

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ

Заснований у 1922 р.

Видається щомісячно

Генеральний директор
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

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

Голова Редакційної ради
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
РУСЛАН СТЕФАНЧУК

ISSN 1026-9932
DOI: 10.33498/Юцн-2020-07

Головна редакторка
докторка юридичних наук, професорка
ВІКТОРІЯ РЕЗНІКОВА

Адреса редакції
вул. Багговутівська, 17–21
м. Київ, 04107, Україна
тел.: +380(44) 537-51-10

Вебсайт: <http://www.pravoua.com.ua>
Імейл: editor.pravoua@gmail.com
Офіційна сторінка у мережі “Фейсбук”:
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua>

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань України з юридичних спеціальностей
(наказ Міністерства освіти і науки України від 14 травня 2020 р. № 627)

Бази даних періодичних видань *Ulrichsweb (Ulrich's Periodicals Directory)* (США)
(з 2002 р.)

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)
(з 2014 р.)

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

Бази даних періодичних видань з гуманітарних і соціальних наук *ERIH PLUS*
(*European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences*) (Норвегія).
(з 2020 р.)

ВИДАВЕЦЬ

© Юридичне видавництво “Право України”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Василь ТАЦІЙ, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Юрій ШЕМШУЧЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Е. БАТЛЕР (WILLIAM E. BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій БИТЯК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вячеслав БОРИСОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ГОНЧАРЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ДЕНИСОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола КОЗЮБРА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр КРУПЧАН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олена ЛУКАШЕВА, д. юрид. наук, чл.-кор. РАН (Росія); Василь НОР, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Юрій ОБОРОТОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; В'талій ОПРИШКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України; Микола ПАНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро ПРИТИКА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ПЕТРО РАБІНОВИЧ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій СЕЛВАНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола СЕЛВОН, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь СІРЕНКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; МАЙДАН СУЛЕЙМЕНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Іван ТИМЧЕНКО, к. юрид. наук, старш. наук. співроб., акад. НАПрН України; Володимир ТИХИЙ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ШАПОВАЛ, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Руслан СТЕФАНЧУК (голова), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вікторія РЕЗНИКОВА (головна редакторка), д. юрид. наук, проф.; Ірина ВЕНЕДІКТОВА (перш. заст. голови), д. юрид. наук, проф.; Олег ПОСИКАЛЮК (перш. заст. головної редакторки), к. юрид. наук, доц.; Тетяна КОЛОМОЄЦЬ (заст. головної редакторки), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ольга СЕРЕДА (заст. головної редакторки), к. юрид. наук, доц.; Юрій ГАЛАЄВСЬКИЙ (заст. головної редакторки), засл. юрист України; НАТАЛІА АНТОНЮК, к. юрид. наук, доц.; ЮРГЕН БАЗЕДОВ (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Віктор БАЗОВ, к. юрид. наук; СЕРГІЙ БАЛАШЕНКО, д. юрид. наук, проф. (Білорусь); КРИСТІАН ФОН БАР (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій БАРАБАШ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ЄВГЕН БАРАШ, д. юрид. наук, проф.; Олександр БАТАНОВ, д. юрид. наук, проф.; Юрій БАУЛІН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир БЕВЗЕНКО, д. юрид. наук, проф.;

Антоніна Бобкова, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор Бойко, д. юрид. наук, проф.; Олександр Брьостл (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Володимир Бурдін, д. юрид. наук, проф.; Ганна Буяджи, к. юрид. наук; Валентина Васильєва, д. юрид. наук, проф.; Тетяна Вільчик, д. юрид. наук, проф.; Марсело Галуппо (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Данило Гетманцев, д. юрид. наук, проф.; Анатолій Гетьман, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Головатий, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Віктор Грищук, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Гудима, к. юрид. наук, доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Наталя Гуторова, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Довгерт, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Дроздов, к. юрид. наук, доц.; Віктор Єрмолаєв, д. юрид. наук, проф., Володимир Єрмоленко, д. юрид. наук, проф.; чл.-кор. НАПрН України; Володимир Журавель, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Задихайло, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Джозеф Зігеле (JOSEF SIEGELE), Doctor of Law (Austria); Алієв Амір Ібрагім, д. юрид. наук, проф. (Азербайджан); Тетяна Кагановська, д. юрид. наук, проф.; Іван Калаур, д. юрид. наук, проф.; Оксана Капліна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ніна Карпачова, к. юрид. наук, доц.; Олена Кібенко, д. юрид. наук, доц.; Віктор Колісник, д. юрид. наук, проф.; Олександра Кологойда, д. юрид. наук, проф.; Анатолій Колодій, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Комаров, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Тетяна Комарова, д. юрид. наук, доц.; Тетяна Корнякова, д. юрид. наук, проф.; Олександр Костенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Кот, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Олена Кохановська, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Станіслав Кравченко, к. юрид. наук; Володимир Кравчук, д. юрид. наук, проф.; Олександр Кресін, д. юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; Наталя Кузнецова, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Павло Кулинич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Кучерявенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ірина Куян, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Ярослав Лазур, д. юрид. наук, доц.; Василь Лемак, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Леонід Лобойко, д. юрид. наук, проф.; Дмитро Лук'янов, д. юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Луспеник, к. юрид. наук, доц.; Богдан Львов, к. юрид. наук; Павло Любченко, д. юрид. наук, проф.; Роман Майданик, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Максимов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Андрій Мелешевич, д. філософії (Ph.D.), доц.; Олександр Мережко, д. юрид. наук, проф.; Сергій Мінченко, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Анатолій Мірошниченко, д. юрид. наук, проф.; Лідія Москвич, д. юрид. наук, проф.; Анатолій Музика, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Носік, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Онщенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олеся Отраднова, д. юрид. наук, доц.; Наталя Пархоменко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Петро Пацурківський, д. юрид. наук, проф.; Олександр Петришин, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України;

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

РОМАН ПЕТРОВ, д. юрид. наук, проф.; ПИЛИП ПИЛИПЕНКО, д. юрид. наук, проф.; МИКОЛА ПОГОРЕЦЬКИЙ, д. юрид. наук, проф.; СЕРГІЙ ПОГРІБНИЙ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕГ ПОДЦЕРКОВНИЙ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ЮРІЙ ПРИТИКА, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР ПРОКОПЕНКО, к. юрид. наук; НАТАЛІЯ РАССКАЗОВА, к. юрид. наук, доц. (Росія); МИХАЙЛО САВЧИН, д. юрид. наук, проф.; ІРИНА СЕНЮТА, д. юрид. наук, доц.; СВІТЛАНА СЕРЬОГІНА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕКСАНДР СКРИПНЮК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ІГОР СЛІДЕНКО, д. юрид. наук; КСЕНІЯ СМІРНОВА, д. юрид. наук, доц.; МИХАЙЛО СМОКОВИЧ, д. юрид. наук; МАРИНА СТЕФАНЧУК, д. юрид. наук; МИКОЛА СТЕФАНЧУК, к. юрид. наук, доц.; СЕМЕН СТЕЦЕНКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ХІРОХІДЕ ТАКІКАВА, (HIROHIDE TAKIKAWA), Prof. (Japan); МИХАЙЛО ТЕПЛЮК, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕГ ТКАЧУК, д. юрид. наук, доц.; ВЯЧЕСЛАВ ТРУБА, к. юрид. наук, проф.; ВІТАЛИЙ УРКЕВИЧ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ВОЛОДИМИР УСТИМЕНКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, чл.-кор. НАПрН України; СПИРИДОН ФЛОГАТИС (SPYRIDON FLOGAITIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); СВІТЛАНА ФУРСА, д. юрид. наук, проф.; ДЖАБІР ХАЛІЛОВ, к. юрид. наук, доц. (Азербайджан); ЄВГЕН ХАРИТОНОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; НАТАЛІЯ ХУТОРЯН, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ГАЛІЯ ЧАНИШЕВА, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР ЧИРИЧ (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); СТАНІСЛАВ ШЕВЧУК, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ВАЛЕРІЙ ШЕПІТЬКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; МИХАЙЛО ШУМИЛО, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; ОЛЕКСІЙ ЮЩИК, д. юрид. наук, проф.; ЯЧІКО ЯМАДА (YASHIKO YAMADA) Prof. (Japan); ОЛЕКСАНДРА ЯНОВСЬКА, д. 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; Юридична фірма «Юрлайн»

