичним аспектам правової природи процесуальних договорів приділяв Ю. Притика.

У доктрині відсутній єдиний підхід до визначення поняття “процесуальний договір”. Чинне процесуальне законодавство України також не регламентує поняття процесуального договору та не використовує його фактично. Поняття процесуального договору, допустимість і межі його використання в українській правовій науці детально не розглядалися.

Метою дослідження є вивчення підходів до визначення поняття “процесуальний договір” та аналіз основних характеристик процесуальних договорів.

Сучасні дослідники проблематики процесуального договору оперують двома термінами – “процесуальний договір” і “процесуальна угода” (або “угода про процес”).

Можна констатувати, що у науковому дискурсі простежується наявність двох основних підходів до визначення поняття “процесуальний договір”.

Найбільш обґрунтованою видається дефініція процесуального договору у широкому розумінні, яку сформулював чеський дослідник А. Белоглавок – як договору, який є джерелом нормативної регламентації провадження; у межах такого визначення процесуальний договір недвозначно включає в себе арбітражну і пророгаційну угоди<sup>9</sup>.

В. Ярков визначає процесуальний договір як результат угоди учасників процесуальних правовідносин з приводу та у зв'язку зі здійсненням процесуальних прав і виконанням процесуальних обов'язків<sup>10</sup>.

Прихильниками вузького розуміння процесуального договору (як угоди, обов'язковою стороною якої виступає державний суд) є М. Рожкова й О. Шеменєва.

Ще дореволюційні дослідники розглядали процесуальні договори як угоди між сторонами, направлені на настання процесуальних наслідків, та пропонували називати такі угоди “процесуальними договорами”. Коло таких угод, відповідно до правничої думки того періоду, не могло бути обмежене угодами, які сторони заздалегідь уклали між собою. До процесуальних договорів, наприклад, відносили односторонні заяви (заяви про відкладення судового розгляду, призупинення провадження у справі, призначення експерта), якщо з приводу питань, що становили зміст таких заяв, сторони досягали згоди. Процесуальний договір у такому розумінні вважався укладеним із моменту доведення до відома складу

www.pravolia.com.ua

<sup>9</sup> Александр Белоглавок, *Арбитраж, ordre public и уголовное право (Взаимодействие международного и национального частного и публичного права)*, т 1 (Таксон 2009) 178.

<sup>10</sup> Владимир Ярков, *Юридические факты в цивилистическом процессе* (Инфотропик 2012) 52.



суду, що визначалось як його специфічна ознака порівняно з матеріально-правовою угодою<sup>11</sup>.

М. Рожкова здійснила спробу встановити відмінності між матеріально-правовими і процесуальними угодами, для розмежування яких дослідниця пропонує застосовувати відмінності між матеріальними (цивільними) і процесуальними правовідносинами за суб'єктним складом, предметом регулювання, юридичними фактами. Науковець виходить із того, що матеріальні (цивільні) правовідносини передбачають горизонтальні відносини, які визначають поведінку сторін у сфері цивільного обороту та основною характеристикою яких є рівність учасників таких правовідносин; натомість процесуальні правовідносини визначають поведінку сторін виключно в процесі здійснення правосуддя та виникають лише за умови, коли обов'язковим учасником є державний суд, тобто суб'єкти процесуальних правовідносин перебувають у відносинах “влада – підпорядкування”.

Засновуючись на такому підході, М. Рожкова виключає можливість віднесення мирової, арбітражної (третейської) та пророгаційної угод до сфери процесуальних і констатує проблематичність визначення правової природи таких угод із зауваженням, що оскільки категорія захисту права є категорією матеріального права, то угоди, що встановлює компетентний суд, мають розглядатись як різновид матеріально-правових угод<sup>12</sup>.

О. Шеменєва визначає процесуальні угоди як юридичні факти, що мають процесуальне значення, тобто є основою виникнення, зміни або припинення цивільних процесуальних правовідносин<sup>13</sup>.

С. Курочкін оперує термінами “угоди у цивілістичному процесі”, “угоди, пов'язані з процесом”. Такі угоди правник визначає як форму обмеження диспозитивності однієї особи за умислом іншої особи, що є рівною їй у системі процесуальних правовідносин; метою такого обмеження є впорядкування процесуальних правовідносин на основі приватних інтересів суб'єктів під час розгляду та вирішення справи судом, що має вираження у здійсненні ними спільно або у відмові від здійснення певних дій, з якими процесуальний закон пов'язує настання правових наслідків<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Ольга Шеменєва, ‘Дискуссионные вопросы концепции процессуальных соглашений в трудах российских ученых’ (2016) 2 Вестник воронежского государственного университета. Серия: Право 111.

<sup>12</sup> Марина Рожкова, ‘Материальные и процессуальные соглашения, поименованные в Арбитражном процессуальном кодексе РФ’ (2004) 1 Хозяйство и право 75-87.

<sup>13</sup> Ольга Шеменєва, ‘Роль процессуальных соглашений в гражданском судопроизводстве’ (дис д-ра юрид наук, Воронежский государственный университет 2017) 162.

<sup>14</sup> Сергей Курочкин, ‘Соглашения в цивилистическом процессе’ (2012) 3 Вестник гражданского процесса 52-72.

Галина Прусенко

Договір є основним інструментом регулювання приватних матеріальних правовідносин. Якщо проаналізувати визначення договору у матеріальному праві України, то відповідно до положень п. 1 ст. 626 Цивільного кодексу України 'договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків'<sup>15</sup>. Юридична енциклопедія визначає договір як угоду двох або більше сторін про встановлення, зміну чи припинення відповідних прав і обов'язків<sup>16</sup>, угоду – як юридичний факт, вольову і правомірну дію фізичної або юридичної особи, яка передбачена законом, а також таку, що законом не передбачена, але не суперечить йому, і спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних прав або обов'язків<sup>17</sup>.

У науці була спроба (зокрема, здійснена М. Єлісеєвим) сформулювати визначення процесуального договору за аналогією з визначенням договору у матеріальному праві – як договору, що встановлює права та обов'язки у процесуальних правовідносинах і визначає поведінку суб'єктів таких правовідносин<sup>18</sup>. Без сумніву, такий підхід є спрощеним.

Відтак у сучасній інтерпретації під процесуальним договором розуміють:

- угоду, змістом якої є процесуальні дії учасників процесу, яка сприяє ходу процесу та здійсненню правосуддя і є допустимою з точки зору норм процесуального законодавства;
- договір, безпосередня дія якого відбувається у процесуальній сфері; погоджену волю осіб щодо досягнення процесуально-правового результату;
- погоджене взаємне волевиявлення сторін, направлене на врегулювання процесуального стану та таке, що відповідно до волевиявлення сторін створює такий стан;
- угоду сторін про здійснення процесуальних повноважень; договір про процесуальні правові наслідки<sup>19</sup>.

С. Курочкин пропонує класифікацію "угод про процес" у російському праві, до якої включає:

- 1) угоди, що відносяться до майбутнього спору:
  - а) угоди, спрямовані на те, щоб уникнути судового розгляду:

<sup>15</sup> Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 03.12.2018).

<sup>16</sup> *Юридична енциклопедія*, т 2 (Видавництво "Українська енциклопедія" імені М. П. Бажана 1999) 232.

<sup>17</sup> *Юридична енциклопедія*, т 6 (Видавництво "Українська енциклопедія" імені М. П. Бажана 2004) 167.

<sup>18</sup> Николай Елисеев, 'Договорное регулирование гражданских и арбитражных процессуальных отношений' (дис д-ра юрид наук, Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации 2016) 33-4

<sup>19</sup> Там само.

- угоди про передачу справи на розгляд третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу),
- угоди про претензійний порядок,
- угоди про медіацію;
- б) угоди, спрямовані на врегулювання порядку розгляду справи державним судом:
  - угоди щодо подання позову,
  - угоди щодо порядку судового розгляду справи;
- 2) угоди щодо спору, який вже виник:
  - а) угоди щодо судового розгляду;
  - б) угоди, що стосуються порушення провадження у справі;
  - в) угоди про хід судового розгляду<sup>20</sup>.

Класифікація, запропонована С. Курочкіним, запозичена з французької правової доктрини, в якій існує розгорнута класифікація процесуальних договорів. Такі договори Л. Кадье розділяє на:

- <...> договори, що відносяться до майбутнього спору;
- договори, що відносяться до спору, який уже виник.
- Договори, що відносяться до майбутнього спору, включають:
  - 1) угоди, направлені на уникнення судового розгляду шляхом вирішення спору третейським судом (арбітражем), шляхом проведення переговорів;
  - 2) угоди, направлені на врегулювання судового розгляду (застереження щодо подання позову, застереження щодо судового розгляду справи).
- Договори, що відносяться до спору, який уже виник:
  - 1) договори, що відносяться до судового розгляду;
  - 2) договори, що визначають компетенцію та обов'язки судді<sup>21</sup>.

Теорія процесуального договору найбільш розроблена у німецькій юриспруденції. Німецькі правники визнають юридичну силу за будь-якими процесуальними договорами, якщо вони не порушують імперативні правила судочинства. Інститут процесуального договору у німецькому праві детально аналізував Н. Єлісеєв у своїх дослідженнях<sup>22</sup>, тому видається недоцільним окремо зупинятися на сприйнятті німецькою доктриною правової природи та характеристик процесуального договору.

Можна виокремити низку характерних ознак процесуальних договорів.

1. Головною властивістю процесуального договору є його здатність створювати наслідки, регламентовані процесуальним правом<sup>23</sup>, зокрема,

<sup>20</sup> Курочкин (н 14).

<sup>21</sup> Лоик Кадье, 'Соглашения относительно процесса во французском праве (о контрактации разрешения споров)' (2007) 6 Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса 167-183.

<sup>22</sup> Єлісеєв (н 18).

<sup>23</sup> Белоглавок (н 9) 178.

встановлення компетенції конкретного органу, уповноваженого розглядати спір між сторонами.

2. Процесуальні договори дають змогу адаптувати типовий порядок вирішення спору до конкретного випадку<sup>24</sup>.

3. Процесуальні договори укладаються сторонами виключно у приватних інтересах, укладення таких договорів не здійснюється у публічних інтересах.

4. Дія процесуального договору розповсюджується лише на осіб, які його уклали.

Безумовно, наведений перелік основних характеристик не є вичерпним і може бути продовжений та деталізований.

Можна погодитися з позицією, що висловлювалася в доктрині у межах розроблення теорії контрактуралізації як тенденції розвитку цивільного процесу, про те, що законодавче розширення спектру можливостей сторін вирішувати в угодах між ними окремі процедурні питання є рефлексією загального курсу на посилення приватноправових основ у системі цивільних процесуальних правовідносин.

Висновки. У вітчизняній науковій літературі та законодавстві України немає ґрунтового визначення поняття “процесуальний договір”. Дефініції окремих зарубіжних дослідників, розглянуті в статті (зокрема, визначення процесуального договору через поняття договору, що є джерелом нормативної регламентації провадження; через поняття угоди учасників процесуальних правовідносин з приводу та у зв’язку зі здійсненням процесуальних прав і виконанням процесуальних обов’язків; через поняття юридичних фактів, що мають процесуальне значення), свідчать про те, що процесуальний договір є складною категорією, яка передбачає симбіоз матеріального і процесуального елементів. Нерозв’язаною залишається також проблема термінологічного розмежування понять “процесуальний договір”, “процесуальна угода”, “угода про процес”, яка, на думку науковців, може вирішуватися по-різному (як шляхом синонімічного застосування зазначених термінів, так і розмежування на основі різних підходів до правової природи процесуального договору).

## REFERENCES

### List of legal documents

#### *Legislation*

1. Pro mediatsiiu: [On Mediation] Proekt Zakonu [Draft Law]. № 3665. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=57463](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463) (accessed: 01.11.2018) (in Ukrainian).

<sup>24</sup> Курочкин (н 14).

2. Pro mizhnarodne pryvatne pravo [On International Private Law]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 23 chervnia 2005 r. № 2709-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15> (accessed: 12.10.2018) (in Ukrainian).
3. Pro mizhnarodnyi komertsiiyi arbitrazh [On International Commercial Arbitration]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 24 liutoho 1994 r. № 4002-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12> (accessed: 12.10.2018) (in Ukrainian).
4. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [Code of Civil of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-155> (accessed: 03.12.2018) (in Ukrainian).
5. Tsyvilnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [Code of Civil Procedure of Ukraine]: v redaktsii Zakonu Ukrainy [as Amended by the Law of Ukraine] vid 3 zovtnia 2017 r. № 2147-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (accessed: 12.10.2018) (in Ukrainian).

### Bibliography

#### Authored books

6. Alekseev S, Pravo. *Azbuka. Teorija. Filosofija. Opyt kompleksnogo issledovanija [Law. Alphabet. Theory. Philosophy. Comprehensive Research Experience]* (Norma – Infra-M 1998) (in Russian).
7. Beloglavek A, *Arbitrazh, ordre public i ugovnoe pravo (Vzaimodejstvie mezhdunarodnogo i nacional'nogo chastnogo i publicnogo prava) [Arbitration, Ordre Public and Criminal Law (Interaction of International and National Private and Public Law)]*, t 1 (Takson 2009) (in Russian).
8. Jarkov V, *Juridicheskie fakty v civilisticheskom processe [Legal Facts in Civil Process]* (Infotropik 2012) (in Russian).

#### Encyclopedias

9. *Yurydychna entsyklopediia [Encyclopedia of Law]*, t 2 (Vydavnytstvo "Ukrainska entsyklopediia" imeni M. P. Bazhana 1999) (in Ukrainian).
10. *Yurydychna entsyklopediia [Encyclopedia of Law]*, t 6 (Vydavnytstvo "Ukrainska entsyklopediia" imeni M. P. Bazhana 2004) (in Ukrainian).

#### Journal articles

11. Kad'e L, 'Soglasheniya odnositel'no processa vo francuzskom prave (o kontraktualizacii razresheniya sporov)' ['Agreements on the Process in French Law (on the Contractualization of Dispute Resolution)'] (2007) 6 Rossijskij ezhegodnik grazhdanskogo i arbitrazhnogo processa (in Russian).
12. Kurochkin S, 'Soglasheniya v civilisticheskom processe' ['Agreements in Civil Process'] (2012) 3 Vestnik grazhdanskogo processa (in Russian).
13. Rozhkova M, 'Material'nye i processual'nye soglasheniya, poimenovannye v Arbitrazhnom processual'nom kodekse RF' ['Substantive and Procedural Agreements Particularized in the Code of Arbitration Procedure of the Russian Federation'] (2004) 1 Hozjajstvo i pravo (in Russian).
14. Shemeneva O, 'Diskussionnye voprosy koncepcii processual'nyh soglashenij v trudah rossijskikh uchenyh' ['Debatable Issues of the Procedural Agreements Concept in the Works by Russian Scientists'] (2016) 2 Vestnik voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Serija: Pravo (in Russian).

#### Thesis abstracts

15. Eliseev N, 'Dogovornoe regulirovanie grazhdanskikh i arbitrazhnyh processual'nyh odnoshenij' ['Contractual Regulation of Civil and Arbitration Procedural Relations'] (dis d-ra jurid nauk, Moskovskij gosudarstvennyj institut mezhdunarodnyh odnoshenij (universitet) Ministerstva inostrannyh del Rossijskoj Federacii 2016) (in Russian).

Галина Прусенко

16. Shemeneva O, 'Rol' processual'nyh soglashenij v grazhdanskom sudoproizvodstve' ['Role of Procedural Agreements in the Civil Court Procedure'] (dis d-ra jurid nauk, Voronezhskij gosudarstvennyj universitet 2017) (in Russian).

Galyna Prusenko

## THE CONCEPT OF PROCEDURAL CONTRACT IN THE CIVIL COURT PROCEDURE OF UKRAINE AND THE INTERNATIONAL CIVIL PROCESS

**ABSTRACT.** Progressive development of legislative regulation with a focus on resolving civil cases based on free will of the parties is one of the most effective ways to improve the civil court procedure. Provisions of the law of procedure are often generalized and thus narrow the possibilities for dealing with unique issues which arise during a trial. The shortcomings present in procedural legislation may be compensated by agreements entered into by the parties regarding the process (procedural contracts) which are underpinned by the basic principles of law of contract (primarily the principle of freedom of contract) but are aimed at the settlement of procedural legal relations.

The purpose of the article is to explore the approaches to the definition of "procedural contract" and to analyze the main characteristics of procedural contracts.

The national scientific literature and legislation of Ukraine offers no clear definition of the concept of "procedural contract". The definitions of individual foreign researchers reviewed in the article (in particular, definition of the procedural contract through the concept of contract which is the source of normative regulation of proceedings; through the concept of agreement between participants to procedural legal relations concerning and relating to the exercise of procedural rights and fulfillment of procedural duties; through the concept of legal facts of procedural importance) indicate that the procedural contract is a complex category encompassing a symbiosis of substantive and procedural elements. The procedural contract is a tool making the parties able to obtain additional guarantees for the implementation of legal relations under substantive law which have previously arisen between them, and to make legally valid the procedural actions on which they have reached an agreement.

Besides, there is still the unresolved issue of terminological differentiation of such concepts as "procedural contract", "procedural agreement", "agreement on the process" which may be cleared in a number of ways (both by synonymous application of these terms and by their differentiation on the basis of different approaches to the legal nature of the procedural contract – qualification of the procedural contract as a purely procedural institution, as an agreement under substantive law or as the agreement leading to procedural consequences).

**KEYWORDS:** procedural contract; procedural agreement; arbitration agreement; settlement agreement; mediation agreement; prorogation agreement; autonomy of will; optionality.

www.pravoua.com.ua

ПРАВО

УКРАЇНИ

## АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО



### Андрій Мота

кандидат юридичних наук, доцент,  
докторант кафедри конституційного,  
адміністративного та міжнародного права  
Національної академії Державної прикордонної  
служби України імені Богдана Хмельницького  
(м. Хмельницький, Україна)  
atom\_75@ukr.net

УДК 342.951:351.746.1 (477)

### АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ З ПРИМУСОВОГО ПОВЕРНЕННЯ І ВИДВОРЕННЯ НЕЛЕГАЛЬНИХ МІГРАНТІВ

АНОТАЦІЯ. Серед широкого комплексу різноманітних способів впливу, спрямованих на протидію нелегальній міграції, особливе призначення належить заходам адміністративного примусу. Вони виявилися універсальним засобом реакції на цю проблему, яка набула масштабного розповсюдження. Процесуальний порядок застосування і здійснення примусового відновлення органами охорони державного кордону порушеного нелегальною міграцією стану є маловивченим, зважаючи на його неоднозначну юридичну природу.

Мета статті полягає у встановленні призначення та сучасного стану процесуальних правил у загальній системі норм, спрямованих на протидію нелегальній міграції, а також практику їх реалізації в охороні державного кордону.

У статті використано дані Адміністрації Державної прикордонної служби України за період 2013–2017 рр. щодо кількості рішень про примусове повернення, прийнятих органами охорони державного кордону та рішень адміністративних судів за їх зверненнями про примусове видворення іноземців й апатридів, а також кількості осіб, які виїхали на виконання цих рішень. Проаналізовано національну судову практику в такій категорії справ щодо відмов у задоволенні позовів органів охорони державного кордону та окремі позиції Європейського суду з прав людини стосовно застосування примусових заходів до мігрантів.

Встановлено, що в оперативно-службовій діяльності державних органів, завданням яких є охорона державного кордону України, рішення про примусове повернення приймається стосовно іноземців та осіб без громадянства, які затримані у межах контрольованих прикордонних районів під час спроби або після незаконного перетинання державного кордону, а також для забезпечення подання позову до адміністративного суду про їх примусове видворення з України. Відповідно, кількість

© Андрій Мота, 2018

Андрій Мота

таких рішень у середньому вдвічі перевищує кількість судових рішень про примусове видворення.

Автор доходить висновку, що посадові особи органів охорони державного кордону повинні отримати повноваження вирішувати, чи застосовувати примусове повернення чи звертатися до адміністративного суду з позовною заявою про примусове видворення нелегального мігранта. Відповідним чином повинна скеровуватися діяльність адміністративних судів із прийняття рішень у такій категорії справ на основі оцінки правомірності перебування мігранта на території країни. Застосування органами охорони державного кордону примусового повернення або ініціювання видворення іноземців або осіб без громадянства в таких випадках є адміністративно-юрисдикційними повноваженнями дискреційного типу з окремими елементами контрольної-наглядової діяльності. На стадії виконання рішень про примусове видворення персонал Державної прикордонної служби України, поряд із загальними завданнями щодо супроводу нелегального мігранта, характерних і для інших уповноважених органів, вирішує специфічні завдання, спрямовані на забезпечення перетинання державного кордону іноземцем чи особою без громадянства.

Ключові слова: адміністративне провадження; видворення; примусове повернення; повноваження; нелегальний мігрант; прикордонна служба.

Адміністративне законодавство диференціює підстави, компетенцію, процесуальне оформлення та порядок взаємодії судових і правоохоронних органів у використанні засобів впливу на нелегальних мігрантів. Відновлення органами охорони державного кордону порушеного нелегальною міграцією стану відбувається в процесі примусового повернення або примусового видворення іноземців та осіб без громадянства. Група повноважень, спрямованих на реалізацію цих заходів адміністративного примусу, визначена в межах двох різновидів адміністративних проваджень, правове регулювання яких зазнало трансформації, а практика реалізації лише починає формуватися. В аспекті універсальності та до певної міри безальтернативності заходів адміністративного примусу в реакції на нелегальну міграцію дослідження адміністративно-процесуальної діяльності Державної прикордонної служби України (далі – Держприкордонслужба України) з їх застосування є актуальним практичним завданням.

Провадження щодо застосування примусового повернення та примусового видворення іноземців (апатридів) об'єднує й характеризує адміністративно-юрисдикційний зміст процесуальної діяльності. Більшою мірою це стосується примусового видворення відповідно до існуючої нормативно-правової регламентації. Процесуальний порядок застосування і здійснення примусового повернення є маловивченим, зважаючи на його неоднозначну юридичну природу.



Дослідники процесуальних аспектів застосування до іноземців (апатридів) заходів адміністративного примусу, як правило, окремо не з'ясовували повноваження тих чи інших суб'єктів із примусового повернення. В. Зуй та О. Кузьменко проаналізували порядок цього заходу у зіставленні з примусовим видворенням<sup>1</sup>. В. Зьолка процедурні питання щодо прийняття рішення про примусове повернення органами Держприкордонслужби України наводить у дослідженні механізму їх участі в адміністративному судочинстві, зокрема, у ролі відповідача або за необхідності звернення до адміністративного суду з позовом про примусове видворення іноземців та осіб без громадянства<sup>2</sup>. Натомість враховуючи послідовність дій посадових осіб органів охорони державного кордону, Н. Демчик розмежовує адміністративні провадження в справах про примусове повернення та в справах про примусове видворення, відповідно, кожне з яких характеризується різними стадіями<sup>3</sup>.

У деяких дисертаціях зроблено спробу дослідити юридичну природу процесуальної діяльності, спрямованої на застосування та реалізацію спеціальних адміністративно-примусових заходів, що обумовлюють неможливість подальшого перебування на території держави іноземців чи апатридів. Щоправда, такі дослідження переважно стосуються видворення (адміністративного або примусового). Так, В. Палько дійшов висновку про те, що провадження у справах про адміністративне видворення іноземців та осіб без громадянства не слід 'розглядати як самостійний вид юрисдикційних проваджень, а лише як сукупність двох процесуальних проваджень'<sup>4</sup>. Подібною думки дотримується Є. Зубова, однак на основі аналізу російського законодавства вона резюмує, що провадження із застосування до іноземців заходів адміністративного примусу 'поєднує в собі елементи трьох проваджень – контрольно-наглядового, провадження у справах про адміністративні правопорушення та адміністративного судочинства'<sup>5</sup>. Натомість І. Гула вважає, що 'адміністративне провадження по виконанню рішення про примусове видворення іноземців

<sup>1</sup> В. Зуй, 'Особливості примусового повернення або примусового видворення іноземців та осіб без громадянства' (2012) 24 Державне будівництво та місцеве самоврядування 77-81; О. Кузьменко, 'Новий Закон України "Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства" – нові правові колізії та суперечності?!' (2012) 1 Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки 153.

<sup>2</sup> Валентин Зьолка, *Охорона національних інтересів України у прикордонній сфері (адміністративно-правовий аспект)* (Вид-во НАДПСУ 2015) 310-319.

<sup>3</sup> Надія Демчик, 'Стадії адміністративних проваджень у справах про примусове повернення і примусове видворення іноземців та осіб без громадянства органами Державної прикордонної служби України' (2017) 865 Вісник Національного університету "Львівська політехніка": Збірник наукових праць. Юридичні науки 209.

<sup>4</sup> Віктор Палько, 'Адміністративно-правове регулювання видворення за межі України іноземців та осіб без громадянства' (автореф дис канд юрид наук, Національний університет внутрішніх справ 2005) 12.

<sup>5</sup> Елена Зубова, 'Меры административного принуждения, применяемые на деликтной основе к иностранным гражданам и лицам без гражданства' (дис канд юрид наук, Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования "Саратовская государственная юридическая академия" 2016) 98.

Андрій Мота

та осіб без громадянства відноситься до адміністративно-деліктних проваджень<sup>6</sup>.

МЕТА дослідження полягає у встановленні призначення та сучасного стану процесуальних правил у загальній системі норм, спрямованих на протидію нелегальній міграції, а також практику їх реалізації в охороні державного кордону.

В оперативно-службовій діяльності державних органів, завданням яких є охорона державного кордону України, рішення про примусове повернення приймається за обставин, що можуть бути об'єднані в дві групи:

– по-перше, стосовно іноземців та осіб без громадянства, які затримані у межах контрольованих прикордонних районів під час спроби або після незаконного перетинання державного кордону;

– по-друге, стосовно іноземців та осіб без громадянства, які затримані за таких самих обставин для забезпечення подання позову до адміністративного суду про їх примусове видворення з України.

У першій групі ситуацій примусове повернення може бути здійснено та проведено відповідно до процедури, визначеної у Законі України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства”<sup>7</sup>, зважаючи на те, що особа нелегального мігранта документально підтверджена і він має реальну можливість виїхати з України. Застосування органами охорони державного кордону примусового повернення іноземців або осіб без громадянства в таких випадках є адміністративним провадженням юрисдикційного характеру з окремими елементами контрольно-наглядової діяльності. Законодавчо-адміністративна юрисдикція пов’язується з діяльністю адміністративних судів. Так, ч. 1 ст. 19 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) (передбачена главою 2 “Адміністративна юрисдикція”) визначає категорії справ у публічно-правових спорах, на які поширюється юрисдикція адміністративних судів. Причому компетенція адміністративних судів не поширюється на справи про накладення адміністративних стягнень (п. 3 ч. 2 ст. 19 КАС України)<sup>8</sup>.