ПАРТНЕРИ

АО "Адвокатська компанія 'Кайрос'"; ГО "Ліга професорів права"; ГО "Союз юристів України"; Юридичний портал *Ratio Decidendi*; Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України; Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:

“ДОКТРИНА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ”

ВСТУПНЕ СЛОВО.....11

I. Загальні доктринальні засади господарського процесуального права

ОЛЕНА БЕЛЯНЕВИЧ

Мета сучасного господарського процесуального права:
доктринальний погляд13

НАТАЛЯ ІВАНЮТА, НАТАЛЯ ЗАГОРОДНЯ

Трансформація системи джерел господарського
процесуального права32

ТЕТЯНА СТЕПАНОВА

Місце похідного позову в системі захисту
у господарському судочинстві.....44

ОЛЕКСАНДР ХУДЕНКО

Проблеми нормативного визначення економічних спорів57

II. Особливості здійснення правосуддя господарськими судами: доктринальні проблеми та шляхи їх розв'язання

АНДРІЙ БУТИРСЬКИЙ

Окремі аспекти застосування процесуальних строків
у господарському судочинстві.....66

ВІКТОРІЯ РЕЗНИКОВА, МАРІЯ КУРЕЙ

Штраф як форма господарсько-процесуальної
відповідальності78

ІРИНА БУТИРСЬКА

Наказне провадження у господарському судочинстві.....98

ЛЮДМИЛА НІКОЛЕНКО, СЕРГІЙ МАСЛОВСЬКИЙ

Деякі аспекти врегулювання спору за участю судді
у господарському судочинстві.....110

ОЛЕНА ЧЕРНЕНКО

Емоційна складова судового рішення120

ПРАВО УКРАЇНИ • 2020 • № 7 • 5-7

ЗМІСТ

III. Особливості розгляду господарськими судами окремих категорій господарських спорів

АНТОНІНА БОБКОВА, ВАЛЕРІЯ НОВОШИЦЬКА Правова основа розгляду господарським судом спорів за участю іноземних осіб	131
ВАЛЕРІЯ РАДЗИВІЛЮК, РОДІОН ПОЛЯКОВ Проблеми застосування господарсько-процесуальних норм у процедурі банкрутства (неплатоспроможності)	147
АНАСТАСІЯ ПОПОВА Процесуальні особливості розгляду спорів, що виникають із договорів про надання небанківських фінансових послуг	159
ВАДИМ ПОПЕЛЮК Щодо деяких аспектів відповідальності за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів за практикою Верховного Суду	170
ВІКТОРІЯ РЕЗНІКОВА, ІРИНА КРАВЕЦЬ Новітні тенденції розвитку судової практики щодо розгляду господарських спорів, пов'язаних зі здійсненням торговельних операцій	181
Висновки та рекомендації з актуальної теми	200
ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ: “Доктрина господарського процесуального права України”	211

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

ПЕТРО ПАЦУРКІВСЬКИЙ, РУСЛАНА ГАВРИЛЮК Людське право на медіацію	212
--	-----

ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

ІРИНА СОФІНСЬКА Громадянство, міграція та (не)свобода пересування у Європейському Союзі	230
--	-----

ПИТАННЯ КРИМІНОЛОГІЇ

ЕМІЛЬ В. ПЛИВАЧЕВСЬКИЙ, АНДРІЙ БУТИРСЬКИЙ Генезис розвитку економічної злочинності у Польщі	246
--	-----

ІСТОРИКО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ

Володимир Нікіфоренко

Узагальнення історичних періодів формування та розвитку
в Україні системи інтегрованого управління кордонами260

Актуальна тема наступного номера:
“НАРОДОВЛАДДЯ ЧЕРЕЗ ВСЕУКРАЇНСЬКИЙ РЕФЕРЕНДУМ”

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:
“DOCTRINE OF ECONOMIC PROCEDURE LAW UKRAINE”

Introductory Word..... 11

I. General Doctrinal Principles of Economic Procedural Law

OLENA BELIANEVYCH

The Objective of Modern Economic Procedure Law:
The Doctrinal View 13

NATALYA IVANYUTA, NATALIA ZAHORODNIA

Transformation of the System of Economic
Procedure Law Sources 32

TETIANA STEPANOVA

The Place of Derivative Action in the System of Protection
in Economic Court Proceedings 44

OLEKSANDR KHUDENKO

Issues Pertaining to Normative Definition of Economic Disputes..... 57

II. Features of Administering Justice by Economic Courts: Doctrinal Problems and Ways to Solve Them

ANDRII BUTYRSKYI

Certain Aspects in Applying Procedural Deadlines
in Economic Court Proceedings 66

VIKTORIYA RIEZNIKOVA, MARIIA KUREI

Fine as a Form of Economic Procedural Liability..... 78

IRYNA BUTYRSKA

Writ Proceedings in Economic Court Procedure 98

LIUDMYLA NIKOLENKO, SERGIY MASLOVSKYI

Some Aspects of Dispute Settlement with Participation of a Judge
In Economic Court Proceedings..... 110

OLENA CHERNENKO

Emotional Component of a Court Judgment 120

*III. Features of Consideration of Certain Categories of Economic Disputes
by Economic Courts*

ANTONINA BOBKOVA, VALERIIA NOVOSHYTSKA
Legal Framework for Consideration of Disputes Involving
Foreign Persons by an Economic Court 131

VALERIA RADZYVILIUK, RODION POLIAKOV
Issues Pertaining to the Application of Economic Procedure Rules
in Bankruptcy (Insolvency) Proceedings 147

ANASTASIYA POPOVA
Procedural Features of Consideration of Disputes Arising
from Contracts for Non-Banking Financial Services 159

VADYM POPELIUK
On Certain Aspects of Liability for Land Plot Use
Without Executed Documents of Title According
to the Supreme Court Case Law 170

VIKTORIYA RIEZNIKOVA, IRYNA KRAVETS
Latest Trends in the Development of Judicial Practice
as Regards Consideration of Economic Disputes Relating
to Implementation of Trading Transactions 181

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE CENTRAL TOPIC. 200

SELECTED BIBLIOGRAPHY ON THE CENTRAL TOPIC:
“DOCTRINE OF ECONOMIC PROCEDURE LAW UKRAINE” 211

PHILOSOPHY OF LAW

PETRO PATSURKIVSKYI, RUSLANA HAVRYLIUK
Human Right to Mediation 212

PROTECTION OF HUMAN AND CITIZEN’S RIGHTS

Iryna Sofinska
Citizenship, Migration and (Lack of) Freedom of Movement
in the European Union 230

CRIMINOLOGY ISSUES

EMIL W. PLYWACZEWSKI, ANDRII BUTYRSKYI
The Genesis of Economic Crime Development in Poland 246

HISTORICAL LEGAL RESEARCH

VOLODYMYR NIKIFORENKO

Generalization of Historical Periods of Establishment
and Development of the Integrated Border

Management System in Ukraine..... 260

www.pravoua.com.ua

Central Topic of the Next Issue:

“DEMOCRACY BY MEANS OF THE ALL-UKRAINIAN REFERENDUM”

ПРАВО



Актуальна тема номера:
“ДОКТРИНА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО
ПРАВА УКРАЇНИ”

Вступне слово



Вікторія Резнікова

докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри господарського права
та господарського процесу Інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

Господарський процес – це не просто сукупність дій, урегульованих нормами господарського процесуального права, а їх визначена система. Діяльність господарського суду з розгляду підсудних йому справ здійснюється у певній логічній послідовності по стадіях процесу. Процесуальні дії, що їх здійснюють учасники господарського процесу, залежно від мети їх здійснення і змісту, становлять стадії господарського процесу. У кожній стадії процесуальні відносини мають специфічний характер, який визначається об’єктом цих відносин, суб’єктивним складом учасників на кожній стадії, змістом і метою процесуальних дій. Стадія господарського процесу – це сукупність процесуальних дій у конкретній справі, об’єднаних однією метою або спрямованих до однієї певної мети. Кожна стадія виконує свої особливі функції у господарському процесі. Складність і кількість здійснюваних процесуальних дій на кожній стадії процесу залежить від завдань, що ставляться.

Будучи однією з основних категорій господарського процесу, господарська процесуальна форма визначає загальні засади функціонування і розвитку діяльності суду з розгляду господарських справ, співвідношення з іншими видами судочинства та державної діяльності загалом. Тому через формування єдиних і цілісних теоретичних засад побудови господарського процесу поняття господарської процесуальної форми справляє загальний вплив на нормативні приписи, що регулюють господарське судочинство, та практику їхнього застосування. У господарському процесі суд, сторони та інші учасники можуть вчиняти ті дії, що передбачені господарськими процесуальними нормами. Формалізація господарського процесу не є випадковою. Роль і значення процесуальної форми полягає у тому, щоб забезпечити захист дійсно існуючих прав

© Вікторія Резнікова, 2020

суб'єктів господарювання, як і інших учасників господарських відносин, гарантувати ухвалення законних та обґрунтованих рішень.

Господарське процесуальне законодавство, незважаючи на викладення Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) у новій редакції (Закон України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”), продовжує активно вдосконалюватися. Від часу набрання відповідною редакцією ГПК України чинності (з 1 січня 2018 р.) прийнято вже понад десяток законів, спрямованих на внесення численних змін і поправок. Значна частина процесуальних норм міститься і у Кодексі України з процедур банкрутства, що теж зазнає істотних змін, вдосконалюється законодавцем.

За таких умов, зважаючи на виклики сьогодення, вимушені активно розвиватися, трансформуватися та модернізуватися і галузь, і навчальна дисципліна, і, власне, доктрина господарського процесуального права.

Тож поступальний розвиток доктрини господарського процесуального права відбувається під впливом низки об'єктивних чинників і загальних тенденцій. Розуміння таких тенденцій є важливим, оскільки при всій зовнішній уявній оригінальності тих чи інших наукових підходів у сфері господарського процесуального права, галузевого процесуального законодавства фахівці, які мають стосунок до його розроблення, перебувають в історично сформованих межах підходів до правового регулювання та процесуально-правових концепцій, варіантів розв'язання тієї чи іншої проблеми, врегулювання тих чи інших відносин. Віднайти абсолютно оригінальне рішення, аналогів якого раніше не було у вітчизняному чи зарубіжному процесуальному праві, досить складно.

Потреби практики як вихідний первинний матеріал, накладаючись на історично сформовані способи їх вирішення у зарубіжних країнах, у міжнародно-правовому просторі чи в історії нашої країни, стимулюють творчий пошук і, як результат, нове вирішення існуючої проблеми. Безумовно, з багатьох питань можливі й повністю нові, абсолютно оригінальні рішення, особливо на рівні деталізації певної ідеї стосовно конкретного правового інституту. Таким чином, на кожному щаблі розвитку господарського процесуального права зокрема й усієї системи господарського судочинства загалом потрібно обирати найбільш прийнятний і раціональний процесуальний інструментарій, який адекватно відобразить існуючі реалії.

На сторінках юридичного журналу “Право України” № 7/2020 провідні учені проаналізували чимало як доктринальних, так і прикладних проблем господарського процесуального права, запропонували способи їх розв'язання, а також зробили пропозиції щодо подальшого удосконалення цієї галузі. Саме завдяки жвавим дискусіям активно розвивається національна доктрина господарського процесуального права.

I. Загальні доктринальні засади господарського процесуального права

DOI: 10.33498/Юспр-2020-07-013



Олена Беляневич

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри цивільного права і процесу
Донецького національного університету імені Василя Стуса
(Вінниця, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2590-2807>
belyanovich.helen@gmail.com

УДК 346.93

МЕТА СУЧАСНОГО ГОСПОДАРСЬКОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА: ДОКТРИНАЛЬНИЙ ПОГЛЯД

Анотація. Розроблення мети господарського процесуального права має забезпечити наукове підґрунтя збереження і поглиблення спеціалізації господарського процесу на противагу неадекватним відносинам у сфері господарювання та суцільної уніфікації процесуального права України.

Запропоновано доктринальний аналіз мети господарського процесуального права в контексті господарського права, досягнення його цілей і реалізації вихідних норм, а також з урахуванням здобутків теорії господарського права. Звертається увага на тісний взаємозв'язок господарського права з процесом, що має відбиватися в особливостях порядку здійснення господарського судочинства.

Ускладнення відносин у сфері господарювання та їхнього нормативного регулювання зумовлює складність правничих конфліктів між учасниками відносин у сфері господарювання. Суб'єкти господарювання перебувають між собою у правових зв'язках, і тому порушення одного з них негативно впливає на решту. З огляду на це обґрунтовано, що в умовах ринкової соціально-орієнтованої економіки, ускладнення відносин у сфері господарювання мета господарського процесуального права має полягати не тільки в ефективному захисті порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів окремих фізичних та юридичних осіб, держави, а й у забезпеченні правового господарського порядку як складової суспільного господарського порядку.

Основними елементами концепції мети господарського судочинства є: застосування економіко-правового підходу як методології судового пізнання та ухвалення рішення у справі господарської юрисдикції, що дає можливість прогнозувати вплив судового рішення на сферу господарювання; розвиток принципу пропорційності у господарському судочинстві (визначених законом критеріїв суддівського керівництва процесом у взаємозв'язку з диспозитивністю сторін); концентрація справ

© Олена Беляневич, 2020

у господарській юрисдикції (зосередження у господарській юрисдикції комплексу всіх взаємопов'язаних правових конфліктів, зокрема й за участю органів державної влади та органів місцевого самоврядування).

Ключові слова: мета господарського процесуального права; правовий господарський порядок; захист прав та інтересів суб'єктів господарювання; господарська юрисдикція; концентрація справ; пропорційність.

Законом України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”¹ істотно новелізовано процесуальне, зокрема й господарське, процесуальне законодавство. У змінній редакції Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) закріплено низку нових вихідних норм (норм-принципів про завдання та основні засади господарського судочинства, верховенство права та джерела права, що застосовуються судом, пропорційність у господарському судочинстві, неприпустимість зловживання процесуальними правами). Змістовних змін зазнали традиційні процесуальні норми та інститути (зокрема, право на звернення до господарського суду, юрисдикція господарських судів, мирова угода, касаційне провадження, забезпечення позову, позовне провадження). З одного боку, новелізація господарського процесуального законодавства очікувано відбулася у контексті змін до розділу VIII “Правосуддя” Конституції України², внесених відповідно до Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”³ та приведення національного законодавства у відповідність до міжнародних договорів України. З другого боку, вона стала практичним втіленням наукової – і доволі дискусійної – ідеї про необхідність уніфікації цивільного та господарського процесу як “цивілістичного”. Не заперечуючи загалом важливість уніфікації процесуального законодавства як такої, слід визначити мету господарського процесуального права як бажаного результату діяльності господарських судів.

Ускладнення відносин у сфері господарювання та їх нормативного регулювання зумовлює підвищення складності правових конфліктів між учасниками відносин у сфері господарювання та збільшення кількості складних конфліктних ситуацій. Суб'єкти господарювання перебувають

¹ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

³ Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

між собою в численних правових зв'язках, і тому порушення одного з них негативно впливає на інші.

У сучасне господарське судочинство впроваджено концепцію судового захисту на засадах справедливості, що, безумовно, відповідає конституційно визнаній меті утвердження в Україні верховенства права. У процесуальних кодексах міститься вихідна норма про те, що завданням судочинства (господарського, цивільного) є справедливий, неупереджений і своєчасний розгляд та вирішення справ відповідної юрисдикції з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави (ч. 1 ст. 2 ГПК України, ч. 1 ст. 2 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)⁴), та адміністративного судочинства – з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень із боку суб'єктів владних повноважень (ч. 1 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України⁵). Уніфікованими (за окремими винятками) є й основні засади (принципи) здійснення господарського, цивільного та адміністративного судочинства.

Мета господарського процесуального права повинна досягатися виконанням завдань господарського судочинства, які визначені в ч. 1 ст. 2 ГПК України та слугують головним орієнтиром осучаснення доктрини господарського процесуального права в останні роки. Проте в умовах ринкової соціально-орієнтованої економіки мета господарського процесуального права не вичерпується лише ефективним захистом порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів окремої фізичної або юридичної особи, держави, що є аксіомою. З огляду на обмежений обсяг статті нижче пропонується певний “каркас” концепції мети сучасного господарського процесуального права, кожен з елементів якої має бути предметом окремого ґрунтовного дослідження. Ця мета потребує наукового осмислення не як суто уможлядний предмет, а як живий орієнтир для розвитку господарського процесуального законодавства та правозастосовної практики господарських судів.

В останні роки наука господарського процесуального права доволі активно розвивається, підтвердженням чому є насамперед захист дисертацій докторського рівня Л. Ніколенко “Перегляд судових актів у господарському судочинстві”⁶, А. Бутирського “Вирішення господарських

⁴ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

⁵ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>> (дата звернення: 22.06.2020).

⁶ Людмила Ніколенко, *Перегляд судових актів у господарському судочинстві* (Юго-Восток 2013) 490.

спорів в Україні та країнах Східної Європи”⁷, Н. Іванюти “Функції господарського процесуального права: теоретико-практичні аспекти”⁸, Т. Степанової “Теоретико-правові засади процесуального статусу учасників позовного провадження у господарському судочинстві”⁹, а також низки кандидатських дисертацій. Мета господарського процесуального права як така предметом дослідження у цих працях не була, хоча на неї вчені так чи інакше звертали увагу в контексті того, що в законодавчому регулюванні діяльності господарських судів відображено потреби суспільства в доступності правосуддя, його справедливості, неупередженості, обґрунтованості та законності судових актів, розумних строків розгляду й виконання рішень тощо, тобто в парадигмі виконання вимог ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод¹⁰ та ст. 14 “Верховенство права та повага до прав людини і основоположних свобод” Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони¹¹.

Правова наука як мистецтво правового мислення і тлумачення є важливим елементом правової системи країни і має численні точки дотику з суспільним життям, піддаючи осмисленню факти реальної дійсності, правові реалії як первинний науковий матеріал.

Доктрина, тобто “згусток” правової науки, її концентрований результат у вигляді вчень, теорій, концепцій, викристалізованих правових ідей, принципів дає інтелектуальний інструментарій розуміння сутності права та його тлумачення. Зворотній зв’язок між наукою та юридичною практикою відбувається найчастіше опосередковано – від найбільш загального впливу ідей і теорій на державотворення до запровадження у практику конкретних наукових рекомендацій. Не винятком є і доктрина господарського процесуального права, хоча її здобутки в останні десятиріччя стають все менше затребуваними законодавцем. Свідченням чого є “розмивання” особливих рис господарського судочинства в новітньому процесуальному законодавстві України під впливом ідеї уніфікації “цивілістичного” процесу.

⁷ Андрій Бутирський, ‘Вирішення господарських спорів в Україні та країнах Східної Європи’ (автореф дис д-ра юрид наук, 2015) 36.

⁸ Наталя Іванюта, *Функції господарського процесуального права: теоретико-практичні аспекти* (Фенікс 2018) 514.

⁹ Тетяна Степанова, ‘Теоретико-правові засади процесуального статусу учасників позовного провадження у господарському судочинстві’ (автореф дис д-ра юрид наук, 2018) 36.

¹⁰ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 22.06.2020).

¹¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text> (дата звернення: 22.06.2020).

Насамперед слід зауважити, що ключовою в доктрині господарського процесуального права є концепція господарської юрисдикції як втілення конституційного принципу спеціалізації судів і яка безпосередньо пов'язана з необхідністю ефективного судового порядку регулювання суспільних відносин у сфері економіки у випадках виникнення правових конфліктів¹². Традиційно в основі моделі господарського судочинства виділявся господарський спір, але сьогодні предмет діяльності господарських судів значно розширений і включає в себе, окрім господарських спорів, вирішення інших справ, які законом віднесено до юрисдикції господарського суду за предметним або суб'єктним критерієм (ст. 20 ГПК України).

Судове регулювання було, є і надалі залишатиметься важливою складовою соціального регулювання господарських відносин у їх багатоманітності. У сучасних дослідженнях із господарського процесуального права на основі новітньої судової практики застосування господарського законодавства та її критичного осмислення, можливо, як ніколи раніше, повинна поглиблюватися і зміцнюватися теоретична основа збереження та подальшого розвитку господарського судочинства в Україні.

Існування спеціалізованих господарських судів у системі судів загальної юрисдикції традиційно обґрунтовується специфікою предмета діяльності, суб'єктного складу господарських процесуальних відносин, особливостями порядку здійснення судочинства, які (особливості) якнайбільше відповідають, за висловом О. Подцерковного, 'інтересам прискороного обігу капіталів у сфері господарювання'¹³.

Відповідно до ч. 1 ст. 125 Конституції України судоустрій в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації і визначається законом. Розвиток концепції господарської юрисдикції як втілення конституційного принципу спеціалізації судів безпосередньо пов'язаний із необхідністю ефективного судового регулювання суспільних відносин у сфері економіки у випадках виникнення правових конфліктів. Діяльність господарських судів завжди була і залишається як тим чинником, який відновлює порядок у конкретних господарських правовідносинах, так і тим, що впливає загалом на правопорядок у сфері господарювання. Тому на рівні наукової гіпотези можливо сформулювати тезу про те, що мета господарського процесуального права полягає у забезпеченні господарськими судами при вирішенні юридичних спорів і розгляді

¹² Детальніше див.: О. Беляєвич, 'Принцип спеціалізації судів та реалізація права на справедливий суд в господарському судочинстві' (2014) 6 Вісник господарського судочинства 120–32.

¹³ О. Подцерковний, 'Щодо зовнішнього та внутрішнього виміру поняття "господарський процес"' (2011) 6 Право України 10.

у передбачених законом випадках інших справ (ч. 3 ст. 124 Конституції України) правового господарського порядку.