На юрисдикційний характер повноважень із примусового повернення нелегальних мігрантів вказує той факт, що посадові особи органів охорони державного кордону повинні прийняти про це рішення, яке встановленим

<sup>6</sup> Іванна Гула, ‘Адміністративно-правове забезпечення примусового видворення іноземців та осіб без громадянства з України’ (дис канд юрид наук, Приватний вищий навчальний заклад “Львівський університет бізнесу та права” 2015) 145.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.

чином повинно бути оформлено, а також може бути оскаржено. Наявність чи відсутність спору (суперечки), а інколи й вчинення адміністративного делікту (наприклад, якщо це необхідно для охорони здоров'я, захисту прав і законних інтересів громадян України) вирішального значення для примусового повернення іноземців та осіб без громадянства не матимуть.

Повноваження щодо прийняття рішення про примусове повернення реалізуються шляхом виконання низки процесуальних і процедурних дій: підготовка рішення у двох примірниках згідно зі встановленою формою; затвердження цього рішення; повідомленням щодо рішення про примусове повернення до країни походження або третьої країни упродовж 24 годин прокурора за територіальністю про підстави прийняття такого рішення; його оголошення іноземцю протягом 72 годин із дати ухвалення, за винятком випадків, коли місцезнаходження іноземця не встановлено, в присутності перекладача та (або) законного представника (на вимогу особи) під підпис; облік прийнятого рішення<sup>9</sup>. Кожна з цих дій віднесена до компетенції різних посадових осіб, процесуальний статус яких визначений лише в загальних рисах, а деякі дії здійснюються на основі існуючої практики. Законом України "Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства" визначено лише управлінський рівень у системно-структурній побудові Держприкордонслужби України, – орган охорони державного кордону, – на якому зосереджено вказану компетенцію<sup>10</sup>. Тому основоположним юрисдикційним повноваженням, яке тягне за собою юридичні наслідки з примусового повернення, є затвердження рішення про це, що покладається на начальника (заступника начальника) органу охорони державного кордону або особу, яка виконує його обов'язки. Хоча, очевидно, що ухвалення рішення відповідно до Інструкції про примусове повернення і примусове видворення з України іноземців та осіб без громадянства передбачає також його підготовку (оформлення), до чого повинна залучатися інша посадова особа органу охорони державного кордону<sup>11</sup>.

Контрольні повноваження органу охорони державного кордону в адміністративному провадженні з примусового повернення іноземців або осіб без громадянства пов'язані з можливістю супроводу таких осіб територією України. Зважаючи на те, що іноземець зобов'язаний самостійно залишити територію України у строк, зазначений у рішенні про

<sup>9</sup> Інструкція про примусове повернення і примусове видворення з України іноземців та осіб без громадянства: в редакції наказу Міністерства внутрішніх справ України і Служби безпеки України № 38/77 від 22 січня 2018 р., зареєстровано в Міністерстві юстиції України 24 квітня 2018 р. за № 482/31934. *Офіційний вісник України*. 2018. № 42. Ст. 1518.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Інструкція про примусове повернення і примусове видворення з України іноземців та осіб без громадянства (н 9).

Андрій Мота

примусове повернення, супроводження його здійснюється до пункту пропуску (пункту контролю) через державний кордон України, через який він запланував виїзд<sup>12</sup>.

Прийняття рішень про примусове повернення стосовно іноземців та осіб без громадянства, які затримані у межах контрольованих прикордонних районів під час спроби або після незаконного перетинання державного кордону України для забезпечення подання позову до адміністративного суду про їх примусове видворення з України, зумовлено тлумаченням законодавства і судовою практикою, яка склалася в результаті дії та застосування положень постанови Пленуму Вищого адміністративного суду України № 1 від 25 червня 2009 р. У чинній редакції цього документа сформульовано правило:

Примусовому видворенню іноземця чи особи без громадянства передують дві обставини: 1) прийняття рішення відповідним компетентним органом про примусове видворення; 2) ухилення від виїзду після прийняття рішення про повернення або наявність обґрунтованих підстав вважати, що іноземець або особа без громадянства ухилитимуться від виконання такого рішення. Тобто обов'язковим є попереднє прийняття вказаними органами рішення про примусове повернення<sup>13</sup>.

Зважаючи на таку правову позицію вищого спеціалізованого суду, який діяв у системі адміністративних судів, посадові особи органів Держприкордонслужби України приймають рішення про примусове повернення як проміжний етап у процесі примусового видворення іноземця чи особи без громадянства з України. Відповідно, кількість таких рішень у середньому вдвічі перевищує кількість судових рішень про примусове видворення. Збільшення випадків використання адміністративними судами цих повноважень не гарантує результат – збільшення кількості нелегальних мігрантів, які виїхали з України (рис. 1).

Тому діяльність адміністративних судів з розгляду адміністративних позовів щодо примусового видворення іноземців або осіб без громадянства за межі території України зосереджена на дослідженні рішень про примусове повернення. Причинами відмов у задоволенні позовів органів охорони державного кордону в цій категорії справ стають такі обставини:

www.pravoua.com.ua

<sup>12</sup> Інструкція про примусове повернення і примусове видворення з України іноземців та осіб без громадянства (н 9).

<sup>13</sup> Про судову практику розгляду спорів щодо статусу біженця та особи, яка потребує додаткового або тимчасового захисту, примусового повернення і примусового видворення іноземця чи особи без громадянства з України та спорів, пов'язаних із перебуванням іноземця та особи без громадянства в Україні: постанова Пленуму Вищого адміністративного суду в редакції від 16 березня 2012 р. № 3. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0003760-12> (дата звернення: 28.08.2018).

- рішення про примусове повернення не приймалося<sup>14</sup>, або приймалося, проте для повернення визначався надто короткий строк<sup>15</sup>, або такий строк не визначався взагалі<sup>16</sup>;
- не з'ясується намір мігранта оскаржити рішення про примусове повернення<sup>17</sup>, текст рішення не містить інформацію про роз'яснення порядку оскарження<sup>18</sup>;
- не надані докази вручення примірника рішення про примусове повернення у перекладі на мову, якою володіє відповідач-іноземець<sup>19</sup>.

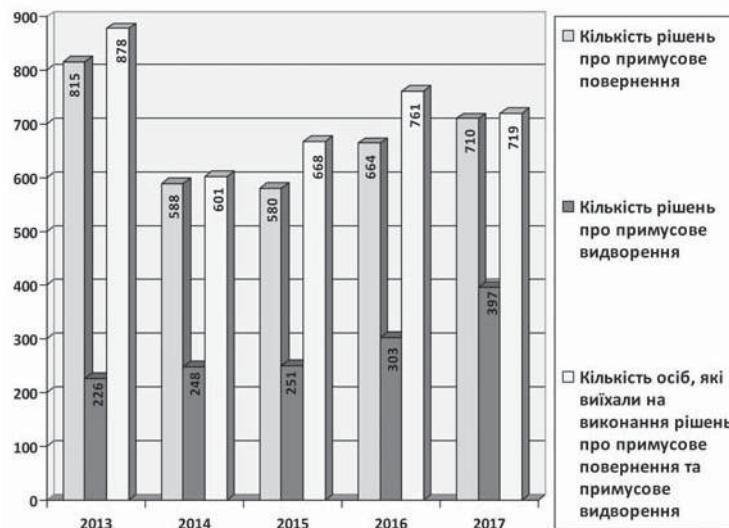


Рис. 1. Співвідношення кількості рішень про примусове повернення та примусове видворення, а також кількості осіб, які виїхали на виконання цих рішень

- <sup>14</sup> Рішення Ківерцівського районного суду Волинської області в справі за адміністративним позовом військової частини 1493 Державної прикордонної служби України до громадянина Афганістану про примусове видворення іноземця з України від 23 серпня 2018 р. № 158/1949/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76028900> (дата звернення: 28.09.2018).
- <sup>15</sup> Постанова Харківського апеляційного адміністративного суду від 6 серпня 2018 р. за апеляційною скаргою громадянина Республіки Бангладеш на рішення Дзержинського районного суду м. Харкова в справі № 638/8972/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75729200> (дата звернення: 28.09.2018).
- <sup>16</sup> Постанова Львівського апеляційного адміністративного суду від 18 вересня 2018 р. за апеляційною скаргою гр-на Республіки Бангладеш на рішення Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області в справі № 308/7581/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76574914> (дата звернення: 28.09.2018).
- <sup>17</sup> Постанова Харківського апеляційного адміністративного суду від 6 серп. 2018 р. за апеляційною скаргою гр-на Республіки Бангладеш на рішення Дзержинського районного суду м. Харкова в справі № 638/8972/18 (н 15).
- <sup>18</sup> Постанова Львівського апеляційного адміністративного суду від 28 вересня 2018 р. за апеляційною скаргою гр-на Республіки Бангладеш на рішення Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області в справі № 308/7581/18 (н 16).
- <sup>19</sup> Постанова Харківського апеляційного адміністративного суду від 6 серпня 2018 р. за апеляційною скаргою гр-на Республіки Бангладеш на рішення Дзержинського районного суду м. Харкова в справі № 638/8972/18 (н 15); Постанова Львівського апеляційного адміністративного суду від 28 вересня 2018 р. за апеляційною скаргою громадянина Республіки Бангладеш на рішення Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області в справі № 308/7581/18 (н 16).

Андрій Мота

Практика прийняття рішення про примусове повернення, що передує зверненню до адміністративного суду про його примусове видворення, змушує органи Держприкордонслужби України вдаватися до використання таких повноважень навіть тоді, коли вони безпосередньо не забезпечують належний результат – позбавлення нелегального мігранта можливості подальшого перебування на території держави. Так, 13 липня 2018 р. о 09 год. 20 хв. нарядом відділу прикордонної служби “Середина Буда” на території Старо-Гутської сільської ради Середино-Будського району Сумської області в 10 км від державного кордону було затримано громадянина Республіки Бангладеш Т., який здійснив незаконний перетин державного кордону України поза встановленими пунктами пропуску через державний кордон із території Російської Федерації в Україну в складі групи осіб. Відповідно до постанови Середино-Будського районного суду Сумської області від 16 липня цього ж року Т. визнано винним у вчиненні адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 204<sup>1</sup> Кодексу України про адміністративні правопорушення та застосовано до нього адміністративний арешт строком на три доби. 13 липня начальником Сумського прикордонного загону відносно вказаного іноземного громадянина затверджено рішення про примусове повернення. Однак виконати його неможливо у зв’язку з відсутністю документів, необхідних для здійснення перетину державного кордону та коштів для придбання квитків до країни походження. Такі дані були відомі вже на момент прийняття рішення та визнані Т. у судовому засіданні під час розгляду адміністративного позову Сумського прикордонного загону про його примусове видворення<sup>20</sup>.

На основі тлумачення Закону України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства” В. Зьолка заперечує описану практику, оскільки, на його думку, існує таке розуміння:

Словосполучення “або”, яке застосовано законодавцем у ч. 1 ст. 30 зазначеного Закону, передбачає можливість задоволення позову навіть <...> за відсутності попереднього рішення органу Держприкордонслужби України “про примусове повернення...”, якщо є обґрунтовані підстави вважати, що іноземець або особа без громадянства будуть ухилятися від виїзду<sup>21</sup>.

Підтримуючи цю позицію загалом, потрібно визнати, що унормувати та удосконалити практику прийняття рішень органами Держпри-

www.pravola.com.ua

<sup>20</sup> Рішення Зарічного районного суду м. Суми в справі за адміністративним позовом Сумського прикордонного загону до громадянина Республіки Бангладеш Т. про примусове видворення іноземця з України та затримання з метою ідентифікації та забезпечення примусового видворення від 17 липня 2018 р. № 591/4064/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75346060#> (дата звернення: 28.09.2018).

<sup>21</sup> Зьолка (н 2) 318.

кордонслужби України про примусове повернення у співвідношенні з їх повноваженнями щодо подання позовів до адміністративних судів про примусове видворення з України нелегальних мігрантів можливо шляхом законодавчих змін відповідно до проекту Закону України від 2 листопада 2016 р. № 5344. Згідно з його положеннями запропоновано доповнити ч. 1 ст. 26 Закону “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства” таким правилом:

Примусове повернення не застосовується до іноземців та осіб без громадянства, стосовно яких є обґрунтовані підстави вважати, що вони не зможуть виконати таке рішення або ухилитимуться від його виконання. Стосовно таких іноземців та осіб без громадянства ініціюється процедура примусового видворення або затримання з метою ідентифікації та забезпечення примусового видворення<sup>22</sup>.

Відповідним чином слід скерувати практику адміністративних судів. На противагу постанові Пленуму Вищого адміністративного суду України від 25 червня 2009 р. № 1, існує необхідність узагальнення судової практики і роз’яснень Пленумом Верховного Суду згідно з пунктами 10<sup>1</sup> і 10<sup>2</sup> ч. 2 ст. 46 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”<sup>23</sup>. Оскільки вирішення питання про застосування примусового видворення належить до компетенції адміністративних судів рекомендаціями для них повинно бути прийняття рішень у такій категорії справ на основі оцінки правомірності перебування мігранта на території країни, а не тільки виключно оцінки дій суб’єкта владних повноважень, який ініціює таке видворення.

Процедура примусового видворення становить особливий порядок взаємодії органів охорони державного кордону та адміністративних судів, оскільки окремих повноважень кожного з них є недостатньо для відновлення стану, порушеного нелегальним мігрантом. Призначення адміністративного суду в процедурі примусового видворення іноземців (апатридів) є неоднозначним та дискусійним, проте сьогодні є нормативно визначеним. Юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи у публічно-правових спорах, зокрема, за зверненням суб’єкта владних повноважень у випадках, коли право звернення до суду для вирішення публічно-правового спору надано такому суб’єкту законом

<sup>22</sup> Проект Закону України про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення деяких положень під час виконання міжнародних договорів України про реадмісію, внесений народними депутатами України Пацканом В. В. та ін. (реєстраційний № 5344 від 2 листопада 2016 р.). URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=60395&pf35401=405289> (дата звернення: 22.08.2018).

<sup>23</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

Андрій Мота

(п. 5 ч. 1 ст. 19 КАС України)<sup>24</sup>. Таке право Закон України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства” регламентує у своєрідний спосіб, відповідно до ч. 1 ст. 30 якого передбачено:

<...> органи охорони державного кордону (стосовно іноземців та осіб без громадянства, які затримані ними у межах контрольованих прикордонних районів під час спроби або після незаконного перетинання державного кордону України) <...> можуть лише на підставі винесеної за їх позовом постанови адміністративного суду примусово видворити з України іноземця та особу без громадянства, якщо вони не виконали в установленні строк без поважних причин рішення про примусове повернення або якщо є обґрунтовані підстави вважати, що іноземець або особа без громадянства ухилятимуться від виконання такого рішення, крім випадків затримання іноземця або особи без громадянства за незаконне перетинання державного кордону України поза пунктами пропуску через державний кордон України та їх передачі прикордонним органам суміжної держави. Позов про примусове видворення не подається стосовно іноземців та осіб без громадянства, підстави для примусового видворення яких виявлені в пунктах пропуску (пунктах контролю) через державний кордон під час їх виїзду з України<sup>25</sup>.

Характеризуючи таку категорію адміністративних справ, М. Смокович зазначає, що адміністративний суд превентивно захищає права та інтереси відповідача (тобто іноземця або особи без громадянства. – А. М.), якщо позовні вимоги безпідставні, хоча, на перший погляд, застосування до фізичних осіб примусових заходів не кореспондується із завданнями адміністративного судочинства<sup>26</sup>. Із цього приводу К. Мінаєва слушно зауважила, що доти, доки існують судові рішення про відмову в задоволенні позовних вимог суб’єктів владних повноважень, передчасно говорити про недоцільність закріплення їх повноважень на звернення до суду<sup>27</sup>.

Для Держприкордонслужби України звернення до адміністративного суду з позовом про примусове видворення узаконює компетенцію щодо локалізації нелегального мігранта, коли минув термін адміністративного затримання (до трьох діб) за неможливості його подальшого перебування на території України, а вирішення питання про його виїзд в іншу дер-

<sup>24</sup> Кодекс адміністративного судочинства України (н 8).

<sup>25</sup> Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства (н 10).

<sup>26</sup> Михайло Смокович, *Визначення юрисдикції адміністративних судів та розмежування судових юрисдикцій: монографія* (Юрінком Інтер 2012) 78-9.

<sup>27</sup> Катерина Мінаєва, ‘Суб’єкт владних повноважень як позивач у справах адміністративної юрисдикції’ в Нечитайло О (заг ред), *Захист прав людини в адміністративному судочинстві: сучасний стан і перспективи розвитку в Україні: Збірник матеріалів міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 10-річчю процесуальної діяльності адміністративних судів України* (Київ, 1-2 жовтня 2015) (Ваіте 2015) 128.



жаву потребує тривалого часу. Відповідні повноваження органів охорони державного кордону засновані не так на принципі диспозитивності, як характеризуються як дискреційні, що відповідає європейській практиці вигнання іноземця зі своєї території<sup>28</sup>. Термін “судовий захист”, що використано законодавцем у ч. 3 ст. 9 КАС України і гарантує кожній особі право розпоряджатися своїми вимогами на свій розсуд, не відповідає суті процесуальної діяльності адміністративних судів з розгляду справ за зверненнями суб’єктів владних повноважень про примусове видворення. Очевидним є застосування стандарту репресивного правового захисту, який є наступним за своєю природою. Захист надається шляхом перевірки законності вже прийнятих (можливо і вчинених) адміністративних актів, а тому відбувається судовий контроль адміністративних дій, який здійснюється одночасно з адміністративним розглядом<sup>29</sup>. Відповідно до доктринальних основ, вироблених вітчизняною правовою наукою, до критеріїв судового контролю за реалізацією дискреційних повноважень віднесено:

<...> критерії перевірки діяльності публічної адміністрації, встановлені Кодексом адміністративного судочинства України, зокрема, мета, з якою дискреційне повноваження надано, об’єктивність дослідження доказів у справі, принцип рівності перед законом, безсторонність; публічний інтерес, задля якого дискреційне повноваження реалізується; зміст конституційних прав та свобод особи; якість викладення у дискреційному рішенні доводів, мотивів його прийняття<sup>30</sup>.

В адміністративному провадженні щодо застосування примусового видворення іноземців та осіб без громадянства судовим розглядом немовби розриваються повноваження суб’єктів владних повноважень. Вони набувають адміністративно-процесуальної дієздатності як здатності сторони здійснювати свої адміністративні процесуальні права та обов’язки, зокрема, відмовлятися від позову, оскаржити рішення суду першої інстанції, тобто впливати на просування справи. Як і звернення до адміністративного суду, такою адміністративною процесуальною правосуб’єктністю наділена окрема управлінська ланка Держприкордонслужби України – органи охорони державного кордону. Реалізація їх процесуальних повноважень відбувається через відповідних посадо-

<sup>28</sup> Болат проти Росії: рішення Європейського суду з прав людини у справі від 14 вересня 2006 р. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105359>> дата звернення 11 Вересень 2018.

<sup>29</sup> Андрей Соловьев и Рим Опалев, *Административная юстиция в зарубежных государствах: особенности функционирования отдельных институтов административного судопроизводства* (МГЮА 2017) 102.

<sup>30</sup> В Перепелюк, ‘Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб’єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією’ (*Верховний Суд*, 2018) <[https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro\\_sud\\_naukovi\\_visnovki/nauk\\_visnovok\\_01\\_03\\_2018](https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud_naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018)> дата звернення 14 Серпень 2018.

Андрій Мота

вих осіб. Нормативно це не регламентовано, але практично позовні заяви підписують, тобто звертаються з адміністративними позовами про примусове видворення іноземця чи апатрида керівники органів охорони державного кордону (зокрема, начальники прикордонних загонів) або особи, які виконують їхні обов'язки. На участь у судовому засіданні під час розгляду справ за такими позовами уповноважуються офіцери по роботі з іноземцями та адміністративного провадження штабів органів охорони державного кордону.

Значно більше посадових осіб органів і підрозділів Держприкордонслужби України залучається для виконання рішень адміністративних судів про примусове видворення нелегальних мігрантів. На цій стадії прикордонники виконують дві групи завдань: організація та здійснення примусового видворення відповідно до рішення адміністративного суду, прийнятого за позовом органу охорони державного кордону; забезпечення перетинання державного кордону іноземцем чи особою без громадянства, підданого примусовому видворенню за ініціативою органу охорони державного кордону, а також інших державних органів, уповноважених звертатися до адміністративних судів із відповідними позовами. Фактичне виконання примусового видворення забезпечується супроводом нелегального мігранта чи їх групи. Склад супроводу має забезпечити надійну охорону іноземців під час їх примусового видворення за межі України та формується з розрахунку: для супроводження групи до 4 осіб – 3–4 особи; для супроводження групи до 8 осіб – 4–6 осіб<sup>31</sup>. Такі дії щодо видворення двох і більше іноземців (апатридів) навіть одночасно не вважаються колективним висланням у значенні ст. 4 Протоколу № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, оскільки проводяться після процесуального розгляду, під час якого кожному надано можливість подати власні аргументи проти його вислання, і ці аргументи належним чином розглянуті<sup>32</sup>.

Повноваження супроводу можуть поширюватися на територію іншої країни у разі відмови іноземця від виконання постанови про примусове видворення та наявності обґрунтованих підстав вважати, що він ухилятиметься від виконання такого рішення (агресивна та (або) неадекватна поведінка тощо). Його супроводження в цьому випадку здійснюється безпосередньо до країни походження або третьої країни<sup>33</sup>.

www.pravola.com.ua

<sup>31</sup> Інструкція про примусове повернення і примусове видворення з України іноземців та осіб без громадянства (н 9).

<sup>32</sup> Case of Khlaifia and Others v. Italy: the European Court of Human Rights, 15 December 2016 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170054>> accessed 11 September 2018.

<sup>33</sup> Інструкція про примусове повернення і примусове видворення з України іноземців та осіб без громадянства (н 9).

На відміну від особового складу супроводу, для примусового видворення нелегального мігранта (нелегальних мігрантів), забезпечення перетинання ними державного кордону покладається на військово-службовців, які належать до складу прикордонного наряду. Приймання органами охорони державного кордону в пунктах пропуску через державний кордон України іноземців для подальшого примусового видворення від представників органів Державної міграційної служби, органів охорони державного кордону України здійснює старший прикордонних нарядів за рішенням начальника органу охорони кордону чи його заступника<sup>34</sup>.

Висновки. Повноваження Держприкордонслужби України в адміністративних провадженнях щодо застосування примусового повернення та примусового видворення іноземців та осіб без громадянства є юрисдикційними за своєю процесуальною природою і взаємопов'язаними відповідно до правового регулювання. Рішення про примусове повернення приймається з метою забезпечення подання позову до адміністративного суду про примусове видворення з України, а не лише в результаті наявності матеріальних підстав, визначених законом, які не пов'язані з наявністю спору (суперечки). Практика прийняття різних рішень в одній справі адміністративним та судовим органами, спрямованих на позбавлення іноземця (апатрида) можливості подальшого перебування на території держави не сприяє ефективній протидії нелегальній міграції. Посадові особи органів охорони державного кордону повинні отримати повноваження вирішувати – застосовувати примусове повернення чи звертатися до адміністративного суду з позовною заявою про примусове видворення нелегального мігранта. Відповідним чином повинна скеровуватися діяльність адміністративних судів із прийняття рішень у такій категорії справ на основі оцінки правомірності перебування мігранта на території країни. Це не виключає можливості судового контролю за здійсненням органами охорони державного кордону своїх дискреційних повноважень у процесі адміністративного судочинства із застосування стандарту репресивного правового захисту.

На стадії виконання рішень про примусове видворення військово-службовці Держприкордонслужби України вирішують загальні завдання, що характерні для цього адміністративного провадження, та специфічні, спрямовані на забезпечення перетинання державного кордону іноземцем чи особою без громадянства, підданого примусовому видворенню. Загальні завдання покладаються на супровід, персонал якого

<sup>34</sup> Інструкція про примусове повернення і примусове видворення з України іноземців та осіб без громадянства (н 9).

Андрій Мота

не входить до складу прикордонних нарядів, а призначений для охорони іноземців і може діяти на території іншої держави для запобігання ухиленню від виконання рішення в процесі примусового видворення. Специфічні завдання виконує прикордонний наряд, призначений для охорони державного кордону в пункті пропуску, через який заплановано примусове видворення.

## REFERENCES

### List of legal documents

#### Legislation

1. Instruktsiia pro prymusove povnennia i prymusove vydvorenna z Ukrainy inozemtsiv ta osib bez hromadianstva [Instruction on Forced Return and Forced Expulsion from Ukraine of Foreigners and Stateless Persons]: v redaktsii nakazu Ministerstva vnutrishnikh sprav Ukrainy i Sluzhby bezpeky Ukrainy [in the Wording of the Order of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, the Security Service of Ukraine] vid 22 sichnia 2018 r. № 38/77, zareiestrovano v Ministerstvi yustytsii Ukrainy [Registered in the Ministry of Justice of Ukraine] 24 kvitnia 2018 r. za № 482/31934. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*. 2018. № 42. St. 1518 (in Ukrainian).
2. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy [The Code of Administrative Proceedings of Ukraine]: v redaktsii Zakonu Ukrainy [in the Wording of the Law of Ukraine] vid 3 zhovtnia 2017 r. № 2147-VIII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2017. № 48. St. 436 (in Ukrainian).
3. Pro pravovyi status inozemtsiv ta osib bez hromadianstva [On the Legal Status of Foreigners and Stateless Persons]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 22 veresnia 2011 r. № 3773-VI. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2012. № 19-20. St. 179 (in Ukrainian).
4. Pro sudoustrii i status suddiv [On the Judiciary and the Status of Judges]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2016 r. № 1402-VIII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2016. № 31. St. 545 (in Ukrainian).
5. Proekt Zakonu Ukrainy pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo udoskonalennia deiakykh polozhen pid chas vykonannia mizhnarodnykh dohovoriv Ukrainy pro readmisiuu, vnesenyi narodnymy deputatamy Ukrainy Patskanom V. V. ta in. [Draft Law of Ukraine on Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Regarding the Improvement of Certain Provisions During the Execution of International Treaties of Ukraine on Readmission Submitted by the People's Deputies of Ukraine V. Patskan. etc.] (reiestratsiinyi № 5344 vid 2 lystopada 2016 r.). URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=60395&pf35401=405289> (accessed: 22.08.2018) (in Ukrainian).