У науковій літературі з арбітражного процесу, а пізніше, із перетворенням арбітражних судів України в господарські суди, – господарського процесуального права, завжди зверталася увага на взаємозв'язок господарського (матеріального) права і процесуального права, на те, що процесуальна галузь “обслуговує” насамперед застосування матеріального права. Діючи в межах цієї наукової парадигми, дослідження мети господарського процесуального права може бути плідним у контексті господарського права, досягнення його цілей і реалізації вихідних норм, а також із врахуванням здобутків теорії господарського права.

Тісний взаємозв'язок господарського права з процесом виявлявся в особливостях порядку здійснення судочинства у справах господарської юрисдикції, який був пристосований до реальних потреб відносин у сфері суспільного виробництва завдяки власним функціональним принципам (арбітрування, досудового врегулювання господарського спору, оперативності) та відповідним їм нормативним конструкціям (його оперативністю і відсутністю жорсткої порівняно з цивільним процесом процедури розгляду спорів). Важливим інструментом впливу на господарські правовідносини був судовий нормоконтроль – як безпосередній (визнання недійсними актів державних органів та інших органів), так і опосередкований (оцінка відповідності законодавству актів державних та інших органів і, як наслідок, обов'язок господарського суду не застосовувати правовий акт, який не відповідає законодавству), що давало можливість у межах господарської юрисдикції розглядати вимоги як приватноправового (майнові), так і публічно-правового характеру у сфері господарювання. Сьогодні ці процесуальні особливості значною мірою знівельовано.

Не заперечуючи можливість, а в низці випадків доцільність і необхідність уніфікації окремих процесуальних конструкцій у цивільному та господарському процесуальному законодавстві, зазначимо таке. Уніфікація завжди розглядається крізь призму однаковості, як процес упорядкування наявного законодавчого матеріалу з метою досягнення певної нормативної одноманітності. У процесуальному праві уніфікація може розглядатися у двох аспектах: а) як вертикальний, інтегруючий процес, тобто закріплення єдиних засад правового регулювання процесуальних відносин (надання йому однакового “звучання”, тональності) із подальшою диференціацією і конкретизацією правового регулювання (тобто спеціалізацією); б) як антитеза спеціалізації, що передбачає усунення особливого в правовому регулюванні. Вочевидь саме за такого під-

ходу стає можливим висновок про “стандартизацію” усіх видів процесів, запровадження для них правової “уніформи” без огляду на особливості матеріально-правових відносин, у яких виникає правовий конфлікт¹⁴. Порівняння ст. 2 ГПК України та ст. 2 ЦПК України, у яких закріплено однакові засади (принципи) господарського та цивільного судочинства, дає підстави стверджувати, що уніфікація процесуального законодавства відбулася саме у другий спосіб, що не сприятиме потребам суб’єктів господарювання в оперативному розгляді господарських спорів. Наслідком уніфікації процесуального законодавства може бути визначено надання одноманітності регулювання процесуальних відносин (відносин між судом та іншими учасниками процесу у зв’язку з вирішенням спору про право або іншого правового питання), які складаються у зв’язку з іншими – матеріальними правовідносинами, що можуть істотно розрізнятися за принципами, методами правового регулювання, характером правового зв’язку між їхніми учасниками.

З огляду на це пропонується визначити вихідним доктринальним пунктом в опонуванні ідеї суцільної уніфікації мету господарського процесуального права.

Ключовою смислоутворюючою категорією господарського права, закріпленою законодавчо, є правовий господарський порядок: суб’єкти господарювання та інші учасники відносин у сфері господарювання здійснюють свою діяльність у межах встановленого правового господарського порядку, додержуючись вимог законодавства (ч. 3 ст. 5 Господарського кодексу України (далі – ГК України)¹⁵). Основу господарського правового порядку становлять норми Конституції України, у ч. 1 ст. 19 якої закріплена категорія правового порядку: правовий порядок ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Цей принцип, доповнюючись принципом ч. 2 цієї ж статті (‘органи державної влади та місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України’¹⁶), утворює цілісний контекст відносин учасників у сфері господарювання. Натепер у загальній теорії права сформувався різні підходи до визначення правового порядку, але якщо виявити в них спільне, то правовий порядок є певною якісною характеристикою стану врегульованих нормами позитивного права та іншими соціальними

¹⁴ Детальніше див.: О. Беяневич, ‘Про уніфікацію і спеціалізацію процесуального права’ (2012) 1/41 Університетські наукові записки 95–105.

¹⁵ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>> (дата звернення: 13.06.2020).

¹⁶ Конституція України (н 2).

регуляторами суспільних відносин у їхній динаміці, ступенем реалізації права в конкретних ситуаціях.

Правовий господарський порядок є складовою суспільного господарського порядку, якому в теорії господарського права надається значення ключового методу господарсько-правового регулювання, якому повинні підпорядковуватися однаковою мірою всі суб'єкти господарювання.

За визначенням Г. Знаменського, суспільним господарським порядком є пануючий у суспільстві уклад матеріального виробництва, заснований на положеннях конституції, нормах права, нормах моралі, звичаях і традиціях, схвалених вищою законодавчою владою, стратегічних економічних рішеннях, який (порядок) забезпечує гармонізацію публічних і приватних інтересів, стимулює ріст добробуту народу. Правовий та економічний смисл цього методу полягає у створенні рівних стартових можливостей для суб'єктів господарювання; цей метод робить принципово однорідними правові зв'язки в "горизонтальних" і "вертикальних" аспектах господарювання, причому у "вертикальних" зв'язках жорсткого адміністративного примусу немає і суб'єкти мають бути рівними партнерами¹⁷.

Із необхідністю забезпечення суспільного господарського порядку та правового господарського порядку як його складової пов'язані щонайменше вимоги:

- економіко-правового підходу як методології судового пізнання та прийняття рішення у справі господарської юрисдикції;
- розвитку принципу пропорційності у господарському судочинстві;
- концентрації справ у господарській юрисдикції.

Що стосується *економіко-правового підходу*, то в контексті цього дослідження він безпосередньо пов'язаний із аксіоматичним у науці господарського права положенням про те, що господарські відносини (господарсько-виробничі та організаційно-господарські) не є простою сумою атомарних зв'язків між окремими суб'єктами-товаровиробниками. Вони утворюють складну систему, яка перебуває під управлінським впливом не тільки відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування, наділених господарською компетенцією, а й суду. У цій системі відносин господарське правопорушення, вчинене одним з учасників, тягне за собою "ланцюгову реакцію" і може негативно впливати на права та інтереси не лише конкретного контрагента у конкретному договірному зв'язку, а й багатьох інших суб'єктів. Визнання правового господарського порядку об'єктом впливу (прямо чи опосередковано)

¹⁷ Г. Знаменський, 'Принципы и методы правового регулирования хозяйственной деятельности' в Знаменський Г, *Новое хозяйственное право. Избранные труды* (Юринком Інтер 2012) 26, 27.

з боку господарських судів зумовлює необхідність застосування економіко-правового підходу до вирішення господарських спорів. Це дає змогу оцінити вплив судового рішення на:

1) права й інтереси позивача та відповідача в конкретному правовідношенні. Найбільш простою ілюстрацією того, яким може бути цей вплив, є реалізація судом наданого йому законом права зменшувати розмір стягнутої неустойки. Так, відповідно до ч. 1 ст. 233 ГК України у разі, якщо належні до сплати штрафні санкції надмірно великі порівняно зі збитками кредитора, суд має право зменшити розмір санкцій, взявши при цьому до уваги: ступінь виконання зобов'язання боржником; майновий стан сторін, які беруть участь у зобов'язанні; не лише майнові, а й інші інтереси сторін, що заслуговують на увагу. Якщо порушення зобов'язання не завдало збитків іншим учасникам господарських відносин, суд може з урахуванням інтересів боржника зменшити розмір належних до сплати штрафних санкцій (ч. 2 ст. 233 ГК України);

2) права інших суб'єктів, наприклад, добросовісних набувачів майна, яке було предметом господарських договорів, визнаних недійсними як із загальних підстав, передбачених Цивільним кодексом України (далі – ЦК України)¹⁸ та ГК України, так і спеціальних підстав, передбачених окремими законами. Прикладом можуть бути рішення у справах про визнання недійсним правочину щодо продажу майна, вчиненого з порушенням порядку підготовки та проведення аукціону (ст. 73 Кодексу України з процедур банкрутства)¹⁹; продажу майна (активів) банку або кількох банків (пули активів), на відкритих торгах (аукціоні), проведення яких передбачено ст. 51 Закону України “Про систему гарантування вкладів фізичних осіб”²⁰; визнання недійсними договорів купівлі-продажу об'єктів права державної або комунальної власності на аукціоні відповідно до Закону України “Про приватизацію державного і комунального майна”²¹;

3) господарські відносини в окремих сферах господарювання та загалом в економіці.

З огляду на визначену нами мету господарського процесуального права третій аспект виявляється найбільш важливим. Так, на права та інтереси значного кола суб'єктів господарювання негативно впливають правові позиції судів, зокрема й Верховного Суду, щодо неможливості

¹⁸ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-IV#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

¹⁹ Кодекс України з процедур банкрутства: Закон України від 18 жовтня 2018 р. № 2597-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

²⁰ Про систему гарантування вкладів фізичних осіб: Закон України від 23 лютого 2012 р. № 4452-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4452-17#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

²¹ Про приватизацію державного і комунального майна: Закон України від 18 січня 2018 р. № 2269-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2269-19#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

нарахування процентів як плату за кредит після закінчення строку повернення кредиту, щодо кваліфікації процентів, передбачених кредитним договором і нарахованих після закінчення строку повернення кредиту, як відповідальність за неналежне виконання грошових зобов'язань у розумінні ст. 625 ЦК України, щодо одночасного нарахування процентів, передбачених договором як плату за кредит, та 3 % річних, передбачені ст. 625 ЦК України як відповідальності за порушення грошового зобов'язання. Верховним Судом було вибудовано громіздку правову позицію про те, що

цивільне законодавство передбачає як випадки, коли боржник правомірно користується наданими йому коштами та має право не сплачувати кредитору свій борг протягом певного узгодженого часу, так і випадки, коли боржник повинен сплатити борг кредитору, однак не сплачує коштів, користуючись ними протягом певного строку неправомірно²².

Водночас Верховний Суд не взяв до уваги те, що за своєю економічною сутністю проценти є платою позичальника за надані йому грошові кошти (кредит) і те, що правове регулювання кредитних відносин виходить далеко за межі цивільно-правового регулювання, розрахованого на атомарні зв'язки двох приватних осіб. Економічні функції банку як фінансового посередника в системі ринкових відносин закріплені у легальному визначенні банківської діяльності – залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб (ст. 2 Закону України “Про банки і банківську діяльність”²³). Тому особливості правового режиму кредитних відносин пов'язані зі спеціальним статусом банку: якщо позичальник за договором позики (ст. 1046 ЦК України) передає в позику власні грошові кошти (або речі, визначені родовими ознаками), то банк як суб'єкт підприємницької діяльності оперує залученими ним коштами юридичних і фізичних осіб. Відповідно, стійка платоспроможність банків як одна з умов нормального функціонування всієї економіки країни безпосередньо залежить і від того, як позичальниками банків виконуються зобов'язання за кредитними до-

²² Див.: Постанова Великої палати Верховного Суду від 4 лютого 2020 р. у справі № 912/1120/16 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/89083008>> (дата звернення: 22.06.2020); Постанова Великої палати Верховного Суду від 28 березня 2018 р. у справі № 444/9519/12 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74838904>> (дата звернення: 22.06.2020); Постанова Великої палати Верховного Суду від 4 липня 2018 р. у справі № 310/11534/13 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75287282>> (дата звернення: 22.06.2020).

²³ Про банки і банківську діяльність: Закон України від 7 грудня 2000 р. № 2121-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

говорами – і щодо повернення кредиту, і щодо процентів як плати за кредит. Невиконання позичальником кредитного зобов'язання впливає не тільки на права та інтереси банку як кредитора в окремому договорі, а й на права та легітимні інтереси всіх вкладників банку – юридичних і фізичних осіб. Іншим прикладом може бути проблема правонаступництва публічного акціонерного товариства (далі – ПАТ) “Українська залізниця” за боргами державних підприємств залізничної галузі (зокрема, державного підприємства (далі – ДП) “Донецька залізниця”), через злиття яких було створено це товариство. ПАТ “Українська залізниця” з огляду на імперативну норму закону є правонаступником усіх прав та обов'язків Державної адміністрації залізничного транспорту України та підприємств залізничного транспорту (ч. 6 ст. 2 Закону України “Про особливості утворення акціонерного товариства залізничного транспорту загального користування”²⁴). Але впродовж майже 5 років кредитори державних підприємств залізничного транспорту, зокрема й банки, не могли захистити свої порушені права через невизнання судами факту універсального правонаступництва. Наявність однозначно сформульованої норми закону про універсальне правонаступництво ПАТ “Українська залізниця” не завадила цьому питанню набути характеру виключної правової проблеми, яку Велика Палата Верховного Суду вирішила тільки 16 червня 2020 р. у справі № 910/5953/17, зазначивши, що при реорганізації через злиття є лише один правонаступник, який набуває не окремі, визначені в акті приймання-передачі активи та зобов'язання юридичних осіб, які припиняються, а всю їхню сукупність, тому акціонерне товариство “Укрзалізниця” є правонаступницею усіх державних підприємств залізничної галузі (зокрема й ДП “Донецька залізниця”) із дати державної реєстрації товариства, тобто 21 жовтня 2015 р.²⁵

Розвиваючи тезу про *принцип пропорційності* у господарському судочинстві, можна зазначити про таке. Відповідно до ст. 15 ГПК України:

Суд визначає в межах, встановлених цим Кодексом, порядок здійснення провадження у справі відповідно до принципу пропорційності, враховуючи: завдання господарського судочинства; забезпечення розумного балансу між приватними й публічними інтересами; особливості предмета спору; ціну позову; складність справи; значення розгляду справи для сторін, час, необхідний для вчинення тих чи інших дій, розмір судових витрат, пов'язаних із відповідними процесуальними діями, тощо²⁶.

²⁴ Про особливості утворення акціонерного товариства залізничного транспорту загального користування: Закон України від 23 лютого 2012 р. № 4442-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4442-17#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

²⁵ Постанова Великої палати Верховного Суду від 16 червня 2020 р. у справі № 910/5953/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/90111849>> (дата звернення: 22.06.2020).

²⁶ Господарський процесуальний кодекс України (н 1).

Закладені в ст. 15 ГПК України критерії пропорційності господарського судочинства задають параметри суддівського керівництва процесом.

У загальнотеоретичному аспекті пропорційність як складова верховенства права є загальним принципом права, відповідно до якого з метою розумного балансу інтересів цілі обмежень прав повинні бути істотними, а засоби їх досягнення обґрунтованими і мінімально обтяжливими для осіб, чий права обмежуються²⁷.

Таке розуміння пропорційності, як обмеження, є універсальним і для окремих галузей права. Так, сутність принципу пропорційності в господарському праві була нами визначена через категорію обмеження прав учасників відносин у сфері господарювання, які (обмеження) встановлюються законом, з огляду на необхідність забезпечення публічних інтересів у сфері господарювання, і повинні бути розмірними з цілями правового регулювання²⁸.