#### Cases

6. Case of Khlaifia and Others v. Italy: The European Court of Human Rights, 15 December 2016 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170054>> accessed 11 September 2018 (in English).
7. Postanova Kharkivskoho apeliatsiinoho administratyvnoho sudu za apeliatsiinoiu skarhoiu hr-na Respubliky Banhladesh na rishennia Dzerzhynskoho raionnoho sudu

- m. Kharkova v spravi [Resolution of the Kharkiv Administrative Court of Appeal of August 6. In 2018, Following the Appeal by the Republic of Bangladesh Against the Decision of the Dzerzhinsky District Court of Kharkiv in the Case] vid 6 serpnia 2018 r. № 638/8972/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75729200> (accessed: 28.08.2018) (in Ukrainian).
8. Postanova Lvivskoho apeliatsiinoho administratyvnoho sudu za apeliatsiinou skarhoiu hr-na Respubliky Banhladesh na rishennia Uzhhorodskoho miskraionnoho sudu Zakarpatskoi oblasti v spravi [Resolution of the Lviv Appellate Administrative Court, on Appeal by the Republic of Bangladesh Against the Decision of Uzhgorod City Court of the Zakarpattia Region in the Case] vid 18 versnia 2018 r. № 308/7581/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76574914> (accessed: 28.08.2018) (in Ukrainian).
  9. Pro sudovu praktyku rozghliadu sporiv shchodo statusu bizhentsia ta osoby, yaka potrebuie dodatkovoho abo tymchasovoho zakhystu, prymusovoho povernennia i prymusovoho vydvorennia inozemtsia chy osoby bez hromadianstva z Ukrainy ta sporiv, pov'iazanykh iz perebuvanniam inozemtsia ta osoby bez hromadianstva v Ukraini [On the Judicial Practice of Disputes Over Refugee Status and a Person Who Needs Additional or Temporary Protection, Forced Return and Forced Expulsion of a Foreigner or Stateless Person from Ukraine and Disputes Related to the Stay of a Foreigner and Stateless Person in Ukraine]: postanova Plenumu Vyshchoho administratyvnoho sudu [Resolution of the Plenum of the Supreme Administrative Court] v redaktsii vid 16 bereznia 2012 r. № 3. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0003760-12> (accessed: 28.08.2018) (in Ukrainian).
  10. Rishennia Kivertsivskoho raionnoho sudu Volynskoi oblasti v spravi za administratyvnym pozovom viiskovoi chastyny 1493 Derzhavnoi prykordonnoi sluzhby Ukrainy do hr-na Afghanistanu pro prymusove vydvorennia inozemtsia z Ukrainy [Decision of the Kivertsy District Court of the Volyn Oblast in the Case of an Administrative Suit of the Military Unit of 1493 of the State Border Guard Service of Ukraine Against a Citizen of Afghanistan on the Forced Expulsion of a Foreigner from Ukraine] vid 23 serpnia 2018 r. № 158/1949/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76028900> (accessed: 18.09.2018) (in Ukrainian).
  11. Bolat proty Rosii: Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u spravi [Decision of the European Court of Human Rights in the case of Bolat v. Russia] vid 14 veresnia 2006 r. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105359> (accessed: 11.09.2018) (in Ukrainian).
  12. Rishennia Zarichnoho raionnoho sudu m. Sumy v spravi za administratyvnym pozovom Sumskoho prykordonnoho zahonu do hr-na Respubliky Banhladesh T. pro prymusove vydvorennia inozemtsia z Ukrainy ta zatrymanna z metoiu identyfikatsii ta zabezpechennia prymusovoho vydvorennia [Decision of the Zarichny District Court of Sumy in the Case of an Administrative Suit of the Sumy Border Detachment Against a Citizen of the Republic of Bangladesh T. on the Forced Expulsion of a Foreigner from Ukraine and Detention for the Purpose of Identification and Enforcement of Forced Expulsion] vid 17 lypnia 2018 r. № 591/4064/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75346060#> (accessed: 28.08.2018) (in Ukrainian).

## Bibliography

### *Authored books*

13. Smokovych M, *Vyznachennia yurysdyksii administratyvnykh sudiv ta rozmezhuvannia sudovykh yurysdyksii: monohrafiia* [Definition of Jurisdiction of Administrative

Андрій Мота

*Courts and Delineation of Court Jurisdictions: Monograph*] (Iurinkom Inter 2012) (in Ukrainian).

14. Solov'jov A i Opalev R, *Administrativnaja justicija v zarubezhnyh gosudarstvah: osobennosti funkcionirovanija ot del'nyh institutov administrativnogo sudoproizvodstva: monografija* [Administrative Justice in Foreign Countries: Features of the Functioning of Individual Institutions of Administrative Legal Proceedings: Monograph] (MGJuA 2017) (in Russian).
15. Zolka V, *Okhorona natsionalnykh interesiv Ukrainy u prykordonnii sferi (administrativno-pravovyi aspekt): monografija* [The Safeguarding National Interests of Ukraine in the Border Sphere (Administrative and Legal Aspect): Monograph] (Vydavnytstvo NADPSU 2015) (in Ukrainian).

#### Journal articles

16. Demchuk N, 'Stadii administrativnykh provadzen u spravakh pro prymusove povernennia i prymusove vydvorennia inozemtsiv ta osib bez hromadianstva orhanamy Derzhavnoi prykordonnoi sluzhby Ukrainy' ['Stages of Administrative Proceedings in Cases of the Forced Return and Forced Expulsion of Foreigners and Stateless Persons by the Organs of the State Border Guard Service of Ukraine'] (2017) 865 Visnyk Natsionalnoho universytetu "Lvivska politehnika": Zbirnyk naukovykh prats Yurydychni nauky 205 (in Ukrainian).
17. Kuzmenko O, 'Novyi Zakon Ukrainy "Pro pravovyi status inozemtsiv ta osib bez hromadianstva" – novi pravovi kolizii ta superechnosti?!' ['New Law of Ukraine "On the Legal Status of Foreigners and Stateless Persons" – New Legal Conflicts and Contradictions?!'] (2012) 1 Visnyk Zaporizkoho natsionalnoho universytetu. Yurydychni nauky 150 (in Ukrainian).
18. Zui V, 'Osoblyvosti prymusovoho povernennia abo prymusovoho vydvorennia inozemtsiv ta osib bez hromadianstva' ['Features of Forced Return and Forced Expulsion of Foreigners and Stateless Persons'] (2012) 24 Derzhavne budivnytstvo ta mistseve samovriaduvannia 76 (in Ukrainian).

#### Thesis abstracts

19. Palko V, 'Administrativno-pravove rehuliuвання vydvorennia za mezhi Ukrainy inozemtsiv ta osib bez hromadianstva' ['Administrative and Legal Regulation of Expulsion of Foreigners and Stateless Persons Outside Ukraine'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Natsionalnyi universytet vnutrishnikh sprav 2005) (in Ukrainian).

#### Dissertations

20. Hula I, 'Administrativno-pravove zabezpechennia prymusovoho vydvorennia inozemtsiv ta osib bez hromadianstva z Ukrainy' ['Administrative and Legal Provision of Forced Expulsion of Foreigners and Stateless Persons from Ukraine'] (dys kand yuryd nauk, Pryvatnyi vyshchyi navchalnyi zaklad "Lvivskiy universytet biznesu ta prava" 2015) (in Ukrainian).
21. Zubova E, 'Mery administrativnogo prinuzhdenija, primenjaemye na deliktnoj osnove k inostrannym grazhdanam i licam bez grazhdanstva' ['Measures of Administrative Coercion Applied on the Basis of tort to Foreign Citizens and Stateless Persons'] (dis kand jurid nauk, Federal'noe gosudarstvennoe bjudzhetnoe obrazovatel'noe uchrezhdenie vysshego obrazovannija "Saratovskaja gosudarstvennaja juridicheskaja akademija" 2016) (in Russian).

*Materials of conferences*

22. Minaieva K, 'Sub'iekt vladnykh povnovazhen yak pozyvach u spravakh administratyvnoi yurysdyksii' ['The Subject of Authority as a Plaintiff in Matters of Administrative Jurisdiction'] v Nechytailo O (zah red), *Zakhyst prav liudyny v administratyvnomu sudochynstvi: suchasnyi stan i perspektyvy rozvytku v Ukraini: Zbirnyk materialiv mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii, prysviachenoї 10-richchiu protsesualnoi diialnosti administratyvnykh sudiv Ukrainy (Kyiv, 1-2 zhovtnia 2015)* [Protection of Human Rights in Administrative Justice: the Current State and Prospects of Development in Ukraine: a Collection of Materials of the International Scientific and Practical Conference Devoted to the 10th Anniversary of the Procedural Activity of the Administrative Courts of Ukraine (Kyiv, 1-2 October 2015)] (Vaite 2015) (in Ukrainian).

*Websites*

23. Perepeliuk V, 'Naukovyi vysnovok shchodo mezh dyskretsiinoho povnovazhennia sub'iekta vladnykh povnovazhen ta sudovoho kontroliu za yoho realizatsiieiu' ['Scientific Opinion on the Limits of the Discretionary Power of the Subject of Power and Judicial Control Over its Implementation'] (*Verkhovnyi Sud*, 2018) <[https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro\\_sud/naukovi\\_visnovki/nauk\\_visnovok\\_01\\_03\\_2018](https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018)> accessed 14 August 2018 (in Ukrainian).

Andrii Mota

ADMINISTRATIVE PROCEDURAL POWERS OF THE BODIES  
OF THE STATE BORDER GUARD SERVICE OF UKRAINE  
TO FORCED RETURN AND EXPULSION  
OF ILLEGAL MIGRANTS

ABSTRACT. Within a wide range of various methods of influence aimed at combating illegal migration, a special task is allocated to the administrative coercion measures. They have proved to be a universal response to this problem which has become pretty widespread. The statutory procedure for the application and enforced reinstatement by the State border control bodies of the state which has been breached by illegal migration is insufficiently explored, given its ambiguous legal nature.

The article aims at determining the purpose and the current state of the procedural rules within the general system of provisions aimed at combating illegal migration, and also the practice of their implementation in the context of the State border control.

In the article the author uses the data of the Administration of the State Border Guard Service of Ukraine for the period 2013–2017 about the number of decisions on forced return issued by the State border control bodies and decisions of administrative courts based on the claims filed by these bodies for forced expulsion of foreigners and stateless persons, as well as on the number of persons who left the country in compliance with these decisions. The article analyzes the national court practice with regard to this category of cases with a focus on dismissed claims of the State border control bodies, and separate positions of the European Court of Human Rights regarding the application of coercive measures to migrants.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 11 • 151-168

Андрій Мота

It is established that while exercising their official operational activities, the state bodies authorized to guard the State border of Ukraine make a decision on forced return of foreigners and stateless persons who are detained within the controlled border areas during an attempt or after illegal crossing of the State border; this decision is also made for the purpose of filing a claim to an administrative court for forced expulsion of such persons from Ukraine. Accordingly, the number of such decisions is on average twice the number of court decisions on forced expulsion.

The author makes a conclusion that officials of the State border control bodies should be granted the powers to decide whether to apply forced return or to file a claim to an administrative court for forced expulsion of an illegal migrant. Accordingly, administrative courts should be directed to make decisions in this category of cases based on the assessment of whether a migrant stays in the country lawfully. When the State border control bodies apply forced return or initiate expulsion of foreigners or stateless persons in such cases, these are powers of discretionary type under administrative jurisdiction with separate elements of control and supervision. While implementing the decisions on forced expulsion, the staff of the State Border Guard Service of Ukraine, along with the general tasks of escorting an illegal migrant which are typical for other authorized bodies, also solve specific tasks, the purpose of which is to ensure that an alien or a stateless person crosses the border.

KEYWORDS: administrative proceedings; expulsion; forced return; powers; illegal migrant; the State Border Guard Service.

Джунь В. В. Соціологія конституційного права : моногр. / В. В. Джунь. – К. : Вид. дім “Ін Юре”, 2018. – Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму. – 608 с.



Україна протягом століть перебуває під безпосереднім впливом європейської політичної та правової думки. На сучасному етапі розвитку Український народ намагається опанувати культурні досягнення Європи і реалізувати їх у власному державотворчому процесі. У книзі простежено становлення політичної культури державного владарювання в європейському цивілізаційному просторі та розкрито фундаментальні основи європейського конституціоналізму.

Монографію можна придбати на сайті видавництва “Право”:

<http://pravo-izdat.com.ua>,

а також у ТОВ “Видавничий Дім ‘Ін Юре’”.

ПРАВО

УКРАЇНИ



## ФІНАНСОВЕ ПРАВО



### Олексій Федотов

доктор юридичних наук, доцент,  
професор кафедри морського та митного права  
Національного університету “Одеська юридична академія”  
(м. Одеса, Україна)  
lightstarpro@ukr.net



### Світлана Левченко

кандидат юридичних наук  
(м. Одеса, Україна)  
lightstarpro@ukr.net

УДК 351.713 (477)

## ЕФЕКТИВНІСТЬ ТА НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕМІЩЕННЯ ЧЕРЕЗ МИТНИЙ КОРДОН УКРАЇНИ АВТОМОБІЛЬНИХ ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ

АНОТАЦІЯ. Наявність проблемних аспектів практичного втілення положень законодавства України з питань державної митної справи, а також неврегульованість окремих питань, зокрема пов'язаних із ввезенням та використанням на митній території України автомобільних транспортних засобів з іноземною реєстрацією, стали суттєвими перешкодами інноваційного шляху розвитку державної митної справи. Утім, після численних суперечок із приводу ввезення та використання на митній території України автомобільних транспортних засобів з іноземною реєстрацією, до яких долучилися політики, науковці та громадськість, позитивні зміни все ж таки відбулися. При цьому модернізація законодавства України з питань державної митної справи актуалізувала необхідність проведення поглибленого аналізу ефективності правового регулювання переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів з іноземною реєстрацією.

© Олексій Федотов, Світлана Левченко, 2018

Олексій Федотов, Світлана Левченко

Метою статі є проведення транспарентного моніторингу законодавства України, що стосується переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів з іноземною реєстрацією, визначення його ефективності, виявлення проблемних аспектів та дослідження напрямів їх вирішення.

На основі аналізу національного законодавства досліджено питання правового регулювання переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів, які зареєстровано у відповідних реєстраційних органах іноземної держави.

Акцентовано увагу на тому, що згідно з положеннями законодавства України з питань державної митної справи автомобільні транспортні засоби особистого користування для митних цілей є товаром, тоді як автомобільні транспортні засоби комерційного використання визначено засобом транспортування.

Встановлено, що, незважаючи на досить детальне нормативно-правове регулювання питання переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів особистого користування, суттєво обмежити масштаби порушень митних правил, пов'язаних із їхнім використанням на митній території України, донедавна не вдавалося. При цьому вирішення проблемних аспектів переміщення громадянами через митний кордон України автомобільних транспортних засобів особистого користування, які зареєстровано в уповноважених органах іноземних держав, вбачається у запровадженні тимчасового порядку, відповідно до якого протягом 180 днів здійснюватимуться митні формальності щодо окремих автомобільних транспортних засобів, які перебувають у митних режимах тимчасового ввезення або транзиту, посиленні відповідальності громадян за порушення умов тимчасового ввезення/транзиту автомобільних транспортних засобів, що ввезені на митну територію України, запровадженні інформування Державною прикордонною службою України органів Державної фіскальної служби України (ДФС України) про факти наміру перетину державного кордону України особами, стосовно яких органами ДФС України було виявлено порушення митних правил, налагодженні взаємодії органів ДФС України з Національною поліцією в частині контролю за дотриманням водіями порядку використання таких автомобільних транспортних засобів на митній території України, недопущенні порушення обмежень, встановлених Митним кодексом України, а також удосконаленні порядку реєстрації та обліку автомобільних транспортних засобів.

Ключові слова: автомобільний транспортний засіб; митний контроль; митне оформлення; митні формальності; нерезидент; переміщення; правове регулювання; резидент.

У світлі сучасних глобалізаційних умов потужною рушійною силою розбудови України як правової держави європейського зразка та розвитку її нового геополітичного образу стали посилення стратегічного характеру інтеграційних процесів, конкретизація інтеграційних ідей та підвищення рівня інтеграційних зусиль. У цьому контексті особливого значення набули питання переосмислення загальних проблем забезпечення економічної самостійності нашої держави. Беззаперечно, успішне виконання поставленого завдання безпосередньо залежить і від рівня

www.pravoua.com.ua

організації процесів переміщення автомобільних транспортних засобів через митний кордон України.

Не секрет, що останнім часом в Україні було зроблено чимало вагомих кроків відносно проведення заходів, спрямованих на підвищення ефективності регулювання процесів переміщення автомобільних транспортних засобів через митний кордон України, оптимізацію митних формальностей, а також пошук нових можливостей покращення результативності здійснення митницями Державної фіскальної служби України (далі – ДФС України) державної митної справи, яка, через призму інтересів України, на шляху подальшої інтенсифікації інтеграційних процесів, має стати еталоном прозорості та якості інтеграційних тенденцій.

Однак, незважаючи на всі позитивні зрушення, яких вдалося досягнути у межах реформування сфери державної митної справи як однієї з умов повномасштабної інтеграції України до європейського політичного, економічного та правового простору, наявність проблемних аспектів практичного втілення положень законодавства України з питань державної митної справи, а також нерегульованість окремих питань, зокрема й пов'язаних із ввезенням і використанням на митній території України автомобільних транспортних засобів із іноземною реєстрацією, якою досить довгий час користувалися недобросовісні суб'єкти, стали суттєвими перешкодами інноваційного шляху державної митної справи.

Дослідивши практику переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів особистого користування, можна спостерігати суттєвий дисонанс у питаннях дотримання балансу між митною безпекою України та спрощенням митних процедур. Адже загострення соціального конфлікту навколо питання використання на митній території України окремих автомобільних транспортних засобів (тема “євроблях”), незважаючи на активну участь у його вирішенні не лише громадських об'єднань власників вживаних авто, а й політиків, економістів, податківців, екологів, протягом тривалого проміжку часу набувало все більших масштабів.

У зв'язку з цим нині важливими й актуальними стали питання запровадження в Україні якісно нових та, вбачається, нормативно збалансованих підходів до вдосконалення правового регулювання переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів з іноземною реєстрацією, а отже, теоретична та практична значущість проведеного дослідження не викликає сумнівів.

Що стосується ступеня наукової розробки проблем ефективності правового регулювання переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів, то, незважаючи на значну кількість

публікацій учених-правознавців та практиків митної галузі (О. Герман, Є. Додін, С. Ківалов, В. Комзюк, Б. Кормич, Ю. Кунєв, А. Мазур, А. Марченко, В. Науменко, П. Пашко, П. Пісний, Д. Приймаченко, К. Сандровський та інші), нещодавня модернізація законодавства України з питань державної митної справи актуалізувала необхідність проведення поглибленого аналізу запроваджених законодавцем змін, спрямованих на підвищення ефективності правового регулювання переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів з іноземною реєстрацією.

Метою дослідження є проведення транспарентного моніторингу законодавства України, що стосується переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів з іноземною реєстрацією, визначення його ефективності, виявлення проблемних аспектів та дослідження напрямів їх вирішення.

Слід почати з того, що основним законодавчим актом, яким врегульовано порядок здійснення митного контролю та митного оформлення автомобільних транспортних засобів особистого користування, які переміщуються через митний кордон України, є Митний кодекс України (далі – МК України). Принципово, що визначаючи специфіку правового регулювання переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів особистого користування та порядку здійснення митних формальностей щодо таких транспортних засобів, законодавець встановлює у п. 57 ч. 1 ст. 4, п. 7 ч. 10 ст. 374 МК України, що автомобільні транспортні засоби особистого користування для митних цілей є товаром. Водночас автомобільні транспортні засоби комерційного використання визначено положеннями п. 59 ч. 1 ст. 4 МК України засобом транспортування<sup>1</sup>.

Аналіз положень чинного законодавства України з питань державної митної справи дає змогу констатувати, що громадяни можуть переміщувати через митний кордон України автомобільні транспортні засоби особистого користування в режимі тимчасового ввезення або в режимі транзиту. При цьому відповідно до положень ст. 380 МК України тимчасове ввезення громадянами-нерезидентами на митну територію України автомобільних транспортних засобів особистого користування дозволяється на строк до одного року, однак обов'язковою умовою допуску зазначених транспортних засобів до тимчасового ввезення на митну територію України є їх реєстрація в уповноважених органах іноземних держав, що підтверджується відповідним документом. Такі автомобільні

<sup>1</sup> Митний кодекс України: Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI. *Офіційний вісник України*. 2012. № 32. Ст. 1175.

транспортні засоби не підлягають письмовому декларуванню та звільнюються від проведення заходів офіційного контролю, а також від подання документів та (або) відомостей, що підтверджують дотримання встановлених заборон та (або) обмежень щодо переміщення автомобільних транспортних засобів особистого користування через митний кордон України, а їх пропуск через митний кордон України здійснюється без застосування до них заходів гарантування<sup>2</sup>.

Проте згідно з положеннями ч. 3 ст. 380 МК України:

Тимчасове ввезення громадянами-нерезидентами автомобільних транспортних засобів особистого користування, що класифікуються за товарними позиціями 8702, 8703, 8704 (загальною масою до 3,5 тонни), 8711 згідно з Українською класифікацією товарів зовнішньоекономічної діяльності (далі – УКТ ЗЕД), та причепів до них товарної позиції 8716 згідно з УКТ ЗЕД, у кількості більше однієї одиниці на кожен товарну позицію дозволяється за умови письмового декларування в порядку, передбаченому законодавством України для громадян, та із застосуванням до них заходів гарантування, передбачених розділом X цього Кодексу<sup>3</sup>.

Відповідно до положень ч. 4 ст. 380 МК України:

Тимчасове ввезення громадянами-резидентами автомобільних транспортних засобів особистого користування, що класифікуються за товарними позиціями 8702, 8703, 8704 (загальною масою до 3,5 тонни), 8711 згідно з УКТ ЗЕД та причепів до них товарної позиції 8716 згідно з УКТ ЗЕД дозволяється на строк до одного року під письмове зобов'язання про їх зворотне вивезення за умови письмового декларування в порядку, передбаченому законодавством України для громадян, після сплати всіх митних платежів, які відповідно до закону підлягають сплаті при імпорті таких автомобільних транспортних засобів.

Тимчасове ввезення громадянами-резидентами на митну територію України інших транспортних засобів особистого користування дозволяється на строк до одного року під письмове зобов'язання про їх зворотне вивезення за умови письмового декларування в порядку, передбаченому законодавством України для громадян, та із застосуванням до них заходів гарантування<sup>4</sup>.

У контексті останніх законодавчих змін, а саме Закону України від 8 листопада 2018 р. № 2612 “Про внесення змін до Митного кодексу Украї-

<sup>2</sup> Митний кодекс України: Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI. *Офіційний вісник України*. 2012. № 32. Ст. 1175.

<sup>3</sup> Там само.

<sup>4</sup> Там само.

ни та деяких інших законодавчих актів України щодо ввезення транспортних засобів на митну територію України” (далі – Закон № 2612):

Транспортні засоби, що класифікуються за товарними позиціями 8702, 8703, 8704 (загальною масою до 3,5 тонни), 8711 згідно з УКТ ЗЕД, та причеми до них товарної позиції 8716 згідно з УКТ ЗЕД, які ввозяться громадянами-резидентами у зв'язку з виконанням своїх обов'язків за укладеними трудовими договорами з підприємствами-нерезидентами, що підтверджується документами відповідних компетентних органів країни реєстрації підприємства-нерезидента, для цілей цього Кодексу вважаються транспортними засобами особистого користування. Тимчасове ввезення громадянами-резидентами на митну територію України таких транспортних засобів дозволяється на строк до 10 діб за умови письмового декларування в порядку, передбаченому законодавством України для громадян, та із застосуванням до них заходів гарантування, передбачених розділом X цього Кодексу<sup>5</sup>.

Слід також зазначити, що на тимчасово ввезені автомобільні транспортні засоби особистого користування згідно з положеннями ч. 5 ст. 380 МК України діє обмеження:

Тимчасово ввезені транспортні засоби особистого користування можуть використовуватися на митній території України виключно громадянами, які ввезли зазначені транспортні засоби в Україну, для їхніх особистих потреб. <...>

Такі транспортні засоби не можуть використовуватися для цілей підприємницької діяльності та/або отримання доходів в Україні, бути розкомплектовані чи передані у володіння, користування або розпорядження іншим особам<sup>6</sup>.

Крім того, відповідно до положень ч. 8 ст. 380 МК України ‘автомобільні транспортні засоби особистого користування, тимчасово ввезені на митну територію України громадянами більш як на 30 діб, підлягають державній реєстрації<sup>7</sup>.

Деяко лояльніші умови передбачено для переміщення громадянами автомобільних транспортних засобів особистого користування в митному режимі транзиту через митну територію України. І хоча норма ч. 1 ст. 381 МК України дозволяє громадянам поміщувати у митний режим транзиту автомобільні транспортні засоби особистого користування

<sup>5</sup> Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо ввезення транспортних засобів на митну територію України: Закон України від 8 листопада 2018 р. № 2612. *Голос України*. 2018. № 223.

<sup>6</sup> Там само.

<sup>7</sup> Митний кодекс України (н 1).

з метою прохідного транзиту через митну територію України за умови їх письмового декларування в порядку, передбаченому для громадян, та внесення на рахунок органу ДФС України, що здійснив пропуск таких транспортних засобів на митну територію України, грошової застави в розмірі митних платежів, які підлягають сплаті при ввезенні таких транспортних засобів на митну територію України з метою вільного обігу, зазначені вимоги не поширюються на автомобільні транспортні засоби, постійно зареєстровані у відповідних реєстраційних органах іноземної держави, що підтверджується відповідним документом, та переміщуються громадянами-нерезидентами<sup>8</sup>.

Необхідно акцентувати увагу на тому, що до прийняття Закону № 2612<sup>9</sup>, завдяки перевагам, які надавав режим транзиту, досить часто громадяни обирали саме його для того, щоб користуватися доступними вживаними автомобільними транспортними засобами, не знятими з обліку в країні реєстрації. Однак обравши такий спосіб переміщення автомобільного транспортного засобу, громадяни приймали на себе зобов'язання щодо дотримання порядку, умов та строків транзитного перевезення. У зв'язку із тим, що строки транзитного перевезення автомобільного транспортного засобу є доволі обмеженими (відповідно до положень п. 1 ч. 1 ст. 95 МК України – 10 діб та 5 діб у разі переміщення в зоні діяльності однієї митниці<sup>10</sup>), реалізація такої схеми постійно створювала великі черги на пунктах пропуску з країнами Європейського Союзу (далі – ЄС) та дедалі частіше ставала причиною конфліктів так званих “пересічників”.

Більшість громадян, які не мали змоги перетинати митний кордон України кожні 10 днів, застосовували схему “тимчасового ввезення”. Крім того, великої популярності набув “комбінований метод”, за яким автомобільний транспортний засіб спочатку ввозився на митну територію України в режимі транзиту з однієї країни і через 5–10 днів вивозився в іншу країну, а вже потім використовувався режим тимчасового ввезення на термін до одного року і за довіреністю такий автомобільний транспортний засіб передавався у користування громадянину України<sup>11</sup>.

У зв'язку із тим, що все частіше лунали думки про те, що проблема передачі прав користування автомобільними транспортними засоба-

<sup>8</sup> Митний кодекс України (н 1).

<sup>9</sup> Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо ввезення транспортних засобів на митну територію України (н 5).

<sup>10</sup> Митний кодекс України (н 1).