Закріплення у новітньому процесуальному законодавстві пропорційності як принципу господарського судочинства має важливе значення, хоча пропорційність і раніше була притаманна господарському (арбітражному) процесу, позаяк не була закріплена нормативно. У концентрованому вигляді він іменувався принципом суддівського керівництва, визнавався одним із функціональних принципів господарського (арбітражного) процесу і виводився зі змісту, зокрема, статей 65, 74, 82 Арбітражного процесуального кодексу України, які зберігалися із деякими доповненнями в ГПК України до його оновлення у 2017 р. Як принцип пропорційності має бути конкретизована в окремих процесуальних інститутах саме з урахуванням специфіки відносин у бізнессередовищі, правові конфлікти в якому потребують простіших та оперативніших процедур для ефективного відновлення стабільності господарського обороту.

Пропорційність тлумачиться у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) в аспекті реалізації конвенційного права на суд. Зокрема, у п. 33 рішення ЄСПЛ у справі “Перетяка та Шереметьєв проти України”²⁹ зазначається, що право на суд, одним з аспектів якого є право доступу до суду, не є абсолютним і може підлягати дозволенним за змістом обмеженням, зокрема, щодо умов прийнятності скарг. Такі обмеження не можуть шкодити самій суті права доступу до суду, мають дотримуватися легітимної мети, а також має бути обґрунтована пропор-

²⁷ С Погребняк, *Основоположні принципи права (змістовна характеристика)* (Право 2008) 204.

²⁸ Детальніше див.: О Беяневич, ‘Принцип пропорційності у господарському праві’ [2019] 1 (52) *Економіка та право* 3–10.

²⁹ Перетяка та Шереметьєв проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 21 грудня 2010 р., заяви № 17160/06 та № 35548/06 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_657#Text> (дата звернення: 22.06.2020).

ційність між застосованими засобами та поставленою метою. З урахуванням цього пропорційність у господарському судочинстві може розглядатись як: 1) закріплення у законі певних обмежень процесуальних можливостей учасників процесу; 2) право судді використовувати свої дискреційні повноваження щодо визначення порядку здійснення провадження з огляду на завдання господарського судочинства та його мету; 3) принцип правозастосування.

Пов'язаність господарського матеріального права із процесуальним дає можливість досліджувати, як саме реалізується пропорційність у процесуальній площині і як вона поєднується з іншими принципами господарського судочинства, насамперед диспозитивністю. Із можливістю суб'єкта господарювання вільно розпоряджатися своїми правами в межах існуючого правового порядку пов'язана можливість учасника справи розпоряджатися своїми правами щодо предмета спору на власний розсуд (ч. 2 ст. 14 ГПК України). Водночас, якщо існують обмеження вільного розпорядження правами матеріального характеру, то стають можливими й обмеження диспозитивності процесу.

Складність визначення та неоднозначність застосування принципу пропорційності у зв'язку з іншими процесуальними нормами підтверджується актуальною судовою практикою. Так, Верховний Суд в одній зі справ сформулював таку правову позицію: господарський суд, який розглядає справу про банкрутство, *не позбавлений процесуального права* за клопотанням кредитора вжити заходів забезпечення його вимог у справі про банкрутство через *накладення заборони на відчуження майна боржника в ліквідаційній процедурі*, зважаючи на доводи кредитора та фактичні обставини справи, а також дотримуючись принципів законності, диспозитивності та пропорційності з огляду на статті 2, 14, 15 ГПК України та з урахуванням інтересів кредиторів і боржника у справі про банкрутство. Такі процесуальні дії господарського суду, *зокрема й на стадії апеляційного перегляду судового рішення*, відповідають функції господарського суду як учасника справи про банкрутство, щодо забезпечення справедливого балансу між кредиторами і боржником та контролю за правильністю і черговістю здійснення арбітражним керуючим дій у відповідній судовій процедурі банкрутства, зокрема й ліквідаційній процедурі³⁰.

Водночас правовій позиції опонує окрема думка у цій же справі: обранням належного, відповідно до предмета спору заходу до забезпечення позову *дотримується принцип співвіднесення виду заходу до забезпечення*

³⁰ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 13 лютого 2020 р. у справі № 50/790-43/173 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/87838961>> (дата звернення: 22.06.2020).

позову із заявленими позивачем вимогами, чим врешті досягаються: збалансованість інтересів сторін та інших учасників судового процесу під час вирішення спору, фактичне виконання судового рішення у разі задоволення позову та, як наслідок, ефективний захист, поновлення порушених чи оспорюваних прав або інтересів позивача без порушення або безпідставного обмеження при цьому прав та охоронюваних інтересів інших учасників провадження у справі чи осіб, що не є учасниками цього судового процесу. Відповідно до абзацу 8 ч. 1 ст. 38 Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” із дня прийняття господарським судом постанови про визнання боржника банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури скасовується арешт, накладений на майно боржника, визнаного банкрутом, чи інші обмеження щодо розпорядження майном такого боржника. *Накладення нових арештів або інших обмежень щодо розпорядження майном банкрута не допускається*³¹.

Отже, важливо визначити, як “працює” пропорційність як співвідношення офіційності та диспозитивності – діалектичної пари принципів господарського процесу, межа між якими є рухливою та індивідуальною для кожної справи. Якщо метою господарського права є забезпечення суспільного господарського порядку, метою процесу – його відновлення у випадку порушення та (або) попередження його порушень (зокрема й за допомогою превентивного захисту прав), то господарське процесуальне право повинно містити можливість підсилення принципу суддівського керівництва (або офіційності) з одночасним звуженням диспозитивності з урахуванням особливостей конкретного господарського спору. У будь-якому разі реалізація судом своїх повноважень можлива лише відповідно до норми ч. 2 ст. 19 Конституції України, із застосуванням тих способів, які надані йому процесуальним законом. Принцип же пропорційності задає критерії суддівського керівництва, дискреції суду у визначенні порядку розгляду справи, зокрема, втручання у диспозитивність як можливість сторони розпоряджатися своїми процесуальними правами.

Оперативність господарського процесу, яка відповідає динамічності господарського обороту та швидкого відновлення порушеного правового господарського порядку, забезпечується також завдяки його *концентрації*.

З одного боку, *концентрація процесу* може розглядатися у вузькому сенсі як зосередження усього процесуального матеріалу в одному судо-

³¹ Окрема думка до постанови Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 13 лютого 2020 р. у справі № 50/790-43/173 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/87868937>> (дата звернення: 22.06.2020).

вому засіданні³². У такому сенсі ідеї концентрації процесу відповідають новели ГПК України про підготовче провадження, завданнями якого, закріпленими у ст. 177, є вчинення процесуальних дій, що забезпечують правильний, своєчасний і безперешкодний розгляд справи по суті.

Поряд із цим у *широкому сенсі* в контексті мети господарського процесуального права концентрація повинна розглядатись як зосередження у господарській юрисдикції комплексу всіх взаємопов'язаних правових конфліктів, зокрема й за участю органів державної влади та органів місцевого самоврядування, тобто як концентрація справ у межах однієї юрисдикції. За справедливим зауваженням О. Подцерковного, у цьому випадку “чистота спеціалізації”, тобто розмежування судових юрисдикцій, не може бути поставлена над інтересами економіки та правами громадян і юридичних осіб на справедливий суд³³.