<sup>11</sup> А Пасічник та С Мірошніченко та Д Гаврилюк, ‘Автомобілі на Єврономерах: проблеми митного оформлення та напрями їх вирішення’ *Актуальні проблеми митного контролю та митного оформлення транспортних засобів при переміщенні через митний кордон України* (матеріали науково-практичної інтернет-конференції, м. Ірпінь, м. Хмельницький, 28 травн. 11 червн. 2018 р.) 56.

ми іноземних компаній третім особам за довіреністю потребує негайного вирішення, натепер законодавець встановив, що автомобільні транспортні засоби, які класифікуються за товарними позиціями 8702, 8703, 8704 (загальною масою до 3,5 тонни), 8711 згідно з УКТ ЗЕД, та причепа до них товарної позиції 8716 згідно з УКТ ЗЕД, які ввозяться громадянами-резидентами у зв'язку з виконанням своїх обов'язків за укладеними трудовими договорами з підприємствами-нерезидентами, що підтверджується документами відповідних компетентних органів країни реєстрації підприємства-нерезидента, для митних цілей необхідно вважати транспортними засобами особистого користування<sup>12</sup>. Враховуючи той факт, що відповідно до положень ч. 5 ст. 380 МК України тимчасово ввезені автомобільні транспортні засоби особистого користування можуть використовуватися на митній території України виключно громадянами, які ввезли зазначені транспортні засоби та не можуть бути переданими у володіння, користування або розпорядження іншим особам<sup>13</sup>, вбачається, що проблемі передачі прав користування автомобільними транспортними засобами іноземних компаній третім особам законодавець знайшов досить ефективне вирішення.

Слід зазначити, що згідно з даними офіційної статистики ДФС України, натепер на території України перебувають близько 425,4 тис. автомобільних транспортних засобів з іноземною реєстрацією, серед яких 246,4 тис. – незаконно<sup>14</sup> (при цьому автомобільних транспортних засобів з литовською реєстрацією, як констатує ДФС України, – майже 60 тис.<sup>15</sup>), а з початку 2018 р. (станом на 1 листопада 2018 р.) в Україну було ввезено 173 тис. транспортних засобів особистого користування та комерційного призначення (товарна позиція 8703 згідно з УКТ ЗЕД) з іноземною реєстрацією в режимі “транзит” і 53,1 тис. – у режимі “тимчасового ввезення”, серед яких 122,2 тис. транспортних засобів з іноземною реєстрацією, ввезених цього року в режимі “транзит”, перебувають в Україні з порушенням терміну. Статистики щодо дотримання умов переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів у 2018 р. у режимі тимчасового ввезення натепер немає, оскільки термін

<sup>12</sup> Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо ввезення транспортних засобів на митну територію України (н 5).

<sup>13</sup> Митний кодекс України (н 1).

<sup>14</sup> ‘Авто на “євробляхах”: що обіцяли українцям політики і чого чекати далі’ (*Народна правда*, 8 лютого 2018) <<https://narodna-pravda.ua/2018/02/08/avto-na-yevroblyahah-shho-obitsyal-y-ukrayintsyam-polityky-i-chogo-chekaty-dali>> дата звернення 18 Серпень 2018.

<sup>15</sup> Анатолій Марциновский, ‘Таможня против “євроблях”: поможет ли Вильнюс решить проблему литовских авто’ (*Европейская правда*, 17 ноября 2017) <<https://www.eurointegration.com.ua/rus/articles/2017/11/17/7073796/>> дата обращения 18 Август 2018.



перебування цих автомобільних транспортних засобів на митній території України ще не завершився<sup>16</sup>.

На відміну від офіційної статистики ДФС України, за інформацією представників Спілки автомобілістів України, на території держави перебувають два з половиною мільйони автомобільних транспортних засобів з іноземною реєстрацією<sup>17</sup>. Водночас за даними голови Всеукраїнської Асоціації автомобільних імпортерів та дилерів, лише з литовською реєстрацією станом на січень 2018 р. у режимі транзиту було ввезено 100,9 тис. автомобільних транспортних засобів, а у режимі тимчасового ввезення – 324,5 тис.<sup>18</sup>.

Зазначене переконливо доводить, що досить довгий час нормативно-правове регулювання питання переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів особистого користування не відповідало реаліям сьогодення. При цьому пошук шляхів врегулювання такої критичної ситуації розпочався кілька років тому. Так, Президент України ще у травні 2017 р. доручив Уряду: вжити заходів для невідкладного врегулювання ситуації, що склалася внаслідок недодержання вимог законодавства України з питань державної митної справи при використанні на території України автомобільних транспортних засобів, які зареєстровані відповідними органами іноземних держав, та щодо удосконалення законодавства України, яке регулює питання тимчасового ввезення автомобільних транспортних засобів на митну територію України, їх транзиту територією України, з урахуванням вимог законодавства ЄС та міжнародних договорів України<sup>19</sup>.

ДФС України, оцінюючи ситуацію, яка склалася, неодноразово вказувала на незаконність схем, які застосовуються при ввезенні автомобільних транспортних засобів на митну територію України, кожного разу акцентуючи увагу на необхідності співробітництва з митними адміністраціями іноземних держав (зокрема, Молдови, Литви та Польщі) для зменшення потоку автомобільних транспортних засобів, які ввозяться на митну територію України на номерах з іноземною реєстрацією на основі фіктивних документів<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> ‘Змінено порядок ввезення громадянами транспортних засобів з іноземною реєстрацією’ (Офіційний портал Державної фіскальної служби України, 9 листопада 2018) <<http://sfs.gov.ua/media-tsentr/povini/356785.html>> дата звернення 9 Листопад 2018.

<sup>17</sup> ‘Отримання документів для розмитнення “євроблях” відбуватиметься дистанційно’ (Zik, 28 березня 2018) <[https://zik.ua/news/2018/03/28/otrymannya\\_dokumentiv\\_dlya\\_rozmytnennya\\_ievroblyah\\_vidbuvatymetsya\\_dystantsiyno\\_1294537](https://zik.ua/news/2018/03/28/otrymannya_dokumentiv_dlya_rozmytnennya_ievroblyah_vidbuvatymetsya_dystantsiyno_1294537)> дата звернення 18 Серпень 2018.

<sup>18</sup> Марциновский (н 15).

<sup>19</sup> Про заходи, пов’язані із запровадженням Європейським Союзом безвізового режиму для громадян України: Указ Президента України від 26 травня 2017 р. № 146/2017. Офіційний вісник Президента України. 2017. № 12. Ст. 238.

<sup>20</sup> Марциновский (н 15).

До слова, щодо автомобільних транспортних засобів іноземної реєстрації, яких було ввезено на територію України у митному режимі тимчасового ввезення, досить поширеною була тенденція їх розвороту біля пункту пропуску без фактичного перетину державного кордону з метою завершення митного режиму. Такі дії були неправомірними не тільки з погляду порядку організації митного контролю, а й законодавчого регулювання загалом. При цьому системних законодавчих перетворень, які змогли б похитнути чи взагалі зламати зазначену тіншову схему, що будувалася десятки років, довгий час не спостерігалось<sup>21</sup>. Водночас серед пропозицій, спрямованих на запобігання фіктивного завершення митного режиму “тимчасове ввезення”, – налагодження взаємодії та упорядкування спільних дій посадових осіб Державної прикордонної служби України (далі – ДПС України) та митниць ДФС України. Так, ДФС України пропонувала посадовим особам ДПС України у разі виявлення автомобільних транспортних засобів, водії яких не перетинали державний кордон та поверталися в Україну за власним бажанням після проходження прикордонного та митною контролю, інформувати у пункті пропуску водіїв про вимоги законодавства України щодо порядку перетинання державного кордону та здійснювати облік таких фактів, скасовувати інформацію з бази даних ПТК ПАК “Гарт 1/П” у визначеному порядку та робити запис на виїзному контрольному талоні “повернення за власним бажанням”. Після чого контрольний талон із записом “повернення за власним бажанням” повинен передаватися посадовій особі митниці ДФС України, яка скасує інформацію про виїзд за межі митної території України цього автомобільного транспортного засобу за допомогою діючих функціональних можливостей АСМО “Інспектор” із зазначенням причини “повернення іншими службами” та примітки “повернення службовими особами Державної прикордонної служби України”. Саме такий порядок дій посадових осіб ДПС України та митниць ДФС України, на думку ДФС України, міг стати перепорою до фіктивного завершення митного режиму “тимчасове ввезення”, а особи, які до цього часу таким чином оминали вимоги законодавства України, застосовувати такі схеми більше не змогли б<sup>22</sup>.

Однак комплексного врегулювання проблематики ввезення, митного оформлення та використання автомобільних транспортних засобів з іноземною реєстрацією на митній території України більш-менш вдало-

<sup>21</sup> Питання пропуску через державний кордон осіб, автомобільних, водних, залізничних та повітряних транспортних засобів перевізників і товарів, що переміщуються ними: Постанова Кабінету Міністрів України від 21 травня 2012 р. № 451. *Урядовий кур'єр*. 2012. № 95. С. 20-24.

<sup>22</sup> Про надання інформації: лист Державної фіскальної служби України від 15 травня 2017 р. № 15587/7/99-99-18-01-02-17.

ся досягти тільки з прийняттям Закону № 2612<sup>23</sup> та Закону України від 8 листопада 2018 р. № 2611 “Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування акцизним податком легкових транспортних засобів”<sup>24</sup>.

Вбачається, досить корисним для України став досвід Молдови, яка ще у 2014 р., пішовши на експеримент, дозволила вільно пересуватися автомобільним транспортним засобам з іноземною реєстрацією митною територією держави (а на той час таких транспортних засобів на території Молдови налічувалося близько 35 тис.). При цьому Урядом Молдови було введено на три місяці 70 % знижку на реєстрацію автомобільних транспортних засобів на номерах з іноземною реєстрацією, які були ввезені не пізніше листопада 2016 р. Результати не забарилися – перша декада 2017 р. принесла державному бюджету Молдови понад 15 млн євро та реєстрацію понад 15 тис. таких автомобільних транспортних засобів<sup>25</sup>.

Отже, розв’язати проблему ввезення на митну територію України автомобільних транспортних засобів на номерах з іноземною реєстрацією, зменшити їхню кількість та встановити належний контроль держави за цим процесом законодавець вирішив шляхом удосконалення порядку ввезення громадянами в митному режимі тимчасового ввезення/транзиту автомобільних транспортних засобів, зареєстрованих у відповідних органах іноземних держав, а також використання таких транспортних засобів на митній території України. При цьому тимчасово, протягом 180 днів із дня набрання чинності Законом № 2612, митне оформлення автомобільних транспортних засобів для їх вільного обігу на митній території України, що класифікуються за кодом товарної позиції 8703 згідно з УКТ ЗЕД та ввезені на митну територію України в період з 1 січня 2015 р. до 25 листопада 2018 р. і перебувають у митних режимах тимчасового ввезення або транзиту, повинно здійснюватися з виконанням митних формальностей відповідно до тимчасового порядку, затвердженого Кабінетом Міністрів України<sup>26</sup>.

Слід також зазначити, що протягом 180 днів із дня набрання чинності Законом № 2612, митне оформлення автомобільних транспортних засобів, що класифікуються за кодом товарної позиції 8703 згідно з УКТ ЗЕД, у разі наявності факту недотримання строків та вимог митних режимів “транзит” та “тимчасове ввезення”, здійснюється за умови сплати

<sup>23</sup> Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо ввезення транспортних засобів на митну територію України (н 5).

<sup>24</sup> Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування акцизним податком легкових транспортних засобів: Закон України від 8 листопада 2018 р. № 2611. *Голос України*. 2018. № 223.

<sup>25</sup> Зінаїда Гурська, ‘Молдова і “євробляхи”: однією проблемою менше...’ (*Укрінформ*, 14 січня 2018) <<https://www.ukrinform.ua/rubric-world/2381231-moldova-i-evroblahi-odnieu-problemou-mense.html>> дата звернення 18 Серпень 2018.

<sup>26</sup> Митний кодекс України (н 1).

належних митних платежів та добровільної сплати до державного бюджету фізичною особою, яка є власником такого автомобільного транспортного засобу або уповноважена розпоряджатися ним та декларує його для вільного обігу на митній території України, коштів у сумі, що дорівнює розміру 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (8 500 грн). Водночас, при здійсненні митного оформлення автомобільного транспортного засобу з дотриманням зазначених вище умов, особа, відповідальна за дотримання строків та умов (вимог) митних режимів тимчасового ввезення або транзиту, звільняється від адміністративної відповідальності, передбаченої положеннями МК України (п. 93 розділу XXI)<sup>27</sup>.

Необхідно також наголосити на тому, що протягом 90 календарних днів із дня набрання чинності Законом України “Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування акцизним податком легкових транспортних засобів” ставки податку для окремих автомобільних транспортних засобів (зазначених у пп. 215.3.5-1 п. 215.3 ст. 215 ПК України (крім транспортних засобів товарних підкатегорій 8703 10 18 00, 8703 90 10 10, 8703 90 10 90, 8703 90 90 00 згідно з УКТ ЗЕД)), визначаються із застосуванням коефіцієнта 0,5<sup>28</sup>. З огляду на вказане, акцизний податок було зменшено на 50 % на автомобільні транспортні засоби, які буде розмитнено протягом перших 90 днів після набуття чинності вказаних змін до МК України та Податкового кодексу України (далі – ПК України). Однак, крім акцизного податку, при ввезенні автомобільного транспортного засобу потрібно сплатити ввізне мито (10 % від вартості автомобільного транспортного засобу, а для автомобільного транспортного засобу із ЄС – 5–7,3 %) та податок на додану вартість (ще 20 % від суми митної вартості автомобільного транспортного засобу, акцизного збору та ввізного мита).

Натепер було вирішено і питання відповідальності за порушення положень ч. 5 ст. 380 МК України (використання на митній території України автомобільних транспортних засобів особистого користування іншими особами, які не ввозили зазначені транспортні засоби в Україну, а також їх використання для цілей підприємницької діяльності та (або) отримання доходів в Україні)<sup>29</sup>. Адже до прийняття Закону № 261230 норма, яка передбачала б санкції за порушення положень ч. 5 ст. 380 МК України, була відсутньою. При цьому, наприклад, положеннями ч. 1 ст. 380 МК

<sup>27</sup> Митний кодекс України (н 1).

<sup>28</sup> Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування акцизним податком легкових транспортних засобів (н 24).

<sup>29</sup> Митний кодекс України (н 1).

<sup>30</sup> Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо ввезення транспортних засобів на митну територію України (н 5).

України встановлено, що тимчасове ввезення громадянами-нерезидентами на митну територію України автомобільних транспортних засобів особистого користування дозволяється на строк до одного року. Перевищення встановленого строку тимчасового ввезення є порушенням митних правил, за яке нормами ст. 481 МК України передбачено адміністративну відповідальність<sup>31</sup>.

Беззаперечно, встановлення чіткого механізму здійснення державної митної справи є запорукою повноти результатів її здійснення. При цьому імперативність порядку й умов переміщення через митний кордон України має посилюватися наявністю передбаченої положеннями законодавства України з питань державної митної справи адміністративної відповідальності. Саме тому законодавець намагався досить чітко інтерпретувати у нормах законодавства України з питань державної митної справи майже всі практичні аспекти такої імперативності.

Так, наприклад, порушення заборон щодо переміщення товарів через митний кордон України, обмежень щодо переміщення окремих товарів через митний кордон України, порядку проходження митного контролю в зонах (коридорах) спрощеного митного контролю, а також обмежень щодо вивезення (пересилання) громадянами за межі митної території України окремих товарів – тягне за собою адміністративну відповідальність, передбачену положеннями ст. 471 МК України<sup>32</sup>. Крім того, переліки товарів, на які встановлюються обмеження щодо переміщення через митний кордон України, а також вивезення (пересилання) яких громадянами за межі митної території України не допускається, затверджуються Кабінетом Міністрів України<sup>33</sup>.

Відсутність донедавна в законодавстві України з питань державної митної справи санкцій за використання на митній території України автомобільних транспортних засобів особистого користування іншими особами, які не ввозили зазначені транспортні засоби в Україну, а також їх використання для цілей підприємницької діяльності та (або) отримання доходів в Україні, була суттєвим недоліком та одним із найслабших місць організації тимчасового ввезення громадянами автомобільних транспортних засобів особистого користування на митну територію України, який призводив до колосальних втрат державного бюджету.

<sup>31</sup> Митний кодекс України (н 1).

<sup>32</sup> Там само.

<sup>33</sup> Про затвердження переліків товарів, на які встановлено обмеження щодо переміщення через митний кордон України: постанова Кабінету Міністрів України від 21 травня 2012 р. № 436. *Офіційний вісник України*. 2012. № 40. Ст. 1531; Про затвердження переліку товарів, вивезення (пересилання) яких громадянами за межі митної території України не допускається: Постанова Кабінету Міністрів України від 28 травня 2012 р. № 468. *Офіційний вісник України*. 2012. № 41. Ст. 1579.

Свого часу, враховуючи важливість питання щодо запобігання незаконному використанню на митній території України автомобільних транспортних засобів особистого користування, зареєстрованих у відповідних органах іноземних держав і ввезених громадянами на митну територію України тимчасово чи з метою транзиту, Кабінетом Міністрів України, Міністерством фінансів України та ДФС України здійснено спроби організації та вжиття заходів щодо врегулювання питання проведення спеціальних операцій, направлених на виявлення та припинення їх використання з порушенням митних правил та інших норм законодавства<sup>34</sup>. Однак очевидних результатів, на жаль, досягти не вдалося.

Вирішити питання незаконного використання на митній території України автомобільних транспортних засобів особистого користування іншими особами, які не ввозили зазначені транспортні засоби в Україну, а також їх використання для цілей підприємницької діяльності та (або) отримання доходів в Україні, ймовірно, законодавець зможе шляхом доповнення ст. 469 МК України ч. 4 такого змісту: “Передача транспортного засобу особистого користування, тимчасово ввезеного на митну територію України чи поміщеного у митний режим транзиту, у володіння, користування або розпорядження особі, яка безпосередньо не ввозила такий транспортний засіб на митну територію України чи не поміщувала його у митний режим транзиту, за винятком випадків, коли в транспортному засобі перебуває особа, яка безпосередньо ввозила такий транспортний засіб на митну територію України чи поміщувала його у митний режим транзиту, а так само використання такого транспортного засобу для цілей підприємницької діяльності та (або) отримання доходів в Україні тягнуть за собою накладення штрафу в розмірі двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян”. Необхідно вказати, що положення ч. 4 ст. 469 МК України набудуть чинності лише через 180 днів із дня, наступного за днем опублікування положень Закону № 2612<sup>35</sup>.

Як уже було зазначено, значну частину автомобільних транспортних засобів, які ввозяться громадянами, зокрема й у режимі тимчасового ввезення, становлять автомобілі, зареєстровані на території Литовської Республіки. На жаль, чимало таких автомобілів, які курсують дорогами України, є вже знятими з обліку на території Литовської Республіки або ж дозвіл на їхню участь у міжнародному русі припинено литовською стороною.

<sup>34</sup> Щодо вжиття заходів: лист Державної фіскальної служби України від 14 червня 2018 р. № 17946/7/99-99-20-01-02-17.

<sup>35</sup> Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо ввезення транспортних засобів на митну територію України (н 5).

Вбачається, що одним із найефективніших заходів боротьби з недодержанням вимог законодавства України з питань державної митної справи при використанні на території України автомобільних транспортних засобів, яких зареєстровано відповідними органами іноземних держав та ввезено на митну територію України в режимі тимчасового ввезення, буде виявлення Національною поліцією на дорогах загального користування автомобілів, знятих з обліку на території іноземної держави або ж дозвіл на участь у міжнародному русі яких припинено та притягнення у встановленому порядку водіїв таких транспортних засобів до відповідальності, передбаченої ст. 121 Кодексу України про адміністративні правопорушення, в частині керування транспортним засобом, не зареєстрованим або не перереєстрованим в установленому порядку<sup>36</sup>.

Для ефективного виконання поставленого завдання досить суттєве значення має організація на постійній основі взаємодії ДФС України та Національної поліції в частині контролю за дотриманням водіями порядку використання автомобільних транспортних засобів на митній території України, недопущення порушення обмежень, встановлених МК України, а також удосконалення порядку реєстрації та обліку транспортних засобів<sup>37</sup>.

Слід вказати, що питання налагодження взаємодії ДФС України та Національної поліції у цьому аспекті час від часу набувало своє вирішення у формі передання ДФС України до органів Національної поліції інформації про транспортні засоби, ввезені на митну територію України тимчасово або з метою транзиту та яких протягом встановленого терміну не було вивезено за межі митної території України, з метою перевірки та виявлення знятих з обліку автомобілів та автомобілів, дозвіл на участь яких у міжнародному русі припинено; передання Національною поліцією до органів ДФС України інформації про осіб, яких в установленому порядку притягнуто до відповідальності за керування транспортним засобом, не зареєстрованим або не перереєстрованим в установленому порядку, з метою перевірки та реагування відповідно до законодавства з питань державної митної справи у випадках виявлення ознак порушення митних правил<sup>38</sup>.

Проте, насамперед, для ефективного втілення законодавчих новацій щодо взаємодії органів ДФС України з правоохоронними органами при

<sup>36</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-Х. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.

<sup>37</sup> Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо ввезення транспортних засобів на митну територію України (н 5).

<sup>38</sup> Щодо вжиття заходів: лист Державної фіскальної служби України від 14 червня 2018 р. № 17946/7/99-99-20-01-02-17 (н 34).

виконанні покладених завдань, необхідно розробити чітку електронну злагоджену координацію роботи митниць ДФС України та Міністерства внутрішніх справ України щодо контролю за державною реєстрацією автомобільних транспортних засобів особистого користування, тимчасово ввезених на митну територію України громадянами, у строки, встановлені законодавством, а також контролю за цільовим використанням та (або) передачею автомобільних транспортних засобів особистого користування, тимчасово ввезених на митну територію України чи поміщених у митний режим транзиту, у володіння, користування або розпорядження особам, які не ввозили такі автомобільні транспортні засоби на митну територію України або не поміщували в митний режим транзиту<sup>39</sup>.

Висновки. Отже, досить детально урегулювавши питання переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів особистого користування, довгий час законодавець все ж таки не міг суттєво обмежити масштаби порушень митних правил, пов'язаних з їх використанням на митній території України. Справді, такі порушення були різноаспектними – від порушення строку ввезення автомобільних транспортних засобів особистого користування до їх використання в інших цілях. На жаль, навіть після запровадження законодавчих новацій усіх проблемних аспектів правового регулювання переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів з іноземною реєстрацією не може бути вирішено один раз і назавжди. Ось чому кожен новий етап удосконалення правового регулювання переміщення через митний кордон України автомобільних транспортних засобів має відповідати вимогам часу. Однак, зважаючи на велику соціальну напругу в суспільстві, що склалася стосовно автомобільних транспортних засобів з іноземною реєстрацією, які вже перебувають на митній території України з порушенням вимог режимів, що застосовуються при їх ввезенні на митну територію України, та стосовно прагнень законодавця удосконалити порядок ввезення громадянами в митному режимі тимчасового ввезення/транзиту автомобільних транспортних засобів, зареєстрованих у відповідних органах іноземних держав, а також використання таких транспортних засобів на митній території України, вирішення усіх проблемних аспектів цього питання є неможливим без вироблення у ментальності владних чинів необхідності допомоги на законодавчому рівні. На скільки впроваджені заходи будуть ефективними та сприятимуть інноваційному шляху розвитку державної митної справи, покаже час.

<sup>39</sup> Митний кодекс України (н 1).



## REFERENCES

## List of legal documents

*Legislation*

1. Kodeks Ukrainy pro administratyvni pravoporushennia [Code of Ukraine on Administrative Offenses]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 7 hrudnia 1984 r. № 8073-X. *Vidomosti Verkhovnoi Rady URSR*. 1984. № 51. St. 1122 (in Ukrainian).
2. Mytnyi kodeks Ukrainy [Customs Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 13 bereznia 2012 r. № 4495-VI. *Ofitsiyni visnyk Ukrainy*. 2012. № 32. st. 1175 (in Ukrainian).
3. Pytannia propusku cherez derzhavnyi kordon osib, avtomobilnykh, vodnykh, zaliznychnykh ta povitrianykh transportnykh zasobiv pereviznykiv i tovariv, shcho peremishchuiutsia nymy [On Granting the Permit to Cross the State Border to Individuals, Motor, Water, Railway and Airborne Vehicles of Carriers and Merchandise Imported by Them]: postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 21 travnia 2012 r. № 451. *Uriadovi kurier*. 2012. № 95. S. 20-24 (in Ukrainian).
4. Pro zatverdzhennia perelikiv tovariv, na yaki vstanovleno obmezhenia shchodo peremishchennia cherez mytnyi kordon Ukrainy [On Approval of the Lists of Merchandise Subject to the Restriction on Movement Across the Customs Border of Ukraine]: postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 21 travnia 2012 r. № 436. *Ofitsiyni visnyk Ukrainy*. 2012. № 40. St. 1531 (in Ukrainian).
5. Pro vnesennia zmin do Mytnoho kodeksu Ukrainy ta deiakykh inshykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo vvezennia transportnykh zasobiv na mytnu terytorii Ukrainy [On Amendments to the Customs Code of Ukraine and Some Other Pieces of Legislation of Ukraine Regarding the Importation of Transportation Vehicles to the Customs Territory of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 8 lystopada 2018 r. № 2612. *Holos Ukrainy*. 2018. № 223 (in Ukrainian).
6. Pro vnesennia zmin do Podatkovoho kodeksu Ukrainy shchodo opodatkuvannia aktsyzyim podatkom lehkovykh transportnykh zasobiv [On Amendments to the Tax Code of Ukraine Concerning the Taxation of Passenger Vehicles with the Excise Tax]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 8 lystopada 2018 r. № 2611. *Holos Ukrainy*. 2018. № 223 (in Ukrainian).
7. Pro zatverdzhennia pereliku tovariv, vyvezennia (peresylannia) yakykh hromadianamy za mezhi mytnoi terytorii Ukrainy ne dopuskaietsia [On Approval of the List of Merchandise Which Citizens Are Prohibited to Move (Send) Outside of the Customs Territory of Ukraine]: postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 28 travnia 2012 r. № 468. *Ofitsiyni visnyk Ukrainy*. 2012. № 41. St. 1579 (in Ukrainian).
8. Pro zakhody, pov'iazani iz zaprovadzhenniam Yevropeiskym Soiuzom bezvizovoho rezhymu dlia hromadian Ukrainy [On the Measures Relating to the Introduction by the European Union of a Visa-Free Regime for Citizens of Ukraine]: Ukaz Prezydenta Ukrainy [Decree of the President of Ukraine] vid 26 travnia 2017 r. № 146/2017. *Ofitsiyni visnyk Prezydenta Ukrainy*. 2017. № 12. St. 238 (in Ukrainian).
9. Pro nadannia informatsii [About Provision of Information]: lyst Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy [a Letter from the State Fiscal Service of Ukraine] vid 15 travnia 2017 r. № 15587/7/99-99-18-01-02-17 (in Ukrainian).

10. Pro nadannia informatsii [About Provision of Information]: lyst Ministerstva finansiv Ukrainy [a Letter from the Ministry of Finance of Ukraine] vid 5 kvitnia 2018 r. № 34030-04-3/9400 (in Ukrainian).
11. Shchodo vzhytta zakhodiv [Regarding the Taking of Measures]: lyst Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy [a Letter from the State Fiscal Service of Ukraine] vid 14 chervnia 2018 r. № 17946/7/99-99-20-01-02-17 (in Ukrainian).

## Bibliography

### Conference papers

12. Pasichnyk A ta Miroshnichenko S ta Havryliuk D ‘Avtomobili na Yevronomerakh : problemy mytnoho oformlennia ta napriamy yikh vyrishennia’ [‘Cars on the Euronumbers: Problems of Customs clearance and directions of their solution’] v Prus L ta Popel S (uporiad), *Aktualni problemy mytnoho kontroliu ta mytnoho oformlennia transportnykh zasobiv pry peremishchenni cherez mytnyi kordon Ukrainy: materialy naukovo-praktychnoi internet-konferentsii [Actual Problems of Customs Control and Customs Clearance of Vehicles when Moving Through Customs Border of Ukraine: Proceedings of the Internet Conference]* (Naukovo-doslidnyi tsentr mytnoi spravy 2018) (in Ukrainian).

### Websites

13. ‘Avto na “ievrobliakhakh”: shcho obitsialy ukraintsiam polityky i choho chekaty dali’ [‘Motor Vehicles with EU License Plate Numbers: What Politicians Promised Ukrainians and What Should We Expect Next’] (*Narodna pravda*, 8 liutoho 2018) <<https://narodna-pravda.ua/2018/02/08/avto-na-yevroblyahah-shho-obitsyaly-ukrayintsyam-polityky-i-chogo-chekaty-dali>> accessed 18 August 2018 (in Ukrainian).
14. ‘Otrymannia dokumentiv dlia rozmytnennia “ievrobliakh” vidbuvatymetsia dystantsiino’ [‘Documents for Customs Clearance of Cars with EU License Plate Numbers Will Be Received Remotely’] (*Zik*, 28 bereznia 2018) <[https://zik.ua/news/2018/03/28/otrymannya\\_dokumentiv\\_dlya\\_rozmytnennya\\_ievroblyah\\_vidbuvatymetsya\\_dystantsiyno\\_1294537](https://zik.ua/news/2018/03/28/otrymannya_dokumentiv_dlya_rozmytnennya_ievroblyah_vidbuvatymetsya_dystantsiyno_1294537)> accessed 18 August 2018 (in Ukrainian).
15. ‘Zmineno poriadok vvezennia hromadianamy transportnykh zasobiv z inozemnoiu reiestratsiieiu’ [‘Changes in the Procedure for Importation by Citizens of Transportation Vehicles with Foreign License Plate Numbers’] (*Ofitsiinyi portal Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy*, 9 lystopada 2018) <<http://sfs.gov.ua/media-tsentri/novini/356785.html>> accessed 9 November 2018 (in Ukrainian).
16. Hurska Z, ‘Moldova i “ievrobliakhy”: odniieiu problemoiu menshe...’ [‘Moldova and Cars with EU License Plate Numbers: Minus One Problem...’] (*Ukrinform*, 14 sichnia 2018) <<https://www.ukrinform.ua/rubric-world/2381231-moldova-i-evroblahi-odnieu-problemou-mense.html>> accessed 18 August 2018 (in Ukrainian).
17. Marcinovski A, ‘Tamozhnja protiv “evrobljah”: pomozhet li Vil’njus reshit’ problemu litovskih avto’ [‘Customs vs EuroBlocks: Will Vilnius Help Solve the Problem of Cars from Lithuanian’] (*Evropejskaja pravda*, 17 nojabrja 2017) <<https://www.eurointegration.com.ua/rus/articles/2017/11/17/7073796/>> accessed 18 August 2018 (in Russian).

Alexey Fedotov  
Svetlana Levchenko

EFFICIENCY AND IMPROVEMENT OF LEGAL REGULATION  
OF MOTOR VEHICLES MOVEMENT ACROSS UKRAINE'S  
CUSTOMS BORDER

**ABSTRACT.** The current problematic aspects pertaining to the practical implementation of the provisions of the Ukrainian legislation on the State customs, and also the lack of proper regulation of certain issues, particularly, those related to importation and use of motor vehicles with foreign registration in the customs territory of Ukraine, have become significant obstacles to the innovative development of the State customs. However, positive changes do exist, they have occurred after numerous debates about importation and use of motor vehicles with foreign registration in the customs territory of Ukraine, which were joined by politicians, scientists and the public. At the same time, modernization of the Ukrainian legislation on the State customs highlighted the need for an in-depth analysis of the efficiency of legal regulation of Ukraine's customs border crossing by motor vehicles with foreign registration.

The purpose of this article is to make a transparent monitoring of the Ukrainian legislation applicable to the movement of motor vehicles having foreign registration across the customs border of Ukraine, and also to determine its efficiency, identify problematic aspects and study the ways of resolving them.

Based on the analysis of the national legislation, the author studies the issue of legal regulation of Ukraine's customs border crossing by motor vehicles which are registered in the relevant registration authorities of a foreign state.

The author emphasizes that according to the provisions of the Ukrainian legislation on the State customs, motor vehicles meant for personal use are regarded as merchandize for customs purposes, while motor vehicles intended for commercial use are defined as a means of transportation.

It is established that, despite a rather detailed legal regulation of the issue of movement of motor vehicles intended for personal use across Ukraine's customs border, until recently there was no success of the attempts at significantly limiting the extent of violations of the customs rules relating to their use in the customs territory of Ukraine. At the same time, it is suggested that the problematic aspects which arise when citizens move the motor vehicles which are meant for personal use and registered by the authorized bodies of foreign states across the customs border of Ukraine may be resolved by introduction of a temporary procedure prescribing that the customs formalities in respect of certain motor vehicles covered by the customs regimes of temporary import or transit are made during 180 days, and also by enhancing the responsibility of citizens for violation of the rules of temporary import/transit of motor vehicles imported to the customs territory of Ukraine, and by introduction of the requirement that the State Border Guard Service of Ukraine should inform the State Fiscal Service of Ukraine (Ukraine's SFS) about the facts when persons who breached the customs rules according to the information discovered by the bodies of the Ukraine's SFS have the intention of crossing the State

Олексій Федотов, Світлана Левченко

border of Ukraine, and by establishing of interaction of the bodies of Ukraine's SFS with the National Police with the aim of monitoring the compliance by drivers of the procedure regulating the use of such motor vehicles in the customs territory of Ukraine, and by prevention of non-compliance with the restrictions established by the Customs Code of Ukraine, and also by improving the procedure governing the registration and accounting of motor vehicles.

KEYWORDS: motor vehicle; customs control; customs clearance; customs formalities; non-resident; movement across the border; legal regulation; resident.

## РЕФОРМУВАННЯ ПРАВОСУДДЯ



### Сергій Васильєв

кандидат юридичних наук, доцент,  
адвокат, партнер адвокатського об'єднання "Kairos"  
(м. Київ, Україна)  
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-7403-8162>  
[sv.vasiliev2015@gmail.com](mailto:sv.vasiliev2015@gmail.com)

УДК 347.91; 346.91; 342.91

### ЕКСПЕРТНИЙ ВИСНОВОК У ГАЛУЗІ ПРАВА: НОВАЦІЯ НАЦІОНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

АНОТАЦІЯ. Реформування цивільного, господарського та адміністративного судочинства сприяло виникненню нових процесуальних інститутів та процедур, одним із таких нововведень стала експертиза у галузі права і поява нового учасника судового процесу – експерта з питань права. Аналіз наукових публікацій свідчить, що питання експертного висновку у галузі права ще не стали предметом глибоких досліджень науковців. Як правило, автори звертають увагу більше на організаційні проблеми здійснення вказаної експертизи та на визначення статусу експерта з питань права, тоді як питання становлення висновку експерта в галузі права як у судочинстві зарубіжних країн, так і у національному процесуальному праві, його статус та змістова характеристика залишаються поза увагою.

Мета статті – встановлення форм застосування інституту судової експертизи у галузі права в судочинстві, виявлення недоліків правового регулювання цього інституту та спроба визначення правового статусу експертизи у галузі права в національній моделі судочинства.

Основні результати дослідження пов'язані з аналізом зарубіжного та національного законодавства щодо появи у судочинстві спеціального суб'єкта, який незалежно від правової позиції учасників спору, враховуючи його високий рівень науково-професійної підготовки, і на підставі матеріалів справи та чинного законодавства, має право зробити експертний висновок щодо застосування аналогії закону (аналогії права) чи змісту норм іноземного права. Розглянуто різноманіття форм участі у судовому процесі експертів з питань права, організаційну та змістову природу висновку експерта у галузі права.

У процесі дослідження були зроблені такі висновки: закріплення експертного висновку у галузі права в національному судочинстві слід вважати природним результатом його історичного розвитку; мета участі у судовому процесі експерта з питань права – донести до суду особисту думку визнаного фахівця у галузі права, що

© Сергій Васильєв, 2018

Сергій Васильєв

може сприяти більш якісному захисту відповідних суспільних відносин та ефективному здійсненню правосуддя загалом; основним критерієм для експерта з питань права має бути його статус визнаного фахівця, крім того, є перспективною думка про можливість залучення у ролі такого експерта не тільки фізичної, а й юридичної особи; висновок експерта у галузі права має всі ознаки акта неофіційного доктринального тлумачення; використання у судовій практиці висновку експерта у галузі права сприяє розширенню або зміні нормативної моделі поведінки судді у цивільному, господарському та адміністративному судочинстві.

Ключові слова: науково-правова експертиза; експерт з питань права; висновок експерта у галузі права; акт доктринального тлумачення; цивільне судочинство; господарське судочинство; адміністративне судочинство.

Черговий етап реформування цивільного, господарського та адміністративного судочинства України ознаменувався нормативним закріпленням нових процесуальних інститутів та процедур, які або взагалі не були притаманні національному судочинству і стали його новацією, або отримали сучасну вдосконалену регламентацію, що є результатом природного розвитку процесуальної науки та судової практики. Одним із таких нововведень стала експертиза у галузі права і поява нового учасника судового процесу – експерта з питань права.

Аналіз наукових публікацій свідчить, що питання експертного висновку у галузі права ще не стали предметом глибоких досліджень науковців. Як правило, автори звертають увагу більше на організаційні проблеми здійснення вказаної експертизи та на визначення статусу експерта з питань права (О. Громовой, О. Кармаза, В. Мамутов, Ю. Рябченко), тоді як питання становлення висновку експерта в галузі права як у судочинстві зарубіжних країн, так і у національному процесуальному праві, його статус та змістова характеристика залишаються поза увагою.

Метою дослідження є встановлення етапів і форм застосування інституту судової експертизи у галузі права в судочинстві, виявлення недоліків правового регулювання цього інституту та спроба визначення правового статусу експертизи у галузі права в національній моделі судочинства.

Першу інформацію про юристів, які залучалися до судового процесу для надання висновків щодо застосування права або його тлумачення ми знаходимо вже у римському праві. Так, починаючи з періоду республіки, виділялися юристи, які тлумачили право і давали поради, як слід чинити в тих чи інших спірних ситуаціях (*respondere*). Надалі з'являється *response prudenti*, тобто відповіді, які юристи давали на прохання сторін, з викладенням їхньої думки щодо вирішення будь-яких спірних питань застосування права. Зазначені думки надавалися судді. Коли юристи

не мали єдиної думки з приводу будь-яких питань, суддя мав свободу вирішувати, яку думку прийняти (Гай 1.7.)<sup>1</sup>.

У період преторського права з'являється інститут *amicus curiae* (у пер. з лат. – друг суду) – особа, яка не є стороною у справі, але з огляду на виконуваним ним посадові обов'язки або суспільну місію заінтересована в правильному вирішенні судом конкретної справи і з цією метою подає суду свій компетентний висновок у справі – “*amicus curiae brief*”<sup>2</sup>.

Згодом інститут *amicus curiae* увійшов в англійське право, поширившись у більшості країн, що належать до системи загального права. Як зазначає британський суддя С. Салмон, функцією *amicus curiae* є допомога суду в неупередженому тлумаченні закону або, в разі коли одна зі сторін не представлена в процесі, у висуванні законних аргументів на її користь<sup>3</sup>.

У правилі № 37 Збірника постанов Верховного Суду США<sup>4</sup> вказується, що документ *amicus curiae* повинен звертати увагу Суду на щось, що стосується справи, але не було пред'явлено сторонами. Щоб подати такий документ, *amicus curiae* спочатку повинен отримати письмову згоду обох сторін. У разі відмови однієї зі сторін *amicus curiae* може попросити Суд про дозвіл на подання резюме.

Щоб резюме *amicus curiae* розглядалось як інструмент допомоги суду, воно має відповідати таким умовам.

По-перше, резюме має допомагати описувати деталі або спрощувати виклад основних питань факту чи питань права, які були подані сторонами. Резюме може також подавати приховані у викладі сторін факти і відомості, що допомагають суду прийняти більш поінформоване рішення. Бажано надавати факти й обставини, відмінні від тих, що висувають сторони.

По-друге, резюме *amicus curiae* може зробити акцент на юридичний аналіз аргументів, викладених сторонами.

По-третє, дуже важливо вказувати в резюме “непередбачені наслідки для груп, котрі постали перед судом”. У США судам дуже важливо знати, як їх рішення будуть впливати на інших.

По-четверте, суду важливо знати деталі і тонкощі справи, які можуть бути подані в документі *amicus curiae*. Установи, які виступають як *amicus*

<sup>1</sup> Гай, ‘Институции’ (перевод с латинского Ф. Дыдынского, Юристь 1997) <<http://ancientrome.ru/ius/i.htm?a=1446001000#7>> дата обращения 22 Август 2018.

<sup>2</sup> В Лысенко, ‘Институт *amicus curiae* в теории и практике неправительственных организаций и Европейский Суд по правам человека’ (2008) 9 Российский судья 38-42.

<sup>3</sup> Saha Tushar Kanti, *Textbook on Legal Methods, Legal Systems & Research* (Universal Law Publishing 2010) 94.

<sup>4</sup> Rules of the Supreme Court of the United States (*Adopted*, April 19, 2013) <[https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule\\_37](https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_37)> accessed 22 August 2018.

*curiae*, можуть бути ліпше ознайомлені з обставинами, і суду дуже важливо мати доступ до цієї експертизи<sup>5</sup>.

Інститут *amicus curiae* знайшов застосування й у такому утворенні як Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ або Суд). У статті 36 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1951 р. (далі – Конвенція) передбачено можливість в інтересах належного здійснення правосуддя ‘запропонувати будь-якій Високій Договірній Стороні, яка не є стороною в судовому розгляді, чи будь-якій заінтересованій особі, яка не є заявником, подати письмові зауваження або взяти участь у слуханнях’<sup>6</sup>. При використанні цієї можливості ЄСПЛ і використовує термін *amicus curiae*. Так, наприклад, у справі *Saunders v. the United Kingdom* Суд у п. 66 зазначив:

*Amicus curiae*. Пославшись на деякі міжнародні договори про права людини і чинне право багатьох держав-учасників, Liberty вважала за потрібне, щоб Суд встановив, що стаття 6 перешкоджає отриманню від особи показань свідків проти себе самого, здобутих за допомогою загрози судових санкцій, а також їх використання в кримінальному процесі<sup>7</sup>.

Відповідно до Регламенту ЄСПЛ голова Палати, як тільки скаргу комуніковано владі держави-відповідача, може не тільки запросити будь-яку особу, яка не є заявником, для надання в Суд письмових коментарів, а й може також запросити взяти участь у слуханнях або дати на те дозвіл. Тобто процедура ЄСПЛ надає можливість допускати у ролі *amicus curiae* також і суб’єктів, які самостійно виявили бажання виступити у ній<sup>8</sup>.

Схожою до *amicus curiae* формою правової експертизи у судовому процесі є інститут генеральних адвокатів (юридичних радників) у структурі Суду Європейського Союзу, завдання якого полягає в дотриманні неупередженості та незалежності щодо запропонованих судом справ (ст. 252 Договору про функціонування ЄС<sup>9</sup>). У своєму висновку генеральний адвокат детально аналізує кожен обставину справи, що має значення, причому більш докладно, ніж це робиться у самому судовому рішенні. Формально висновок генерального адвоката не є обов’язковим для суду.

<sup>5</sup> Э Мамедов, ‘Amicus curiae как средство реализации общественных интересов’ <<http://www.hrights.ru/text/b21/Chapter5%202.htm>> дата обращения 22 Август 2018.

<sup>6</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (дата звернення: 22.08.2018).

<sup>7</sup> *Saunders v. the United Kingdom*: Постанова Європейського Суду з прав людини від 17 грудня 1996 р. (скарга № 19187/9). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009> (дата звернення: 22.08.2018).

<sup>8</sup> Лысенко (н 2) 38-42.

<sup>9</sup> Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу з протоколами та деклараціями (станом на 30.03.2010) <[http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_b06](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06)> (дата звернення: 30.08.2018).



Ніццький договір і Статут Суду Європейських співтовариств 2001 р. ввели правило про те, що якщо справа, яка розглядається, ‘не порушує нових питань у сфері права’<sup>10</sup>, то Суд може прийняти рішення про розгляд її без участі генерального адвоката.

Отже, *amicus curiae* – це повсюдно прийнята в правових демократичних державах форма дій в інтересах суспільства. Як видно із самої назви цього інституту, дії ці робляться в інтересах здійснення правосуддя, а не з будь-якою іншою метою. Метою впливу документів *amicus curiae* ніколи не має бути захист інтересів тієї чи іншої процесуальної сторони (це роль адвокатів), хоча, безсумнівно, його результатом може бути вигода для будь-якої сторони процесу. Ділитися з судом своїми знаннями або досвідом не означає прагнення взяти на себе функції суду. Вплив через документи *amicus curiae* завжди відбувається відкрито, у відповідній письмовій формі, з дотриманням поваги до авторитету і значення суду<sup>11</sup>.

На думку Г. Вайпана, роль “друга суду” не зводиться до експертної діяльності, яка за своїм визначенням вбачається об’єктивною і неупередженою. Навпаки, “друг суду” виконує важливу функцію вираження думки тієї чи іншої частини суспільства щодо тих важливих, суспільно значущих питань, які є предметом судового розгляду. У цій ролі *amicus curiae* наближається за своїм процесуальним становищем до сторони спору, проте не зливається з нею: тоді як сторона у справі відстоює свій приватний інтерес, безпосередньо пов’язаний із результатом справи, “друг суду” діє в публічному інтересі. У результаті “друг суду” виконує дві основні функції: по-перше, дослідницьку функцію; по-друге, функцію демократизації правосуддя<sup>12</sup>.

Можливість отримання незалежного висновку з правових питань у судочинстві та різновиди форм таких висновків характерні не тільки для зарубіжних країн та міжнародних утворень, а притаманні у тому чи іншому вигляді і вітчизняним судовим процесам.

Так, існують законодавчі аргументи на користь проведення правової експертизи в Законі України “Про наукову і науково-технічну експертизу”. Стаття 1 цього Закону визначає:

Наукова і науково-технічна експертиза – це діяльність, метою якої є дослідження, перевірка, аналіз та оцінка науково-технічного рівня об’єктів

<sup>10</sup> Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу з протоколами та деклараціями (н 9).

<sup>11</sup> Савомир Цибульський, ‘Amicus curiae как инструмент усовершенствования правовой системы’ <<http://www.hrights.ru/text/b21/Chapter5%203.htm>> дата обращения 30 Август 2018.

<sup>12</sup> Г Вайпан, “Друг суда” (amicus curiae) в российском конституционном судебном процессе: кто он такой и зачем он нужен? <<http://ilpp.ru/projects/litigation/zakljuchenija-amicus-curiae/article>> дата звернення 22 Серпень 2018.

експертизи і підготовка обґрунтованих висновків для прийняття рішень щодо таких об'єктів<sup>13</sup>.

Відповідно до ст. 2 вказаного Закону, завданнями такої експертизи є, зокрема: 'перевірка відповідності об'єктів експертизи вимогам і нормам чинного законодавства'; 'підготовка науково обґрунтованих експертних висновків'<sup>14</sup>.

Науково-правову експертизу проводили, як правило, фахові навчальні та науково-дослідницькі установи, які не потребували будь-якої спеціальної акредитації для здійснення такої діяльності. Крім того, будь-яких обмежень щодо видів судочинства чи категорій справ для проведення науково-правової експертизи національним законодавством не було передбачено.

Аналіз судової практики вищих судових органів дає нам приклади використання таких видів експертиз. Наприклад, юридичними підставами проведення науково-правової експертизи Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького НАН України стали: 1) лист-запит; 2) згода виконавця на проведення експертизи та її кошторис, що відповідно до ч. 2 ст. 154 Цивільного кодексу України є укладанням цивільно-правової угоди про проведення експертного дослідження; 3) статут Інституту (в частині повноважень на проведення науково-правової експертизи); 4) Закон України "Про наукову і науково-технічну експертизу"; 5) наказ Міністерства освіти і науки України від 12 січня 2004 р. № 12 "Про проведення державної акредитації фізичних та юридичних осіб на право проведення наукової та науково-технічної експертизи"; 6) постанова Кабінету Міністрів України від 28 липня 2003 р. № 1180 "Про затвердження переліку платних послуг, які можуть надаватись бюджетними науковими установами"<sup>15</sup>.

Як зазначає В. Мамутов, потреба в проведенні наукової експертизи у певній категорії справ може виникнути в кількох випадках: 1) за відсутності сталої судової практики, зокрема тоді, коли внаслідок неоднозначної інтерпретації тих чи інших правових категорій або за наявності колізій чи прогалин у праві суду важко визначитися з правильним застосуванням положень законодавства; 2) у разі зміни законодавчого регулювання, що має наслідком потребу зміни сталої судової практики; 3) у разі появи нових наукових доктрин, імплементації зарубіжного досвіду в практику вітчизняних судів; 4) при зміні суттєвих економічних,

<sup>13</sup> Про наукову і науково-технічну експертизу: Закон України від 10 лютого 1995 р. № 51/95-ВР. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/51/95-вр> (дата звернення: 22.08.2018).

<sup>14</sup> Там само.

<sup>15</sup> М Сірий, 'Висновок науково-правової експертизи щодо законності визнання приватного нотаріуса спеціальним суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності' [2009] 2(15) Судова апеляція 144.

соціальних умов життя суспільства, коли існує потреба у модернізації, зміні інтерпретації окремих положень законодавства судами тощо<sup>16</sup>.

Відповідно до ст. 47 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” при Верховному Суді утворюється Науково-консультативна рада ‘з числа висококваліфікованих фахівців у сфері права для підготовки наукових висновків з питань діяльності Верховного Суду, що потребують наукового забезпечення’<sup>17</sup>.

У Положенні про Науково-консультативну раду при Верховному Суді України зазначено, що основною діяльністю Науково-консультативної ради при Верховному Суді України є підготовка наукових висновків висококваліфікованими фахівцями у галузі права щодо питань застосування норм права у справах, які стали предметом розгляду у Верховному Суді. Головним завданням Науково-консультативної ради є ефективна взаємодія науки та практики для правильного розуміння, тлумачення та застосування норм закону, тому до повноважень Ради належить ‘підготовка наукових висновків щодо відповідної норми права’<sup>18</sup>.

У зв’язку з ратифікацією Україною Протоколів № 15 та № 16 до Конвенції стало діяти правило, що вищі судові інстанції, з урахуванням особливостей ст. 10 Протоколу № 16, можуть звертатися в ЄСПЛ з клопотанням про надання їм консультативних висновків з питань, пов’язаних із тлумаченням і застосуванням прав і свобод, встановлених Конвенцією та її протоколами (ст. 1 Протоколу № 16 до Конвенції)<sup>19</sup>. Отже, Верховний Суд зможе звернутися до ЄСПЛ з проханням про надання консультативного висновку, але виключно у справах, які перебувають у його провадженні. При зверненні необхідно надати відповідну правову і фактологічну інформацію у справі, яка перебуває на розгляді.

Таким чином, отримання під час розгляду справи у суді від незалежного та незаінтересованого суб’єкта (фахівця-правознавця, наукового або навчального закладу, міжнародної установи) висновку щодо тлумачення чи особливостей застосування правової норми є вже значний час притаманною для судової практики зарубіжних країн та не надто новою подією для національного судочинства. Річ в іншому: судову експертизу

<sup>16</sup> В Мамутов, ‘Проблеми науково-правової експертизи у контексті сталої судової практики судів загальної юрисдикції та Конституційного Суду України’ (2013) 2 Вісник Конституційного Суду України 91.

<sup>17</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закону України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 22.08.2018).

<sup>18</sup> Про затвердження Положення про Науково-консультативну раду при Верховному Суді України: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 19 вересня 2011 р. № 5. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-11> (дата звернення: 22.08.2018).

<sup>19</sup> Про ратифікацію Протоколів № 15 та № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: Закон України від 5 жовтня 2017 р. № 2156-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 45. Ст. 401.

у галузі права було вперше закріплено на рівні процесуального інституту у галузевих процесуальних кодексах України.

Аналіз правових норм, які регулюють інститут судової експертизи у галузі права, виявляє низку питань (проблем) як організаційного, так і змістового характеру. Зупинимось на деяких із них.

Так, ‘як експерт з питань права може залучатися особа, яка має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права’ (ч. 1 ст. 73 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)<sup>20</sup>, ч. 1 ст. 70 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)<sup>21</sup>, ч. 1 ст. 69 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України)<sup>22</sup>). Такий фільтр, як науковий ступінь, має чітку визначеність відповідно до частин 6 та 7 ст. 5 Закону України “Про вищу освіту”: перший науковий ступінь – доктор філософії, другий науковий ступінь – доктор наук<sup>23</sup>, і вважається законодавцем одним зі способів гарантування високого наукового рівня експерта.

Інша вимога до експерта з питань права – бути визнаним фахівцем у галузі права. Вказаний фільтр не визначено у законі та має оціночний характер. Законодавець умисно не надає критерії цього “визнання”: професійний стаж, посада, кількість наукових публікацій та рівень їх цитування (h-індекс) тощо, що є зайвим і може бути обмеженням для використання експертизи, яка нами досліджується.

На нашу думку, особа може бути визнаним фахівцем у галузі права і без наявності наукового ступеня. Якщо особа довгий час працювала в органах прокуратури, юстиції, адвокатури або була керівником юридичного підрозділу, народним депутатом, неодноразово брала участь у наукових (фахових) конференціях, має публікації з питань тлумачення нормативних актів (судової практики) чи коментарів резонансних справ, брала участь у телевізійних передачах, то чи можна її вважати визнаним фахівцем у галузі права? Крім того, Закон України “Про наукову і науково-технічну діяльність” закріплює статус “вченого” – ‘фізична особа, яка проводить фундаментальні та (або) прикладні наукові дослідження і отримує наукові та (або) науково-технічні (прикладні) результати’ (п. 4 абзацу першого ст. 1). Вказані особи *мають право* на здобуття відповідного наукового ступеня (абзац 1 ч. 1 ст. 28), але це не є обов’язком<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Цивільний процесуальний кодекс України в редакції Закону від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 22.08.2018).

<sup>21</sup> Господарський процесуальний кодекс України в редакції Закону від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1798-12> (дата звернення: 22.08.2018).

<sup>22</sup> Кодекс адміністративного судочинства України в редакції Закону від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2747-15> (дата звернення: 22.08.2018).

<sup>23</sup> Про вищу освіту: Закон України від 1 липня 2014 р. № 1556-VII. *Відомості Верховної Ради України*. № 37-38. Ст. 2004.

<sup>24</sup> Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України від 26 листопада 2015 р. № 848-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/848-19> (дата звернення: 22.08.2018).

Влучне зауваження робить і О. Громовой, що науковий ступінь, очевидно, стане перешкодою до залучення іноземних експертів, тоді як в деяких випадках лише іноземний юрист зможе роз'яснити зміст права своєї держави<sup>25</sup>.

Отже, на нашу думку, можливість бути експертом із питань права має залежати тільки від єдиної вимоги – бути визнаним фахівцем у галузі права. Що ж до наукового ступеня, то він може бути додатковою вимогою, але не обов'язковою. При цьому слід пам'ятати, що 'рішення про допуск до участі в справі експерта з питань права та долучення його висновку до матеріалів справи ухвалюється судом' (ч. 1 ст. 73 ЦПК України<sup>26</sup>, ч. 1 ст. 70 ГПК України<sup>27</sup>, ч. 1 ст. 69 КАС України<sup>28</sup>). Тобто суд у кожному випадку підходить до цього питання не формально, а тільки після оцінювання отриманої інформації та наданих документів.

Слід також звернути увагу, що у законодавстві не повно визначено порядок допуску до участі в справі експерта з питань права та залучення його висновку до матеріалів справи. Експерт з питань права є незаінтересованою особою, має специфічну мету участі у процесі – донести до суду особисту думку щодо застосування аналогії закону чи аналогії права, змісту норм іноземного права, що може сприяти більш якісному захисту відповідних суспільних відносин та ефективному здійсненню правосуддя загалом. Очевидно, залучити такого експерта для отримання висновку можуть заінтересовані учасники справи (сторони, треті особи), як кожен самостійно, так і за домовленістю між собою. Можливо, визначати доцільність залучення експерта з питань права мають органи та особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб. Однак, враховуючи мету застосування експертного висновку у галузі права, постає питання про можливість залучення експерта з питань права за ініціативою суду або взагалі вступ такого експерта за власною ініціативою (наприклад, у справах, які ще не мають достатньої судової практики; у так званих резонансних справах; у вирішенні спірних правовідносин, які не мають належного нормативного врегулювання, тощо). Але ж відповіді на зазначені запитання ми зможемо отримати тільки через деякий час, коли буде сформована судова практика щодо інституту судової експертизи у галузі права.

Ще один аспект, який потребує з'ясування, – це правова природа висновку експерта у галузі права. Законодавець закріплює, що 'висновок експерта у галузі права *не є доказом* (курсив наш. – С. В.), має

<sup>25</sup> О Громовой, 'Чи потрібен у суді експерт з питань права, як пропонується в проектах процесуальних кодексів?' (*Судебно-юридическая газета*) <<http://sud.ua/ru/news/blog/106122>> дата звернення 22 Серпень 2018.

<sup>26</sup> Цивільний процесуальний кодекс України (н 20).

<sup>27</sup> Господарський процесуальний кодекс України (н 21).

<sup>28</sup> Кодекс адміністративного судочинства України (н 22).

допоміжний (консультативний) характер і не є обов'язковим для суду<sup>29</sup> (ч. 1 ст. 115 ЦПК України<sup>29</sup>, ч. 1 ст. 109 ГПК України<sup>30</sup>, ч. 1 ст. 113 КАС України<sup>31</sup>). Тобто вказаний висновок експерта не є ані способом формування судових доказів, ані методом судового пізнання фактичних відомостей, що мають значення для справи.

У науковій літературі висловлено думку, що висновок науково-правової експертизи можна вважати 'продуктивною формою функціонування наукової доктрини'<sup>32</sup>. Хоча за деякими ознаками висновок експерта у галузі права дійсно має схожість із правовою доктриною (суб'єкти – вчені-юристи; наявність об'єктивної форми; мета – забезпечення порядку у суспільних відносинах, вирішення юридичних казусів), водночас йому не притаманне державне (законодавче) санкціонування, що наділяє висновок експерта ознакою обов'язковості.

Здається, що за своїм характером діяльність експерта з питань права є спеціальним видом тлумачення права, а висновок експерта, відповідно, є актом *неофіційного* (надається особами, не наділеними владними повноваженнями та має рекомендаційний або інформативний характер), *доктринального* (здійснюється вченими-юристами в процесі наукового дослідження) тлумачення, який може мати *казуальний характер*, оскільки оформлюється при розгляді конкретної судової справи.

Таким чином, проблема юридичної природи судової експертизи у галузі права є головною у процесі формування концепції правової експертизи як засобу підвищення ефективності правосуддя, а висновок експерта є не тільки джерелом відомостей, а й допомогою суддям в уточненні та формуванні власного уявлення про сенс правових норм, що застосовуються у судовому процесі, а також дає можливість судді більш аргументовано подати свою позицію.

І останнє, оскільки висновок експерта у галузі права не є обов'язковим для суду, то суд має зробити самостійні висновки щодо відповідних питань, тобто йдеться про судовий розсуд. Не вдаючись до аналізу цього поняття, зазначимо, що суд має право вирішувати питання на свій розсуд лише у випадках, передбачених законом, і у межах закону, що є аксіомою. Тому застосування суддею *на свій розсуд* результатів експертизи у галузі права при вирішенні справи свідчить про зміну парадигми поведінки судді з виключно нормативної моделі, за якою судові рішення ґрунтуються лише на текстах нормативних актів і наданих доказах, на модель, за якою процес прийняття рішення ґрунтується не тільки на законах і юридичних обставинах конкретної справи, а й на інших ле-

<sup>29</sup> Цивільний процесуальний кодекс України (н 20).

<sup>30</sup> Господарський процесуальний кодекс України (н 21).

<sup>31</sup> Кодекс адміністративного судочинства України (н 22).

<sup>32</sup> Мамутов (н 16) 92.

гальних та екстралегальних факторах. Не випадково у сучасній науковій юридичній літературі активно обговорюються такі моделі поведінки суддів, як емпірична<sup>33</sup>, когнітивна (пізнавальна), соціологічна<sup>34</sup> та ін. Тому дуже актуально звучить думка аргентинського науковця Н. Гузмана: ‘Закон – це щось більше, ніж правило, видане законодавцем. Практичне значення аргументації при застосуванні закону передбачає відмову від суворого представлення закону та *прийняття ролі розуму в правовій дискусії*’<sup>35</sup> (курсив наш. – С. В.).

Висновки. Проведене дослідження надає підстави для таких висновків: 1) підґрунтя залучення до судового процесу незалежного фахівця-правознавця для надання відповідного експертного висновку було закладено ще у часи римського права, а згодом було трансформовано у різноманітних формах у судочинстві як загального, так і континентального права; тому закріплення експертного висновку у галузі права в національному судочинстві слід вважати природним результатом його історичного розвитку; 2) мета участі у судовому процесі експерта з питань права – донести до суду особисту думку визнаного фахівця у галузі права щодо застосування аналогії закону чи аналогії права, змісту норм іноземного права, що може сприяти більш якісному захисту відповідних суспільних відносин та ефективному здійсненню правосуддя загалом; 3) основним критерієм для визначення експерта з питань права має бути його статус визнаного фахівця, крім того, є перспективною думка про можливість залучення у ролі такого експерта не тільки фізичної, а й юридичної особи; 4) висновок експерта у галузі права має всі ознаки акта неофіційного доктринального тлумачення, який може застосовуватися за умови виникнення проблемної ситуації щодо розуміння змісту певної правової категорії; 5) використання у судовій практиці висновку експерта у галузі права сприяє розширенню або зміні нормативної моделі поведінки судді у судочинстві, коли прийняття суддею рішення ґрунтується не лише на законах і юридичних обставинах конкретної справи, а й на інших факторах.

<sup>33</sup> В Гребенников, ‘Актуальные вопросы судебного усмотрения как правоприменительного инструмента разрешения споров в России’ (2017) 1 Образование и право 116.

<sup>34</sup> Г Адьгезалова, *Социологическая юриспруденция США в XX веке: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка* (Юридический центр-Пресс 2012) 270.

<sup>35</sup> Néstor Leandro Guzmán, ‘La argumentación jurídica en la experiencia procesal del derecho’ (*El Dial Express*, 22 June 2009) <<http://www.carlosparma.com.ar/la-argumentacion-juridica-en-la-experiencia-procesal-del-derecho>> accessed 28 February 2018.

## REFERENCES

### List of legal documents

#### *Legislation*

1. Rules of the Supreme Court of the United States (Adopted April 19, 2013) <[https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule\\_37](https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_37)> accessed 22 August 2018 r (in English).
2. Hospodarskyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [The Code of Economic Procedure] v redaktsii Zakonu vid 3 zovtnia 2017 r. № 2147-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1798-12> (accessed: 22.08.2018) (in Ukrainian).
3. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy [The Code of Administrative Court Proceedings of Ukraine] v redaktsii Zakonu vid 3 zovtnia 2017 r. № 2147-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2747-15> (accessed: 22.08.2018) (in Ukrainian).
4. Konsolidovani versii Dohovoru pro Yevropeiskyi Soiuz ta Dohovoru pro funktsionuvannia Yevropeiskoho Soiuzu z protokolamy ta deklaratsiiami [Consolidated Versions of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union with Protocols and Declarations] (stanom na 30.03.2010). URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_b06](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06) (accessed: 30.08.2018) (in Ukrainian).
5. Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms] vid 4 lystopada 1950 r. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (accessed: 22.08.2018) (in Ukrainian).
6. Pro naukovu i naukovo-tekhnichnu diialnist [On Scientific and Scientific Technical Activities]: Zakon Ukrainy [The Law of Ukraine] vid 26 lystopada 2015 r. № 848-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/848-19> (accessed: 22.08.2018) (in Ukrainian).
7. Pro naukovu i naukovo-tekhnichnu ekspertyzu [On the Scientific and Scientific Technical Expert Examination]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 10 liutogo 1995 r. № 51/95-VR. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/51/95-вр> (accessed: 22.08.2018) (in Ukrainian).
8. Pro ratyfikatsiiu Protokoliv № 15 ta № 16 do Konventsii pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod [On Ratification of Protocols Nos. 15 and 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 5 zhovtnya 2017 r. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2017. № 45. St.401 (in Ukrainian).
9. Pro sudoustrii i status suddiv [On the Judicial System and the Status of Judges]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2016 r. № 1402-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (accessed: 22.08.2018) (in Ukrainian).
10. Pro vyshchu osvitu [On Higher Education]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 1 serpnia 2014 r. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2014. № 37-38. St. 2004 (in Ukrainian).
11. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro Naukovo-konsultatyvnu radu pry Verkhovnomu Sudi Ukrainy [On Approval of the Regulations of the Scientific Advisory Council at the Supreme Court of Ukraine]: Postanova Plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine] vid 19 veresnia 2011 r. № 5. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-11> (accessed: 22.08.2018) (in Ukrainian).
12. Tsyvilnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [The Code of Civil Procedure of Ukraine]: v redaktsii Zakonu vid 3 zovtnia 2017 r. № 2147-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (accessed: 22.08.2018) (in Ukrainian).



*Cases*

13. Saunders v. the United Kingdom: 17.12. 1996 (App. № 19187/9). <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>> accessed 22 August 2018.

Bibliography

*Authored books*

14. Kanti Saha Tushar, *Textbook on Legal Methods, Legal Systems & Research* (Universal Law Publishing 2010) (in English).  
 15. Adyhezalova H, *Sotsyolohycheskaia yurysprudentsiya SShA v XX veke: formirovaniye doktryny, razvitye y sovershenstvovaniye pravoporiadka [USA's Sociological Jurisprudence in the XX Century: Doctrine Formulation, Law and Order Development and Improvement]* ("Yurydycheskyi tsentr-Press" 2012) (in Russian).

*Translated books*

16. Gaj, 'Institucii' ["The Institutiones of Gaius] (Perevod s latinskogo F. Dydynskogo, Jurist', 1997) <<http://ancientrome.ru/ius/i.htm?a=1446001000#7>> accessed 22 August 2018.

*Articles*

17. Lisenko V. 'Ynstytut amicus curiae v teoryy y praktyke nepravytelstvennikh orhanyzatsiy y Evropeyskyi Sud po pravam cheloveka' ["The Institute of Amicus Curiae in the Theory and Practice of Non-Governmental Organizations and the European Court of Human Rights"] (2008) 9 Rossyiskyyi sudia 38-42 (in Russian).  
 18. Siryi M. 'Vysnovok naukovopravovoi ekspertyzy shchodo zakonnosti vyznannya pryvatnoho notariusa spetsialnym subiektom zlochyniv u sferi sluzhbovoi diialnosti' ["Expert Opinion Following Scientific Legal Examination on Whether It Is Legitimate to Recognize a Private Notary as a Special Subject of Official Malfeasance"] [2009] 2(15) Sudova apeliatsiia 144 (in Ukrainian).  
 19. Mamutov V. 'Problemy naukovopravovoi ekspertyzy u konteksti staloi sudovoi praktyky sudiv zahalnoi yurysdyksii ta Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy' ["Issues of Scientific Legal Expert Examination in the Context of Sustainable Judicial Practice of General Jurisdiction Courts and the Constitutional Court of Ukraine"] (2013) 2 Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy 92 (in Ukrainian).  
 20. Hrebennykov V. 'Aktualnye voprosy sudebnogo usmotreniya kak pravoprymenitelnoho ynstumenta razresheniya sporov v Rossyy' ["Topical Issues of Judicial Discretion as a Law Administration Tool for Dispute Resolution in Russia"] (2017) 1 Obrazovaniye y pravo 116 (in Russian).

*Website*

21. Mamedov E. 'Amicus curiae kak sredstvo realizatsyy obshchestvennikh ynteressov' ["Amicus Curiae as a Means for Implementation of Public Interests"] (SSRN, 22 January 2018) <<http://www.hrighs.ru/text/b21/Chapter5%202.htm>> accessed 30 August 2018 (in Russian).  
 22. Vaipan H. "'Druh suda" (amicus curiae) v rossiyskom konstytutsyonnom sudebnom protsesse: kto on takoi y zachem on nuzhen? ["A Friend of the Court" (Amicus Curiae) in the Russian Constitutional Court Process: What Is It and What Is It Needed For?"] (SSRN, 22 February 2018) <<http://ilpp.ru/projects/litigation/zakljuchenija-amicus-curiae/article>> accessed 30 August 2018 (in Russian).  
 23. 'Savomyr Tsybul'skyi Amicus curiae kak ynstument usovershenstvovaniya pravovoi systemy' ["Amicus Curiae as a Tool for Improvement of the Legal System"] (SSRN,

Сергій Васильєв

30 January 2018) <<http://www.hrights.ru/text/b21/Chapter5%203.htm>> accessed 30 August 2018 (in Russian).

*Newspaper articles*

24. Guzmán Néstor Leandro, 'La argumentación jurídica en la experiencia procesal del derecho, El Dial Express 22 June 2009 (in Spanish).
25. Hromovoi O, 'Chy potriben u sudi ekspert z pytan prava, yak proponuietsia v proektakh protsesualnykh, kodeksiv?' [Does the Court Need a Law Expert as Proposed by the Draft Procedural Codes?] Sudebno-yurydycheskaia hazeta (Kyiv, 10 lipnya 2017) (in Ukrainian).

Sergii Vasyliev

LAW EXPERT OPINION:  
AN INNOVATION OF THE NATIONAL COURT PROCEDURE

**ABSTRACT.** The reform of civil, economic and administrative court procedure facilitated the origination of new procedural institutions and procedures, and one of these innovations is law expert examination and introduction of a new participant to the court process – law expert. As may be seen from an analysis of scientific publications, the issues pertaining to the law expert opinion have not yet been in the focus of in-depth research by scholars. The authors usually center more often on the organizational aspects of the said expert examination and on defining the law expert's status, while the issue of entrenchment of the law expert opinion in the court procedure of foreign countries as well as in the national procedural law, the expert's status and substantive characteristics are sidelined.

The purpose of the research is to establish the forms for using the institute of law expert examination in the court procedure, and also to identify shortcomings in the legal regulation of this institute and to attempt at determining the legal status of law expert examination in the national court procedure model.

The main results of the research are associated with the analysis of foreign and national legislation regarding the emergence of a special subject in the court procedure who is authorized to give an expert opinion on the application of the analogy of law or the contents of foreign law irrespective of the legal position of parties to a legal dispute, given his/her high scientific and professional expertise and based on the case materials and current legislation. The author reviews the variety of forms of law expert's participation in the court process, and also the organizational and substantive nature of the law expert's opinion.

**Conclusions:** 1) entrenchment of the law expert's opinion in the national court procedure should be regarded a natural result of its historical development; 2) the purpose of a law expert's participation in the court process is to make the court aware of the personal opinion of a recognized expert in law thus contributing to a better protection of respective public relations and to efficient administration of justice in general; 3) for a law expert, the main criterion should be his/her status of a recognized expert, and furthermore, there is a promising idea that not only an individual but also a legal entity may be involved as such an expert; 4) the law expert opinion has all the signs of an act of informal doctrinal interpretation; 5) the use of the law expert's opinion in court practice contributes to the expansion or modification of the normative model of a judge's behavior in civil, economic and administrative court procedure.

**KEYWORDS:** scientific and legal expert examination; law expert; law expert opinion; act of doctrinal interpretation; civil court procedure; economic court procedure; administrative court procedure.

www.pravoua.com.ua

## RATIO DECIDENDI – НОВЕЛИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ\*

### Практика Європейського суду з прав людини

ВИТЯГ ІЗ РІШЕННЯ  
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ  
ВІД 26 ВЕРЕСНЯ 1995 р.  
У СПРАВІ “ФОГТ ПРОТИ НІМЕЧЧИНИ”  
(переклад неофіційний)\*\*

Case of Vogt v. Germany  
(Application no. 17851/91)\*\*\*

28 січня 1972 р. у Федеративній Республіці Німеччина (далі – ФРН) прийняли рішення про неприпустимість перебування на державній службі осіб, які беруть участь у діяльності екстремістських партій та організацій, ув якому ще раз була повторена думка про те, що обов’язок державних службовців – виявляти лояльність вільній демократичній конституційній системі.

Зокрема, у ньому було передбачено: “...членство державних службовців у партіях або організаціях, які виступають проти існуючої конституційної системи, а так само будь-яка підтримка, яка надається ними таким партіям або організаціям неминує веде до конфлікту інтересів. Якщо це спричиняє невиконання службовцями свого обов’язку, роботодавець має право вирішувати, які заходи слід вжити в кожному конкретному випадку”.

Пані Фогт, громадянка ФРН, викладала німецьку та французьку мови, її професійна кваліфікація та службова діяльність були оцінені як цілком задовільні, вона користувалася великим авторитетом у своїх учнів і їхніх батьків, а також повагою з боку своїх колег.

У липні 1982 р. після проведення попереднього розслідування владою округу Везер-Емс видано розпорядження про початок дисциплінарного розгляду щодо пані Фогт на тій підставі, що вона не виконала свого обов’язку політичної лояльності і вірності Конституції, покладеного на неї як на державного службовця відповідно до ст. 61 (2) Закону про

\* Рубрика функціонує під егідою Єдиного порталу аналітики судової практики RATIO DECIDENDI.

\*\* Витяг із рішення Європейського суду з прав людини від 26 вересня 1995 р. у справі “Фогт проти Німеччини”, сформований Л. Сидоровою.

\*\*\* З оригіналом рішення англійською мовою можна ознайомитися за посиланням: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58012>.

державну службу землі Нижня Саксонія (зокрема, у якій передбачено, що “державні службовці зобов’язані усією своєю поведінкою відкрито й активно стояти на боці вільної демократичної системи в сенсі Основного Закону країни і захищати її”).

Як було сказано в розпорядженні, починаючи з осені 1980 р., вона почала брати активну участь у політичній діяльності за дорученням комуністичної партії та на виборах в 1982 р. до парламенту землі Нижня Саксонія була висунута кандидатом від Комуністичної партії Німеччини.

В обвинувальному акті від 22 листопада 1983 р., складеному у зв’язку з дисциплінарним провадженням, було зазначено одинадцять видів суспільно-політичної діяльності, якими заявниця займалася для комуністичної партії, серед яких поширення листівок, участь у політичних мітингах, керівництво місцевою партійною організацією та участь у федеральних виборах 6 березня 1983 р.

Наказом від 12 серпня 1986 р. пані Фогт було тимчасово відсторонено від посади. У повідомленні про відсторонення зазначалося: “Для державного службовця, що перебуває на постійній службі, недопустимо порушувати лояльність. Державні службовці, що мають статус особливої довіри щодо держави і складають присягу захищати закон та свободу, руйнують фундамент довіри, необхідний для продовження їх відносин зі своїми роботодавцями, якщо вони свідомо підтримують партію, мета якої несумісна з конституційним ладом свободи та демократії. Саме таке має місце у цьому випадку”.

Пані Фогт заперечувала, вказуючи на те, що комуністична партія не є забороненою, а її діяльність спрямована на підтримку миру в ФРН та боротьбу проти неофашизму і не може трактуватись як неконституційна.

Дисциплінарна палата Адміністративного суду Ольденбурга залишила в силі обвинувачення пані Фогт щодо перебування її у лавах Комуністичної партії Німецької Демократичної Республіки та в її виконавчому комітеті, ухваливши рішення про її звільнення з посади як дисциплінарне стягнення, але присудила сплачувати пані Фогт протягом шести місяців 75 % винагороди, що їй належала б весь цей час.

Дисциплінарна палата погодилася з тим, що пані Фогт, беручи активну участь у роботі політичної партії, що має антиконституційну мету, незважаючи на те, що діяльність партії не заборонена, порушила обов’язок проявляти політичну лояльність, яка, можливо, обмежує основні права державних службовців, але є одним із традиційних принципів державної служби та має конституційний статус відповідно до Конституції. Крім того, активна участь у діяльності комуністичної партії за усталеною судовою практикою є несумісною з державною службою.

Апеляція пані Фогт була відхилена.

Дисциплінарний суд землі Нижня Саксонія наголосив, що навіть з огляду на те, що Конституційним судом не заборонена діяльність комуністичної партії, це не є перешкодою іншим судам ухвалювати рішення про антиконституційний характер діяльності цієї партії.

Федеральний Конституційний суд прийняв рішення не приймати скаргу пані Фогт на рішення Дисциплінарної палати. При цьому зазначив, що Дисциплінарні суди мали право визнати мету діяльності комуністичної партії антиконституційною, незважаючи на положення п. 2 ст. 21 Основного Закону (щодо порядку та мети створення партій). Звільнення заявниці не стало порушенням принципу пропорційності щодо її конституційних прав. Відповідно, не було і порушення пунктів 2, 3 і 5 ст. 33 Основного Закону, за якими кожному громадянину Німеччини гарантується рівне право перебувати на державній службі відповідно до своєї схильності, здібностей і професійної кваліфікації.

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд), розглядаючи заяву пані Фогт, вказав, що у цьому випадку пані Фогт була штатним державним службовцем з лютого 1979 р. Її перебування на посаді було призупинено в серпні 1986 р., а в 1987 р на неї було накладено дисциплінарне стягнення у вигляді звільнення за невиконання покладеного на всіх державних службовців обов'язку підтримувати систему свободи і демократії в розумінні Основного Закону країни. На думку влади, своєю діяльністю в комуністичній партії та відмовою відмежуватися від неї пані Фогт висловила погляди, ворожі державній системі. Звідси випливає, що дійсно відбулося втручання у здійснення права, що захищається ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція).

Чи було втручання виправданим?

Суд вказав, що подібне втручання є порушенням ст. 10 Конвенції, крім випадків, коли воно “передбачено законом”, має на меті одну або кілька законних цілей, які сформульовані в п. 2 ст. 10, і є “необхідним у демократичному суспільстві” для досягнення зазначених цілей.

ЄСПЛ нагадав, що рівень точності норм національного законодавства, – а воно не в змозі передбачити всіх можливих випадків, – багато в чому залежить від змісту розглянутого правового документа, сфери його дії і статусу адресатів.

Конституційний суд і Федеральний адміністративний суд у цій справі чітко визначили, у чому полягає обов'язок політичної лояльності, який відповідними положеннями федерального законодавства і законодавства земель, включаючи ст. 61 (2) Закону про державну службу Нижньої

Саксонії, покладається на всіх державних службовців. Зокрема, вони встановили, що будь-яка активна участь державного службовця в діяльності політичної партії з антиконституційними цілями, такими як у комуністичної партії, є несумісним із виконанням цього обов'язку. Водночас під час проведення останнього дисциплінарного провадження пані Фогт не могла не знати про це. Тому вона була в змозі передбачити той ризик, до якого вели її політична діяльність і відмова відмежуватися від комуністичної партії. Навіть якби й була, як стверджується, розбіжність у думках між Федеральним адміністративним судом і Федеральним судом із трудових спорів, існування якого Суду так і не вдалося встановити, воно не мало б істотного значення, тому що дисциплінарні суди зобов'язані додержуватися практики Федерального адміністративного суду.

Що стосується аргументу пані Фогт, яке ґрунтується на факті її поновлення на роботі, то останній аж ніяк не свідчить про переконливість цього аргументу. Те, що норма закону може мати більше ніж одне тлумачення, ще не означає, що вона не відповідає критерію “передбачено законом”.

Відповідно, Суд поділяє думку Уряду та Комісії, що втручання було “передбачено законом”.

Проте Суд зобов'язаний розглянути оскаржуване втручання в світлі всієї справи і визначити, чи було втручання “пропорційним поставленій законній меті”, чи були висунуті національною владою аргументи на його виправдання “належними та достатніми”, чи відповідає звільнення пані Фогт “нагальній суспільній потребі”, чи було воно “пропорційним законній меті”. Для цього Суду належить проаналізувати всі обставини справи в світлі тієї ситуації, яка склалася у ФРН у цей період.

Свобода слова є однією з головних підвалин демократичного суспільства та основоположною умовою, яка слугує його прогресу і самореалізації кожного індивіда. При дотриманні вимог п. 2 ст. 10 вона може бути застосована не тільки до “інформації” або “ідей”, які сприймаються позитивно або розглядаються як необразливі або байдужі, а й до таких, які ображають, шокують або вселяють занепокоєння. Такими є вимоги плюралізму, толерантності та відкритості, без яких немає “демократичного суспільства”. Свобода слова в тому вигляді, як вона втілена в ст. 10, схильна до численних винятків, які, однак, повинні тлумачитися обмежено, а необхідність будь-яких обмежень має бути переконливо доведена.

Прикметник “необхідний” у значенні п. 2 ст. 10 передбачає існування “нагальної соціальної потреби”. Договірні Держави мають певну свободу розсуду в оцінці існування такої потреби, але при цьому пе-

редбачається контроль з боку європейських органів, що стосується як самого законодавства, так і рішень правозастосовних органів, зокрема й тих, що ухвалені незалежними судами. Таким чином, Суд уповноважений ухвалювати остаточні рішення з питання про те, чи сумісне “обмеження” зі свободою слова в тому вигляді, в якому вона захищається ст. 10.

Суд виходить із тієї передумови, що демократична держава має право вимагати від державних службовців лояльності щодо конституційних принципів, на яких вона ґрунтується.

Істотним є і те, що в розглянутий період в інших державах – членах Ради Європи не був введений аналогічний за суворістю обов’язок лояльності, і навіть в самій Німеччині це положення трактувалося і виконувалося по всій країні далеко не однаково; у низці земель діяльність на зразок тієї, що є предметом розгляду в цій справі, не вважалася несумісною з виконанням цього обов’язку.

Однак Суд не зобов’язаний давати оцінку системі як такої. Тому він зосередиться на звільненні пані Фогт.

Суд дійшов висновку, що, хоча причини, висунуті Урядом на виправдання свого втручання у здійснення пані Фогт її права на свободу слова, безумовно, заслуговують на увагу, в демократичному суспільстві вони недостатні, щоб переконливо встановити необхідність її звільнення. Навіть допускаючи певний ступінь розсуду у вирішенні цього питання, можна зробити тільки один висновок: звільнення пані Фогт із посади вчителя середньої школи в порядку дисциплінарного стягнення непропорційно з поставленою законною метою.

Відповідно, мало місце порушення ст. 10 Конвенції.

Також Суд дійшов висновку, що заявниця була звільнена із посади на державній службі за її відмову відмежуватися від комуністичної партії, яку вона обґрунтовувала тим, що, на її думку, членство в цій партії не було несумісним із її обов’язком лояльності.

Відповідно, мало місце втручання у здійснення її права, що захищається п. 1 ст. 11.

Таке втручання є порушенням ст. 11, якщо тільки воно не задовольняє вимоги п. 2, які тотожні тим, що викладені в п. 2 ст. 10, за єдиним винятком, коли йдеться про можливість запровадження законних обмежень на здійснення цих прав особами, що входять до складу збройних сил, поліції чи адміністративних органів держави (п. 2 ст. 11).

У цьому питанні Суд згоден із Комісією, що поняттю “адміністративні органи держави” має бути надано вузьке тлумачення з урахуванням тієї посади, яку обіймає відповідний службовець.

На цих підставах ЄСПЛ:

1. Постановив сімнадцятьма голосами проти двох, що ст. 10 Конвенції може бути застосована до цього випадку.
2. Постановив десятьма голосами проти дев'яти, що було допущено порушення ст. 10 Конвенції.
3. Постановив одноголосно, що ст. 11 Конвенції може бути застосована до цього випадку.
4. Постановив десятьма голосами проти дев'яти, що було допущено порушення ст. 11 Конвенції.

### *Правові позиції Верховного Суду*

#### *Адміністративна юрисдикція*

#### ПРО НЕОБХІДНІСТЬ ДОТРИМАННЯ ПРИ ЗВІЛЬНЕННІ СУДДІ п. 1 ст. 6, ст. 8 КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ТА ПРИНЦИПІВ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ТА БЕЗСТОРОННОСТІ\*

С. звернулася до суду з позовом, у якому просила визнати неправомірним та скасувати рішення Вищої ради юстиції від 26 травня 2010 р. у частині підтримання подання члена Вищої ради юстиції щодо звільнення її з посади судді Заводського районного суду міста Дніпродзержинська Дніпропетровської області, посилаючись на те, що в поданні зазначено про порушення нею присяги судді при розгляді справ, при цьому рішення, прийняті нею у цих справах, не скасовані. Крім того, Вища рада юстиції не мала можливості об'єктивно розглянути її справу, оскільки засідання секції цього органу за поданням проведено у 2007 р., а рішення щодо її звільнення з посади судді відповідачем прийнято 26 травня 2010 р. Оскаржуване рішення прийнято за її відсутності і є суттєвим порушенням її прав. Вищій раді юстиції надана необ'єктивна характеристика, оскільки керівництво Заводського районного суду міста Дніпродзержинська Дніпропетровської області ставиться до неї упереджено.

Крім того, 22 липня 2010 р. С. звернулася з позовом до Верховної Ради України про визнання неправомірною та скасування постанови Верховної Ради України від 17 червня 2010 р. № 2352-VI у частині її звільнення з посади судді за порушення присяги судді, оскільки оскаржувану по-

\* Витяг із постанови Великої Палати Верховного Суду від 15 лютого 2018 р. у справі № П-93/10, П-156/10, сформований Л. Сидоровою.



станову прийнято відповідачем із порушенням процедури розгляду, за її відсутності з поважних причин.

Вищий адміністративний суд України (далі – ВАС України) постановою від 23 вересня 2010 р. позовні вимоги задовольнив частково.

Визнав незаконною постанову Верховної Ради України від 17 червня 2010 р. № 2352-VI у частині звільнення С. з посади судді за порушення присяги судді.

У задоволенні позову про визнання неправомірним та скасування рішення Вищої ради юстиції від 26 травня 2010 р. у частині підтримання подання члена Вищої ради юстиції від 12 жовтня 2007 р. суд відмовив.

У своєму рішенні ВАС України зазначив, що численні порушення процесуального законодавства при розгляді позивачем цивільних і кримінальних справ, установлені Вищою радою юстиції, були достатньою підставою для прийняття та внесення подання до Верховної Ради України про звільнення з посади судді у зв'язку з порушенням присяги.

При цьому Верховною Радою України при вирішенні питання стосовно позивача не забезпечено процедурної гарантії щодо права судді бути присутнім на пленарному засіданні Верховної Ради України і надавати свої пояснення.

26 червня 2017 р. до Верховного Суду України надійшла заява С. про перегляд постанови ВАС України від 23 вересня 2010 р. у справі № П-93/10, П-156/10 на підставі п. 3 ч. 1 ст. 237 Кодексу адміністративного судочинства України (у редакції, чинній на момент подання заяви до суду).

У заяві позивач просить скасувати постанову ВАС України від 23 вересня 2010 р. у справі № П-93/10, П-156/10 та ухвалити нове рішення, яким позов задовольнити повністю.

Як на підставу для перегляду постанови ВАС України ОСОБА\_2 посилається на рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд) у справі “Куликов та інші проти України”, яке ухвалене 19 січня 2017 р. (до якого приєднана її заява № 20554/11).

Велика Палата Верховного Суду дійшла такого висновку.

20 березня 2011 р. С. подала до ЄСПЛ заяву проти України, в якій скаржилася на порушення державою Україна її прав, гарантованих статтями 6, 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. (далі – Конвенція), ратифікованої Законом України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР, зазначивши, що провадження щодо її звільнення було несправедливим, суперечило принципу незалежного і безстороннього суду, а звільнення значно вплинуло на її приватне життя.

З огляду на схожість заяви С. з іншими заявами, поданими до Суду громадянами України, які раніше обіймали посади суддів національних судів, усі ці заяви були об'єднані відповідно до п. 1 правила 42 Регламенту Суду.

19 січня 2017 р. Суд ухвалив рішення у справі “Куликов та інші проти України”, зокрема і за заявою С., № 20554/11, яким постановив, що Україна порушила стосовно позивача п. 1 ст. 6 Конвенції у зв'язку з недотриманням принципів незалежності й безсторонності та ст. 8 Конвенції, якою кожному гарантується право на повагу до приватного і сімейного життя.

Суд також постановив, що упродовж трьох місяців від дня, коли рішення стане остаточним відповідно до п. 2 ст. 44 Конвенції, держава-відповідач має сплатити заявнику суму, зазначену у додатку II, а також додатково суму будь-яких податків, що можуть нараховуватися; ці суми мають бути конвертовані у валюту держави-відповідача за курсом на день здійснення платежу.

Так, С. присуджено відшкодування моральної шкоди в сумі 5 тис. євро та, відповідно, відшкодування судових та інших витрат, понесених під час провадження у Суді.

Рішення Суду набуло статусу остаточного 19 квітня 2017 р.

Розглядаючи вказану справу, Суд постановив, що було порушення п. 1 ст. 6 Конвенції, зазначивши, що провадження у Вищій раді юстиції і Верховній Раді України характеризувалося великою кількістю системних і загальних недоліків, які поставили під сумнів принципи незалежності та неупередженості, а подальший перегляд справи судом не усунув ці недоліки (пункти 135, 137 цього рішення).

Суд констатував і порушення ст. 8 Конвенції щодо заявника, встановивши, що звільнення заявника з посади становило втручання у його приватне життя, а також що таке втручання не відповідало вимогам “якості закону” (п. 138 зазначеного рішення).

При цьому у п. 148 рішення Суд, відхиливши прохання щодо вжиття заходів індивідуального характеру шляхом поновлення заявника на посаді, зазначив про впровадження в Україні станом на сьогодні повномасштабної судової реформи, яка включає внесення змін до Конституції та законів України, а також інституційні зміни, та наголосив на тому, що, враховуючи обсяг й обставини заяви, що розглядається, не можна дійти висновку, що ці істотно нові обставини роблять відповідні національні провадження *prima facie* даремними і безрезультатними.

Відповідно до ст. 10 Закону України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду

з прав людини” з метою забезпечення відновлення порушених прав Стягувача, крім виплати відшкодування, вживаються додаткові заходи індивідуального характеру, якими є: відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який стягувач мав до порушення Конвенції (*restitutio in integrum*); інші заходи, передбачені у рішенні.

Відновлення попереднього юридичного стану Стягувача здійснюється, зокрема, шляхом повторного розгляду справи судом, включаючи відновлення провадження у справі; повторного розгляду справи адміністративним органом.

З огляду на висновки ЄСПЛ та відсутність у Великої Палати Верховного Суду процесуальної можливості встановлювати обставини справи, вирішувати питання про достовірність того чи іншого доказу, констатовані Судом порушення конвенційних та національних вимог у справі, що розглядається, справа в частині вирішення позову С. про визнання неправомірним і скасування рішення Вищої ради юстиції від 26 травня 2010 р. у частині підтримання подання члена Вищої ради юстиції передана на новий розгляд до Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду.

### Кримінальна юрисдикція

#### ЩОДО ПРЕЮДИЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ\*

О., працюючи автослюсарем-водієм у ПП “Яцола” і періодично здійснюючи поїздки у Словацьку Республіку, наприкінці лютого 2015 р., маючи на меті корисливий мотив, погодився на пропозицію невстановленої досудовим слідством особи контрабандно перемістити в автомобілі через митний кордон України в Словацьку Республіку три картини: Й. Бокшая “Жорнава”, “Портрет сина” та А. Еріделі “Портрет молодого чоловіка”, які становлять культурну цінність.

Однак О. не довів свій злочинний умисел до кінця, оскільки картини були виявлені в зоні митного контролю митного поста “Ужгород” Закарпатської митниці Державної фіскальної служби України.

Вироком Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 30 вересня 2016 р. О. засуджено за ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 201 Кримінального кодексу України (далі – КК України) до покарання у виді позбавлення

\* Витяг із постанови колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 20 листопада 2018 р. у кримінальному провадженні № 308/4659/16-к, сформований Л. Сидоровою.

волі на строк 5 років без конфіскації майна та на підставі ст. 75 КК України звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком тривалістю один рік.

Ухвалою Апеляційного суду Закарпатської області від 6 грудня 2017 р. вирок суду першої інстанції щодо О. залишено без зміни.

Оскаржуючи до Верховного Суду вирок суду першої інстанції щодо О., адвокат стверджував, що вирок стосується інтересів В.

Зокрема, адвокат посилався на те, що зміст вироку недвозначно стверджує про співучасть В. із засудженим О., створює преюдицію та усупереч презумпції невинуватості встановлює винуватість В. у вчиненні зазначеного злочину.

Відхиляючи касаційну скаргу, касаційний суд вказав, що у доктрині права преюдиції – це загальні положення (правила), з огляду на які особа, яка здійснює оцінку доказів, і суд при постановленні вироку мають право вважати встановленими обставини, що мають значення для вирішення кримінальної справи. Преюдиційні факти не потребують повторного чи додаткового дослідження. Факт преюдиції розцінюється суддею як безспірний, встановлений компетентним органом і як такий, що спрощує оцінку даних.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 17 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню доти, доки її вину не буде доведено у порядку, передбаченому КПК України, і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили.

Згідно з положеннями ст. 337 КПК України судовий розгляд проводиться лише стосовно особи, якій висунуте обвинувачення, виключно в межах висунутого обвинувачення відповідно до обвинувального акта.

Вказаних положень закону дотримано при постановленні вироку щодо О., адже встановлені вироком Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 30 вересня 2016 р. фактичні обставини справи стосуються лише О. та мають юридичне значення лише для нього. І преюдиційного значення для будь-яких інших осіб, зокрема й щодо В., який за його ж твердженням не знайомий із О., не мають.

Крім того, міжнародні стандарти у галузі судочинства послідовно стверджують про неприпустимість нехтування презумпцією невинуватості та правом на справедливий судовий розгляд.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ч. 2 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, ч. 1 ст. 11 Загальної декларації прав людини кожен, кого

обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку.

Межі дії преюдиціальності судового рішення об'єктивно визначаються тим, що встановлені судом у межах його предмета розгляду факти в одній справі можуть мати інше правове значення в іншій справі.

Висновок суду про накладення кримінальної відповідальності на певну особу не може наперед вирішувати питання про винуватість іншої особи у вчиненні кримінального правопорушення, оскільки таке вирішення можливе лише в обвинувальному вирокі суду в межах процедур, передбачених кримінальним процесуальним законом, які містять більш суворі вимоги саме до доказування винуватості особи.

Механічне слідування внаслідок преюдиції було би спробою відкидання презумпції невинуватості неналежним способом – поза встановленою законом і єдиною можливою кримінальною процесуальною процедурою, яка гарантує захист прав обвинуваченого.

Системний аналіз чинного кримінального процесуального закону свідчить про те, що у КПК України містяться достатні гарантії для того, щоб прийняте в такому кримінальному процесуальному порядку судові рішення не викликало сумнівів у його законності та обґрунтованості.

Крім того, слід враховувати й те, що у кримінальному провадженні інше судові рішення може мати преюдиціальне значення не встановлювати заздалегідь висновку про винуватість іншої особи.

Так, всі докази винуватості, тобто причетності до вчинення кримінального правопорушення, форми вини, мотиву і мети вчинених дій (бездіяльності) підлягають дослідженню у змагальному кримінальному процесі з дотриманням права на захист.

Що ж стосується преюдиціальності факту наявності події кримінального правопорушення, то, незважаючи на те, що його може бути встановлено в межах кримінальних процесуальних відносин в іншому провадженні, він може бути прийнятий судом у частині констатації самого діяння.

За таких обставин очевидним є те, що вирок Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 30 вересня 2016 р., яким було встановлено винуватість О., а не В., який навіть не був визнаний учасником кримінального провадження, і має право самостійно захищати свої права, свободи та інтереси, в провадженні, що стосується його безпосередньо, не є преюдиційним щодо В.

## ЮРИДИЧНА ХРОНІКА

Анна Цибуляк-Кустевич

кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри процесуального права  
Чернівецького національного університету  
імені Юрія Федьковича  
(м. Чернівці, Україна)

СУЧАСНІ ВИКЛИКИ ТА АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ  
СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ  
(за матеріалами II Міжнародної науково-практичної  
конференції кафедри процесуального права  
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича  
та кафедри організації судових та правоохоронних органів  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,  
м. Чернівці, 18–19 жовтня 2018 р.)

18–19 жовтня 2018 р. кафедрою процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича спільно з кафедрою організації судових та правоохоронних органів Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого проведено II Міжнародну



© Анна Цибуляк-Кустевич, 2018

Спільне фото учасників конференції  
“Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні”

науково-практичну конференцію “Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні”. Конференція відбувалася у Червоній залі Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича. Співорганізатором конференції виступило Німецько-українське об’єднання юристів. Партнери конференції – Західний регіональний науковий центр Національної академії правових наук України (далі – НАПрН України); Проект Європейського Союзу “Право-Justice”; Українська демократична асоціація; інформаційний партнер – юридичний журнал “Право України”.

Метою конференції став пошук рішень з актуальних проблем реалізації судової реформи в Україні та обмін науковими результатами щодо: актуальних питань функціонування системи судоустрою та регламентації статусу суддів; перспектив розвитку судового права, судового конституціоналізму й інституту конституційної скарги в Україні; проблем застосування процесуального законодавства України; європейського досвіду організації судової влади (ідеї для України) та нових викликів інституту адвокатури й прокуратури в Україні.

У роботі конференції взяли участь представники провідних юридичних шкіл України (Києва, Одеси, Харкова, Львова), НАПрН України, Конституційного Суду України (далі – КСУ), Верховної Ради України, Міністерства юстиції України, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, судді, юристи, а також іноземні експерти з Німеччини, Польщі та Молдови. Загалом Червона зала наймальовничішого університету України зібрала понад 100 учасників (із 16 міст, чотирьох країн).

До початку роботи конференції учасникам презентовано Збірник матеріалів конференції “Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні”<sup>1</sup>.

Офіційними мовами конференції були: українська, англійська, німецька та російська. Усі доповіді перекладалися у синхронному режимі.

На відкритті конференції прозвучали вітальні слова доктора фізико-математичних наук, професора, ректора Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича Степана Мельничука; доктора юридичних наук, заступника Міністра юстиції України з питань виконавчої служби Світлани Глущенко; доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента НАПрН України, Голови Конституційного Суду України Станіслава Шевчука; доктора юридичних наук, професора, академіка НАПрН України, Президента НАПрН України Олександра Петришина; доктора юридичних наук, доцента, завідувача кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федькови-

<sup>1</sup> З його змістом можна ознайомитися за посиланням: <https://goo.gl/jLbaaa>.

Анна Цибуляк-Кустевич



Оксана Щербанюк, Степан Мельничук, Світлана Глущенко  
(з вітальним словом до учасників конференції)

ча ОКСАНИ ЩЕРБАНИЮК; доктора юридичних наук, професора, завідувача кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого Лідії МОСКВИЧ; доктора права, голови Німецько-українського об'єднання юристів РАЙНЕРА БІРКЕ (м. Дюссельдорф, Німеччина); доктора права, судді Земельного суду міста Гамбурга Корнелії ВЬОЛЬК (м. Гамбург, Німеччина); адвоката, короткострокового експерта Проекту ЄС "Право-Justice" КАРСТЕНА МАНКЕ (м. Гамбург, Німеччина); доктора юридичних наук, професора, декана юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича ПЕТРА ПАЦУРКІВСЬКОГО.

У вітальному слові Голови КСУ СТАНІСЛАВА ШЕВЧУКА, зокрема, наголошено, що 2017 р. для України став вирішальним у реалізації судової реформи, завдяки якій відбулися зміни в системі судочинства, судоустрою та правових інститутів.

Запровадження інституту конституційної скарги стало важливою додатковою гарантією у механізмі захисту основних прав і свобод людини та громадянина. Адже на національному рівні саме конституційна скарга здатна захистити людину від свавілля держави.

З моменту запровадження інституту конституційної скарги (3 жовтня 2016 р.) до КСУ надійшла 991 скарга, з яких 685 було повернуто скажникам через невідповідність Закону України "Про Конституційний Суд України" за формою. Колегіями та сенатами було постановлено 223 ухвали про відмову у відкритті проваджень за конституційними скаргами, а по 23 скаргам сьогодні відкриті конституційні провадження. У 2018 р.

www.pravoua.com.ua



кількість конституційних скарг, що повертаються скаржникам на етапі попередньої перевірки Секретаріатом Суду, зменшилася на 18 %. Отже, стає очевидним, що особи, чиї конституційні права порушено, та їхні адвокати успішно опановують цей новий механізм захисту своїх прав.

Завдяки II Міжнародній науково-практичній конференції “Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні” кожен може долучитися до вирішення питань, без яких успішна реалізація судової реформи в Україні неможлива.

Актуальність та важливість проведення конференції з означеної тематики підкреслив і Президент НАПрН України, академік Олександр Петришин, зауваживши, що вона є свідченням розуміння учасниками та організаторами важливості й складності процесу удосконалення системи правосуддя України в контексті інтеграції до європейського співтовариства. На його думку, зміни, які відбуваються сьогодні в суспільно-політичному житті України, вимагають адекватного відображення та вироблення ефективного механізму регулювання суспільних відносин завдяки впровадженню здобутків юридичної освіти і науки в життя українського суспільства. Науковий форум є гарною нагодою осмислити та проаналізувати зміни й трансформації, що відбуваються в судовій системі України, адвокатурі та прокуратурі на сучасному етапі; окреслити стратегії міжнародного співробітництва у сфері судівництва; визначити нагальні проблеми та запропонувати шляхи їх подолання.

Важливим закликом до науковців як творців та ініціаторів змін до законодавства став виступ доктора юридичних наук, професора, академіка НАПрН України, постійного представника Верховної Ради України в КСУ Анатолія Селіванова (м. Київ, Україна). У своїй доповіді “Новітнє уявлення про адміністративну реформу права та управління в Україні: подолання кризових явищ” він звернувся до теорії пізнання права І. Канта, який намагався повернути увагу юристів саме до “живого права”, права у реальній дійсності.

Від учених-адміністративістів рідко можна отримати *ex tunc* (об’єктивно-телеологічне тлумачення), яке слід пов’язувати з інтерпретацією закону адміністративного права з урахуванням сучасних реалій, потреб суспільства. За відсутності такої наукової практики тлумачення забезпечує виявлення найбільш розумного (логістичного) в сучасних умовах смислу закону, змушує суддів адміністративної юстиції орієнтуватися на реалії правозастосування і таким чином повертати законодавцю розуміння норм закону з метою наблизити його до волі справжнього законодавця. Адже існує така гіпотеза, що інформація про волю і цілі законодавця лише посилює необхідність у суддів шукати відповіді не тільки

у наукових коментарях кодексів, окремих законів, а й тлумачити букву закону, що корегує її смисл. При цьому суддя не в змозі скасувати смисл закону, відійти від буквального значення його тексту.

Якщо звертатися до судової практики, в національній адміністративній юстиції недостатньо читати Кодекс адміністративного судочинства України, треба знати і вміти аналізувати акти судового тлумачення, які стають цінністю (джерелом) для наступної судової практики, оскільки лише читання відповідних норм кодексів не спроможне забезпечити навіть поверхове розуміння системи чинного правового регулювання в онтологічному вимірі сучасних реалій.

Насамкінець доповідач ще раз наголосив на важливості врахування при будь-якому правотворенні істинних потреб суспільства та закликав учасників конференції до активності в процесі донесення цих потреб до законодавця.

У руслі людиноцентристської теорії та доктрини природного права прозвучав і виступ доктора юридичних наук, професора, професора кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка (м. Львів, Україна) Оксани Гришук на тему “Роль людської гідності у реформуванні судової системи України”. Вона наголосила, що охорона і захист людської гідності та прав і свобод людини є першочерговим завданням правової держави, зокрема в контексті реформування судової системи.

Розкривши основні елементи принципу гідності, необхідні для підтримання і здійснення людської гідності, доповідач узагальнила, що принцип гідності означає заборону переслідувань, дискримінації, заборони порушення фізичної недоторканності, заборони втручання в свободу думки та переконання (свободу від життя у страху), заборони примушувати до самообвинувачення.

КСУ своїм рішенням від 23 травня 2018 р. № 5-р/2018 вперше в сучасному праві України підкреслив подвійний характер людської гідності як права людини і як джерела прав людини (конституційної цінності).

Доктор юридичних наук, доцент, суддя господарського суду Чернівецької області (м. Чернівці, Україна) Андрій Бутирський у своїй доповіді “До питання про ефективність реформи судової системи в Україні” зауважив, що сьогодні судова реформа не завершена і назвати точні строки її закінчення не уявляється можливим.

Зіставивши цілі, які ставилися перед законопроектом, та їхню практичну реалізацію за час дії прийнятого у 2016 р. Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, доповідач дійшов висновків, що до позитивних рис судової реформи слід віднести те, що вона має комплексний ха-

ракти, тобто реформування здійснюється за всіма напрямками, що так чи інакше впливають на здійснення правосуддя. Також позитивним є підвищення вікових і професійних цензів до кандидатів на посаду судді та запровадження конкурсного принципу призначення судді. Проте досі не вирішеними залишаються проблеми з незалежністю та недоторканістю суддів. Крім того, якомога швидшого вирішення потребує питання завершення процедури кваліфікаційного оцінювання суддів.

Неабиякий інтерес своєю креативністю та новаторством викликав виступ доктора юридичних наук, доцента, професора кафедри цивільного, господарського права та процесу Академії адвокатури України (м. Київ, Україна) Оксани Хотинської-Нор на тему “Судова система України в епоху покоління мілленіалів”.

Досить часто проблеми організації та ефективності судової системи в Україні аналізують як явище саме в собі, без урахування особливостей того соціального середовища, в якому ця система функціонує. Поза увагою залишаються характерні риси суспільства, тип якого відповідає певному історичному часу розвитку, та яке є першоджерелом судової влади в державі.

Сьогодні світ змінюють мілленіали (покоління Y) – люди, які народилися після 1981 р., характерні риси яких дають змогу соціологам, демографам, філософам, політологам, журналістам говорити про цілковито нове покоління з геть іншими уявленнями про світ і себе у ньому.

Розкривши основні риси мілленіалів, автор зазначила, що їхня робота на посаді судді трансформує судову систему зсередини.

Судді *нової генерації a priori* володіють навиками роботи з інформаційними ресурсами та технологіями, що оптимізує процес прийняття рішень, надаючи йому динамічності та економічності; вони прагнуть самовдосконалення і відкриті до нових знань; мілленіали у судовій системі займають активну позицію у питаннях обстоювання як власних інтересів, так і інтересів суддівської корпорації; відсутність кумирів, як характерна риса цього покоління, робить їх незалежними у судженнях та вільними у висловлюванні думок; вони активно позиціонують себе в інформаційному просторі, обмінюючись інформацією, зокрема й у соціальних мережах, презентуючи судову систему широкому загалу тощо.

Утім, оптимізму щодо впливу мілленіалів на розвиток судової системи перешкоджає не менше факторів, аніж тих, що ми навели вище. Крім кризових явищ у суспільстві, державі, її політиці та економіці, вагомим є той факт, що традиційною поки що для судової системи є корпоративна культура, сформована попередніми поколіннями, потрапляючи в яку

Анна Цибуляк-Кустевич

мілленіали змушені пристосовуватися, долаючи бюрократичні процедури прийняття рішень та вирішуючи психологічний конфлікт поколінь.

Серед доповідачів із питань перспектив розвитку судового конституціоналізму та проблем імплементації інституту конституційної скарги виступили доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича (м. Чернівці, Україна) ОКСАНА ЩЕРБАНЮК (“Право на конституційну скаргу як невід’ємна складова судово-правової реформи”) та доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (м. Харків, Україна) ЛІДІЯ МОСКВИЧ “Статус Конституційного Суду в контексті конституційної реформи 2016 р.”.

Зокрема, Л. Москвич звернула увагу на те, що нова редакція конституційних норм породила нову хвилю наукових дискусій з приводу статусу КСУ. За звичайних обставин наукові дискусії є позитивним рушійним механізмом розвитку практики та правової системи, але у цьому випадку було закладено вибуховий механізм, здатний поставити під сумнів забезпеченість режиму правової держави. До прикладу, вже у своїй Постанові від 14 березня 2018 р. Велика Палата Верховного Суду назвала КСУ органом “більшою мірою політичним, ніж судовим”, посилаючись на порядок формування КСУ та зміст його функцій. І хоча Велика Палата Верховного Суду однозначно не зазначила, що КСУ є політичним органом, так само як однозначно і не заперечила, що він є органом судової влади, однак зазначений акт яскраво демонструє неоднозначність розуміння правового статусу КСУ.

Грунтуючись на ст. 6 Конституції України, враховуючи обсяг компетенції КСУ, зміст повноважень цього органу, його правовий статус слід визначати як органу судової влади, наділеного виключною компетенцією конституційної юрисдикції. Такий підхід не суперечитиме Конституції України, оскільки там немає жодної норми, яка заперечила б віднесення КСУ до системи органів судової влади. По суті, змістом діяльності цього суду є юридичний спір (відповідність конституції актів політичних інститутів), а будь-який юридичний спір підпадає під юрисдикцію судів (ч. 3 ст. 129 Конституції України). Крім того, делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються (ч. 2 ст. 129 Конституції України). З цього випливає, по-перше, КСУ є саме судом у власному змісті інституту судової влади, по-друге, його юрисдикція (конституційна) має бути відмінною від юрисдикції (конституційної) інших органів. Враховуючи, що видів конституційної юрисдикції всього два –

судова та політична – правовий статус КСУ має визначатись як орган судової конституційної юрисдикції.

О. Щербанюк наголосила, що в ситуаціях порушення законами прав і свобод людини критерієм загального блага є “конституційна скарга”.

Специфіка цих конституційних судових правовідносин породжує у громадянина, за умови прийнятності та належності до юрисдикції КСУ, статус суб'єкта конституційних судових правовідносин із державою в особі Верховної Ради України. Єдиний орган законодавчої влади отримує статус відповідального суб'єкта, з яким повинен бути розглянутий спір у конституційному судочинстві. Конституційна скарга не тільки визначає напрям та розвиток конкретного процесу, в якому особа може реалізувати належні їй конституційні права, а й зобов'язує її виконувати обов'язки, враховуючи “правовий реалізм”, дотримуватись встановлених законом процедур конституційного судочинства. Право громадян на конституційну скаргу породжує процесуальну рівність учасників конституційного провадження та особливу роль КСУ, який здійснює вольовий зв'язок між учасниками процесу.

Державна влада в особі Верховної Ради України, яка прийняла закон, а також Президент України, який його підписав та оприлюднив, повинні перед КСУ відповідати за його конституційність, соціальну прийнятність у суспільному вимірі досягнення його мети. Пріоритет прав та свобод людини є найвищим критерієм для законодавця як регулятора суспільних відносин.

Таким чином, конституційна скарга громадян через реформу судової влади 2016 р. нарешті стала базовим елементом правового життя, підтвердженням пріоритету прав і свобод людини перед будь-яким законом, який їх обмежує, має примусити владу до самообмеження і врахування конституційних цінностей. Причому йдеться не тільки про новий підхід до формування правової культури, а й про нове суспільне усвідомлення законодавчої практики.

Значну увагу у межах тематики конференції приділено проблемам застосування процесуального законодавства України, адже дієвість та досконалість останнього, без сумніву, є однією з головних умов ефективності судової реформи.

Завідувач кафедри загальноправових дисциплін Інституту управління і права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, член правління Німецько-українського об'єднання юристів, доктор юридичних наук, професор (м. Київ, Україна) Борис Поляков розповів про останні новели законодавця, що спрямовані на вирішення проблеми зниження рівня стягнення кредитної заборгованості через процедуру

Анна Цибуляк-Кустевич

банкрутства в доповіді “Проблеми неповернення банківських кредитів в Україні”.

Висвітливши поняття, умови, переваги, недоліки та порядок здійснення добровільної фінансової реструктуризації, доповідач навів твердження на користь того, що саме Закон України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” залишається сьогодні економічно та юридично вигідним не тільки кредиторам, а й боржникам.

Процедура банкрутства для боржників є більш привабливою формою врегулювання боргів, а тому господарюючі суб’єкти неохоче дають згоду на фінансову реструктуризацію. Процедура банкрутства дає змогу позбутися кредитної заборгованості з мінімальними економічними втратами і ось чому є популярною серед боржників.

Інакше кажучи, фінансова реструктуризація порівняно з процедурою банкрутства містить вкрай низькі стимули для участі в ній як для боржника, так і кредиторів. А відсутність чіткого зв’язку між цими процедурами є останнім аргументом на користь справи про банкрутство. Саме процедура банкрутства ставить остаточну крапку у вирішенні всієї заборгованості перед кредиторами, зокрема й щодо повернення банківських кредитів.

Майбутнє бачиться в удосконаленні правового регулювання добровільної фінансової реструктуризації з тим розрахунком, щоб це було економічно вигідно як банкам, боржнику, так і кредиторам.

Доктор юридичних наук, професор, залужений юрист України, завідувач кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури

[www.pravoua.com.ua](http://www.pravoua.com.ua)



Учасники конференції

Київського національного університету імені Тараса Шевченка (м. Київ, Україна) Світлана Фурса, повертаючись до аналізу доповідей попередньої конференції, що відбулася у жовтні 2017 р. у Чернівцях, та з урахуванням власного практичного досвіду, під час свого виступу на тему “Спрощене позовне провадження в цивільному судочинстві: проблемні питання законодавчої регламентації і практики” зауважила, що вимоги нового Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) нині у судовій практиці не виконуються і навела на підтвердження яскравий приклад того, що вимога розумності строків, оптимізації процесу не дотримується.

Будь-якої відмінності між позовним загальним і спрощеним провадженням у судовій практиці не існує. Тому наші з вами доповіді, наукові доробки наштовхуються на реальну дійсність – банальну недисциплінованість реформованого, оновленого, але реального сучасного українського суду. Викривлення положень законодавства у цивільному судочинстві завжди називали судовою практикою, а фахівців, які наполягали на дотриманні вимог законодавства, – теоретиками, відірваними від практичної роботи.

Щодо строків розгляду судом справ, передбачених ч. 2 ст. 210 чинного ЦПК України: “Суд розглядає справу по суті протягом тридцяти днів з дня початку розгляду справи по суті”. Якщо ж довести буквально редакцію цієї норми до безглуздя, то вийде, що суд одну справу розглядає по суті протягом 30 днів. Це викликає чимало запитань.

Далі, зупинившись на аналізі понятійного апарату, закладеного у ст. 19 ЦПК України, С. Фурса продемонструвала, що його загальний стан є недосконалим, а його неоднозначність дає змогу використовувати поняття з різною правовою метою і не завжди вона є правомірною.

Обґрунтовуючи недосконалість та суперечливість правового регулювання спрощеного провадження у чинному ЦПК України, доповідач застерегла, що не варто сприймати висловлені зауваження як відмітання ідеї спрощеного провадження, але коли на новоствореній платформі – спрощеному провадженні, яке не пройшло випробування часом, пропонується будувати усе цивільне судочинство і, при цьому, абсолютно відходити від традиційної моделі українського судочинства, то не важко передбачити, які негативні наслідки від таких нововведень можуть настати.

Припустивши, що український законодавець і надалі активно перейматиме зарубіжний досвід, С. Фурса зауважила, що слід виважено подивитися на те, як неконкретно виписані норми цивільного процесуального законодавства України і припинити запозичувати іноземний досвід без широкого публічного критичного обговорення з фахівцями. Інакше

Анна Цибуляк-Кустевич

будь-яка новація в нашій країні призводитиме до хаосу і народ просто перестане довіряти суддям, які будуть не здатні правильно сприйняти вимоги законодавства, і кожний суддя стане його застосовувати на власний розсуд.

Доктор юридичних наук, професор кафедри правового регулювання економіки Навчально-наукового інституту “Юридичний інститут ДВНЗ “Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана” (м. Київ, Україна) МАРИНА СТЕФАНЧУК у своєму виступі “Оскарження рішень, дій або бездіяльності виконавців щодо виконання судового рішення: колізія правової регламентації” зауважила, що очевидною є неузгодженість положень ч. 1 ст. 74 Закону України “Про виконавче провадження”, в частині визначення переліку суб’єктів права на оскарження та суду, до якого подається така скарга, з нормами процесуальних кодексів, які регламентують аналогічні правовідносини.

Стан такої правової невизначеності провокує ускладнення в реалізації заінтересованою особою права на ефективний засіб юридичного захисту.

Детально продемонструвавши неузгодженість означених норм, доповідач підсумувала, що напрям вирішення цих суперечностей повинен опосередковуватися складом правовідносин, що стали предметом колізії цих нормативно-правових актів.

З цього приводу слід зауважити, що спір між фізичною чи юридичною особою з державним виконавцем чи іншою посадовою особою органу державної виконавчої служби є публічно-правовим спором, вирішення якого є завданням адміністративного судочинства.

Вбачається за доцільне ч. 1 ст. 74 Закону України “Про виконавче провадження” викласти в редакції, за якою *рішення, дії чи бездіяльність виконавця та посадових осіб органів державної виконавчої служби щодо виконання судового рішення можуть бути оскаржені сторонами, іншими учасниками та особами до суду, у порядку, передбаченому процесуальним законом*. Така редакція дасть змогу усунути колізію процесуальних норм, а також наблизить правове регулювання відносин у сфері оскарження рішень, дій чи бездіяльності виконавця та посадових осіб органів державної виконавчої служби щодо виконання судового рішення до принципу правової визначеності як одного з елементів верховенства права.

Доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри юридичних дисциплін Донецького юридичного інституту МВС України (м. Маріуполь, Україна) Людмила Ніколенко свій виступ на тему “Типові та зразкові справи як новели сучасної судової реформи” розпочала з того, що в онов-



лених процесуальних кодексах законодавець запропонував уніфіковану процесуальну термінологію та уніфікований підхід до структури й змісту окремих правових інститутів.

Процесуальне законодавство отримало й нові інститути, які не були раніше апробовані в жодному з видів національного судочинства. Так, особливу увагу слід звернути на інститут розгляду типових і зразкових справ, що запроваджений тільки в адміністративному судочинстві. В останній час непоодинокими є ідеї додаткового поглиблення процесу уніфікації в частині зазначеного вище інституту стосовно господарського і цивільного процесуальних законів. Проаналізувавши недоліки нормативного закріплення інституту типових та зразкових справ у Кодексі адміністративного судочинства України, доповідач дійшла висновку, що з цією уніфікаційною тенденцією (у межах господарського процесуального закону) неможливо погодитися, та навела аргументи того, що включення в Господарський процесуальний кодекс України інститутів типової та зразкової справи може погіршити ситуацію вирішення господарських спорів.

Тому в процесі реформування всієї судової системи, процесуального законодавства неабиякий акцент повинен робитися саме на врахуванні спеціалізації при розгляді різних категорій спорів задля досягнення максимального захисту прав та інтересів управнених суб'єктів, а надмірне захоплення ідеями уніфікації може вкрай негативно позначитися на якості судового захисту суб'єктів господарювання.

Водночас реформування будь-якого законодавства та вдосконалення практики його застосування ніколи не обходиться без вивчення зарубіжного досвіду й запозичення передових практик, із врахуванням при цьому національних особливостей, традицій та потреб. Саме тому цінними в зазначеному аспекті стали виступи іноземних експертів.

Надзвичайно актуальною в світлі реформ у сфері судоустрою України була доповідь доктора права, голови Вищої ради магістратури Республіки Молдова (м. Кишинів, Республіка Молдова) Віктора Міку на тему "Проблеми, виявлені в результаті реалізації Закону про оптимізацію судової карти в республіці Молдова і методи їх вирішення". Науковець підтримав тезу попередніх доповідачів про те, що недопустимими є явища, коли закони приймаються без врахування істинних потреб суспільства та без належного експертного обговорення. Зокрема, було наголошено, що Пленум Вищої ради магістратури Молдови у своїх рішеннях двічі викладав зауваження та обґрунтовував поправки, з метою усунення розбіжностей у редакції цього проекту й запобігання виникненню перешкод у процесі здійснення правосуддя в Республіці Молдова; однак вони не були враховані при доопрацюванні проекту Закону.

Згідно з новою судовою картою Молдови (Закон від 21 квітня 2016 р. № 76) створено 15 нових судових інстанцій, ліквідовано Окружний комерційний суд і Військовий суд. Зміни не стосувалися чисельності суддів в країні, а лише кількості судів першої інстанції.

З метою підвищення ефективності процесу реорганізації судової системи реорганізація запланована в два етапи. Протягом першого етапу суди, утворені в результаті реорганізації, адміністративно зможуть мати кілька офісів. Другий етап реорганізації судової системи полягає в об'єднанні судових офісів, що передбачає скорочення кількості офісів для кожного суду до одного офісу.

Проаналізувавши результати оцінок, що стосуються впливу реорганізації і витрат-переваг злиття офісів судів, В. Міку окреслив низку проблем, що виникли в результаті реорганізації судових інстанцій та озвучив способи їх вирішення, що спрямовані на справедливий розподіл завдань між судовими інстанціями, ефективне використання державних коштів та створення умов для спеціалізації суддів. На його думку, одні недоліки можна буде усунути лише після об'єднання судових офісів, а інші – шляхом перегляду судової карти і нормативної бази.

Про німецький досвід організації окремих правових інститутів розповіли гості з Німеччини: доктор права, адвокат, Голова правління Українсько-німецької асоціації юристів (м. Дюссельдорф) РАЙНЕР БІРКЕ (“Німецький кримінально-процесуальний кодекс: основні положення та реформування”); доктор права, професор Бізнес-школи міста Вісбаден (м. Вісбаден) РАЙНЕР ВЕДДЕ (“Міжнародні економічні спори у судах Німеччини”); доктор права, суддя Земельного суду міста Гамбурга КОРНЕЛІЯ ВЬОЛЬК (“Огляд судочинства з цивільних справ у Німеччині”); доктор права, суддя апеляційного соціального суду міста Гамбурга АНДЕРС ЛЕОПОЛЬД (“Уповноважені із захисту особистих даних у судах”); адвокат (м. Гамбург) ВАЛЕРІЯ ВОЛЛЕЗЕН (“Виконання рішень судів України на території Німеччини”).

Доктор права, професор кафедри європейського права юридичного факультету Університету у Білостоці (м. Білосток, Республіка Польща) Мечислава Зданович у виступі на тему “Медіація як альтернативний спосіб вирішення спорів” проаналізувала міжнародне правове регулювання мирного вирішення спорів (методи вирішення міжнародних суперечок, сферу повноважень та завдання медіатора, завдання держави-посередника в суперечці, основні правила й переваги медіації) та розповіла про медіацію в Польщі. Щодо останнього питання зазначено, що у 2010 р. створено мериторичний осередок, що займається проблемою медіації в Міністерстві юстиції, та мережу координаторів з питань медіації. Нині

кількість координаторів становить понад 120 осіб (суддів, судових кураторів, медіаторів) у восьми апеляційних судах, всіх окружних судах, а також для шести округів – у районних судах.

Немає центрального регулювання вимог щодо медіаторів, тому існує велика кількість неурядових і корпоративних організацій, які відіграють важливу роль у просуванні медіації, а також у встановленні її внутрішніх стандартів. Ці організації формують свої власні норми у таких сферах: навчання, вимог, які висуваються до кандидатів, які бажають стати медіаторами, методів ведення медіації, етичних стандартів і позитивної професійної практики. Такі правила мають внутрішній характер і стосуються медіаторів, об'єднаних у цій організації.

Врегулювання спорів шляхом медіації допускається у багатьох галузях (цивільних, господарських, трудових, сімейних, кримінальних, судово-адміністративних справах та справах щодо неповнолітніх).

Нині найбільше медіація проводиться у кримінальних і цивільних справах. У 2011–2012 рр. дуже динамічно вона розвивалася у кримінальних і господарських справах.

У зв'язку з активними інтеграційними процесами, актуальним на шляху до формування в Україні громадянського суспільства є вивчення досвіду європейської громадянської ініціативи. Результати оцінки практичної ефективності цього інструменту озвучено доктором права, професором кафедри європейського права юридичного факультету Університету у Білостоці (м. Білосток, Республіка Польща) Анною Долива-Клепацькою в доповіді на тему “Європейська громадянська ініціатива як приклад інструменту демократичного впливу на легіслаційний процес”.

Європейська громадянська ініціатива впроваджена в право Європейського Союзу (далі – ЄС) з огляду на Лісабонську угоду (2007 р.) з метою збільшення впливу громадян ЄС на легіслаційний процес і зміцнення демократії в ЄС. Використання цієї можливості має сприяти підвищенню рівня участі громадян членів-держав цього утворення в політичному житті, а також створення свідомого громадянського суспільства.

Як слушно зазначається у юридичній літературі, дійсна роль цього нового інструменту, перш за все, залежатиме від ступеня мобілізації громадян ЄС, їхньої свідомості, а також бажання брати участь в європейських справах. Фінальна ефективність у цій сфері часто вимагає багаторічної участі чисельної та організованої групи громадян, яка має необхідну логістичну й фінансову підтримку.

Реальним викликом для організаторів ініціативи є саме ініціювання міжнародного діалогу з питання, яке сприймається як істотне для біль-

Анна Цибуляк-Кустевич

пості громадян ЄС. Важливим є вибір предмета ініціативи – шанси на успіх має тільки “серйозна ідея” універсального характеру.

З 1 квітня 2012 р. було представлено близько 70 ініціатив. У 21 із них було відмовлено в реєстрації, оскільки вони не підпадають під компетенцію Комісії, а 14 були відкликани організаторами. Нині вісім зареєстрованих ініціатив перебувають на етапі збору заяв про підтримку і тільки п’ять – отримали необхідну кількість підписів. У науковій літературі все-таки з’являються правильні зауваження щодо “недосконалості” прийнятих рішень. Зокрема, вони стосуються того, що Комісія не зобов’язана автоматично почати роботу над підготовкою легіслаційної пропозиції в ситуації, якщо встановить, що предмет громадської ініціативи перебуває у межах її компетенції.

Не залишилися поза увагою учасників конференції нові виклики інституту адвокатури в Україні. Адже, як слушно зауважила доктор юридичних наук, завідувач кафедри організації судових, правоохоронних органів та адвокатури Національного університету “Одеська юридична академія”, адвокат, секретар дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури (м. Одеса, Україна) НАНА БАКАЯНОВА, – неможливо здійснити реформу судоустрою, судочинства, залишивши осторонь суміжні правові інститути. У своїй доповіді “Виклики та проблеми реформи адвокатури в Україні” вона нагадала, що чинний Закон України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” прийнято відповідно до Спільного Висновку Європейської комісії “За демократію через право” (Венеціанська Комісія) та Дирекції з питань правосуддя та людської гідності в складі Генеральної Дирекції з прав людини та верховенства права Ради Європи, прийнятого Венеціанською Комісією на 88-й Пленарній сесії 14–15 жовтня 2011 р. Таким чином, реформа є необхідною, проте оновлення законодавства не означає відкидання здобутків юридичної спільноти, яка тривалий час опікується реформуванням адвокатури, спираючись на історичний досвід діяльності української адвокатури та досвід європейських колег.

Намагаючись дати об’єктивну оцінку потребам суспільства у сфері професійної правничої допомоги, доповідач звернула увагу на проблеми, які існують в адвокатурі: ускладнення доступу громадян та юридичних осіб саме до правничої допомоги та правосуддя; ускладнений доступ до професії внаслідок стрімкого підвищення попиту на отримання статусу адвоката у юрисконсультів приватних підприємств, господарських товариств, працівників юридичних служб державних органів та органів місцевого самоврядування і водночас тривалий період очікування на складення кваліфікаційного іспиту у кваліфікаційно-дисциплінарних комісіях адвокатури; доцільність удосконалення системи органів адво-

катського самоврядування із застосуванням такого підходу, який увібрав би в себе як елементи централізму, так і децентралізації.

З метою формування ефективної концепції нового законодавства точка зору адвокатської спільноти має бути почута законодавцем, адже майбутні умови здійснення адвокатської діяльності прямо пов'язані із запровадженням запропонованих змін.

Доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (м. Харків, Україна) Тетяна Вільчик у виступі на тему “Комунікація суддів та адвокатів: міжнародні стандарти та практика України” зазначила, що за своєю конституційною природою і соціально-правовим змістом інститут адвокатури перебуває у тісному взаємозв'язку з інститутом судової влади. Це викликає необхідність дослідження нових форм комунікації між адвокатурою та судом, принципів такої взаємодії, зокрема й з урахуванням міжнародних стандартів та європейського досвіду.

На основі аналізу Висновків Консультативної ради європейських суддів, Рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи, Постанов Верховного Суду та національної судової практики доповідач зауважила, що для побудови конструктивних відносин між адвокатами та суддями слід враховувати відповідну практику Європейського суду з прав людини, зокрема у справах: *The Sunday Times – United Kingdom* (1979 р.); *Čeferin v. Slovenia* (2018 р.) тощо.

Можливість існування широкого трактування поняття “неповага до суду” і закріплення суворих санкцій за діяння, в яких виражається така неповага, можливо тільки в тому випадку, коли принципи законності і верховенства права, рівності й незалежності учасників процесу не будуть декларативними, а їх дотримуватимуться всі учасники процесу, зокрема й судді.

Проаналізовано національну судову практику в справах про адміністративне правопорушення, передбачене ст. 185<sup>3</sup> Кодексу України про адміністративні правопорушення, щодо адвокатів (за період з 2016 по 2018 рр.) та зауважено, серед іншого, що іноді судді притягують адвокатів до адміністративної відповідальності за неповагу до суду без законних на те підстав.

Доповідач завершила свій виступ висновком про необхідність законодавчого закріплення норм, які забезпечили б належний баланс між потребою дотримуватися шанобливого ставлення до авторитету судової влади і необхідністю адвоката в межах своїх повноважень виконувати обов'язки захисника (представника) у справі. Необхідність дотримання

Анна Цибуляк-Кустевич

зазначеного балансу між усіма учасниками провадження, зокрема й суддями, повинна розглядатись як одна з основних умов належного здійснення правосуддя.

Кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (м. Харків, Україна) ОЛЕКСАНДР ШАНДУЛА у доповіді “Короткий аналіз забезпечення права особи на безоплатну правову допомогу в Україні та Республіці Казахстан” (здійснений за критеріями – термінології, обсягу (повне або часткове) та джерел (державний та (або) місцевий бюджети) фінансування, видів гарантованої державою юридичної (правничої) допомоги), підсумував, що в обох державах продовжується формування системи безоплатної юридичної допомоги. В Україні передбачено більш складну і структуровану систему надання безоплатної правничої допомоги залежно від її видів і суб’єктів надання. Водночас у Республіці Казахстан надання гарантованої державою юридичної допомоги включається до набору мінімальних соціальних стандартів, які гарантуються державою. Її система є більш простою і забезпечується за активної участі колегій адвокатів.

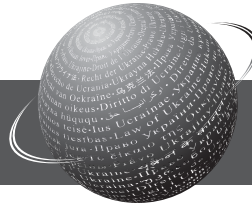
Визначною подією для колективу кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича стало завершення процесу укладення Меморандуму про взаєморозуміння між кафедрою процесуального права ( правонаступником кафедри правосуддя) Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича та Німецько-українським об’єднанням юристів. Меморандум підписали завідувач кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича ОКСАНА ЩЕРБАНЮК та голова Німецько-українського об’єднання юристів РАЙНЕР БІРКЕ. Переконані, що підписання Меморандуму сприятиме інтеграції в Європейський освітній простір професорсько-викладацького складу кафедри та розширить освітні можливості для студентів юридичного факультету.

Щиро дякуємо усім партнерам та учасникам конференції за внесок у проведення такого знакового та масштабного дійства й інтерес до роботи конференції! Дуже приємно, що різноманітні аспекти судової реформи України стали предметом активного обговорення і жвавих дискусій провідних українських і зарубіжних теоретиків та практиків. Одногосними учасниками були в одному: питання судової реформи в Україні залишаються актуальними й нині, а подібні наукові заходи та наукові рішення нагальних проблем розбудови правової держави повинні відображатися у спільних рекомендаціях та бути адресованими органам й особам, які в силах втілити їх у практичну площину.

www.pravoua.com.ua

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

# ПРАВО УКРАЇНИ



[www.pravoua.com.ua](http://www.pravoua.com.ua)

e-mail: [editor.pravoua@gmail.com](mailto:editor.pravoua@gmail.com)

ІНФОРМАЦІЯ  
ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ  
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

*Передплата*  
юридичного журналу “Право України” здійснюється  
у поштових відділеннях ПАТ “Укрпошта”  
(ПЕРЕДПЛАТНИЙ ІНДЕКС – 74424),  
у редакції журналу  
за адресою: вул. Багговутівська, 17–21,  
м. Київ, 04107, Україна  
тел./факс: +380(44) 537–51–11  
на веб-сайті видання:  
<http://www.pravoua.com.ua>

*Відомості про передплату*  
юридичного журналу “Право України”  
вміщено у Каталозі видань України на 2019 р. (с. 176)

*Електронні версії номерів журналу*  
можна замовити на веб-сайті видання:  
<http://www.pravoua.com.ua>

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

# “ПРАВО УКРАЇНИ”

11  
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 19.12.2018. Формат 70x100/16.  
Папір офсетний. Офсетний друк.  
Ум. друк. арк. 18,85. Обл.-вид. арк. 15,09.  
Зам. 1220-1818. 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](http://www.pravoua.com.ua)

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,  
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Виготовлено в друкарні  
ТОВ «Видавничий Дім «АртеК»  
Україна, 04050, м. Київ, вул. Мельникова, 63,  
тел. +380(67) 440-11-37  
[artek.press@ukr.net](mailto:artek.press@ukr.net)  
[www.artek.press](http://www.artek.press)  
[www.book-on-demand.com.ua](http://www.book-on-demand.com.ua)  
Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготівників  
і розповсюджувачів видавничої продукції  
Серія ДК № 4779 від 15.10.2014 р