На цей час принцип концентрації найбільш повно виявився у зосередженні у виключній юрисдикції господарських судів усіх корпоративних спорів, справ у спорах щодо приватизації майна (крім спорів про приватизацію державного житлового фонду), що запроваджено Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та з корпоративних спорів”³⁴; справ про банкрутство та справ у спорах із майновими вимогами до боржника, стосовно якого відкрито провадження у справі про банкрутство, зокрема й справи у спорах про визнання недійсними будь-яких правочинів (договорів), укладених боржником; стягнення заробітної плати; поновлення на роботі посадових і службових осіб боржника, за винятком спорів про визначення та сплату (стягнення) грошових зобов'язань (податкового боргу), визначених відповідно до Податкового кодексу України (далі – ПК України)³⁵, а також спорів про визнання недійсними правочинів за позовом контролюючого органу на виконання його повноважень, визначених ПК України. На цей час відповідно до Кодексу України з процедур банкрутства до юрисдикції господарських судів (ч. 1 ст. 8) віднесено також справи про банкрутство фізичних осіб³⁶.

³² У такому сенсі ґрунтовну характеристику концентрації процесу було надано відомим процесуалістом Є. Васьковським у праці польського періоду “Система цивільного процесу”. Див.: Е Васьковский, ‘Система гражданского процесса’ в Васьковский Е, *Избранные произведения польского периода* (Статут 2016) 198.

³³ Подцерковний (н 13) 10.

³⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та з корпоративних спорів: Закон України від 15 грудня 2006 р. № 483-V <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/483-16#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

³⁵ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>> (дата звернення: 22.06.2020).

³⁶ Кодекс України з процедур банкрутства (н 19).

Термін “концентрація справ” не закріплений у законі, але саме таку назву він отримав у судовій практиці. Так, Верховний Суд України зазначив:

<...> за умови порушення провадження у справі про банкрутство боржника, особливістю вирішення таких спорів є те, що вони розглядаються та вирішуються господарським судом без порушення нових справ, що узгоджується із загальною спрямованістю Закону № 2343-ХІІ, який передбачає концентрацію всіх спорів у межах справи про банкрутство *зادля судового контролю* (курсив наш. – О. Б.) у межах цього провадження за діяльністю боржника, залучення всього майна боржника до ліквідаційної маси та проведення інших заходів, метою яких є повне або часткове задоволення вимог кредиторів³⁷.

Концентрація справ у господарській юрисдикції має поглиблюватися з огляду на те, що господарські відносини виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання, тобто характеризуються організаційно-майновою єдністю. Штучне розірвання цього зв'язку на самостійну майнову та організаційну (публічно-правову) складові призводить до подальшого роз'єднання між різними судовими юрисдикціями вимог публічно-правового та приватноправового характеру, що значно ускладнює доступ фізичних та юридичних осіб до правосуддя.

Навряд чи можна назвати правосуддям ситуацію, коли з підстав неправильного визначення юрисдикції тих чи інших спорів Верховний Суд скасовує рішення, яке набрало законної сили, і направляє справу на новий розгляд, що поглиблює правову невизначеність суб'єктів господарювання і є ускладненням доступу до правосуддя. Наочним прикладом цьому є практика Верховного Суду у земельних спорах, спорах за участю Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, у справах, що виникають у договірних відносинах за участю органів державної влади та органів місцевого самоврядування (у частині розмежування господарських та адміністративних договорів). Так, у зв'язку з прийняттям Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення”³⁸ прогнозовано збільшиться кількість спорів, пов'язаних з укладанням, виконанням, зміною та розірванням договорів, пов'язаних із реалізацією права власності на землю (купівлі-продажу, оренди тощо).

³⁷ Постанова Верховного Суду України від 13 квітня 2016 р. у справі № 3-34rc16 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/57539652>> (дата звернення: 22.06.2020).

³⁸ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення: Закон України від 31 березня 2020 р. № 552-ІХ <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/552-IX#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

Законопроект “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України щодо підвідомчості спорів, що виникають у сфері земельних відносин та спорів щодо нерухомого майна”³⁹ передбачено, що всі спори щодо права власності чи іншого речового права на нерухоме майно (зокрема й землю), справи у спорах, що виникають у сфері земельних відносин (зокрема й спорів щодо прав на земельну ділянку з суб’єктом владних повноважень), крім окремих винятків розглядатимуть господарські суди. Прийняття цього законопроекту могло б вирішити проблему визначення юрисдикції земельних спорів, а також поставити крапку в дискусії про публічно-правову чи приватноправову природу договірних спорів із суб’єктом владних повноважень у тих випадках, коли органи державної влади або місцевого самоврядування виконують функції *власника* (держави або територіальної громади). Такі відносини ґрунтуються на засадах рівності сторін і є, залежно від їх суб’єктного складу, господарськими або цивільно-правовими.

Висновки. Підсумовуючи викладене, можна зазначити про таке.

В умовах ринкової соціально-орієнтованої економіки, ускладнення відносин у сфері господарювання мета господарського процесуального права має полягати не тільки в ефективному захисті порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів окремих фізичних та юридичних осіб, а й у забезпеченні правового господарського порядку в країні.

Забезпечення правового господарського порядку як мета господарського судочинства означає необхідність:

- застосування економіко-правового підходу як методології судового пізнання та прийняття рішення у справі господарської юрисдикції;
- розвитку принципу пропорційності у господарському судочинстві;
- концентрації справ у господарській юрисдикції.

Доктринальне розроблення мети господарського процесуального права має забезпечити наукове підґрунтя збереження і поглиблення спеціалізації господарського процесу на протипагу неадекватним відносинам у сфері господарювання суцільній уніфікації процесуального права України.

³⁹ Проект Закону про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України щодо підвідомчості спорів, що виникають у сфері земельних відносин та спорів щодо нерухомого майна від 31 березня 2020 р. № 3296 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68510> (дата звернення: 22.06.2020).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Ivaniuta N, *Funktsii hospodarskoho protsesualnoho prava: teoretyko-praktychni aspekty* [Functions of Economic Procedure Law: Theoretical and Practical Aspects] (Feniks 2018) (in Ukrainian).
2. Nikolenko L, *Perehliad sudovykh aktiv u hospodarskomu sudochynstvi* [Review of Judicial Acts in Economic Proceedings] (Iuho-Vostok 2013) (in Ukrainian).
3. Pohrebniak S, *Osnovopolozhni pryntsy py prava (zmistovna kharakterystyka)* [Fundamental Principles of Law (Substantive Characteristics)] (Pravo 2008) (in Ukrainian).
4. Znamens'kij G, *Novoe hozjajstvennoe pravo. Izbrannye trudy* [New Economic Law. Selected Works] (Jurinkom Inter 2012) (in Russian).

Edited books

5. Vas'kovskij E, *Izbrannye proizvedenija pol'skogo perioda* [Selected Works of the Polish Period] (Statut 2016) (in Russian).

Journal articles

6. Belianevych O, 'Pro unifikatsiiu i spetsializatsiiu protsesualnoho prava' ['On Unification and Specialization of Procedural Law'] (2012) 1/41 *Universytetski naukovy zapysky* 95–105 (in Ukrainian).
7. Belianevych O, 'Pryntsy py proporsii nosti u hospodarskomu pravi' ['The Principle of Proportionality in Commercial Law'] [2019] 1 (52) *Ekonomika ta pravo* 3–10 (in Ukrainian).
8. Belianevych O, 'Pryntsy py spetsializatsii sudiv ta realizatsii prava na spravedylyvy sud v hospodarskomu sudochynstvi' ['Principle of Courts Specialization and Exercise of the Right to a Fair Trial in Economic Court Procedure'] (2014) 6 *Visnyk hospodarskoho sudochynstva* 120–32 (in Ukrainian).
9. Podtserkovnyi O, 'Shchodo zovnishnoho ta vnutrishnoho vymiru poniattia "hospodarskyi protses"' ['On the External and Internal Dimensions of the "Economic Process" Concept'] (2011) 6 *Pravo Ukrainy* 10 (in Ukrainian).

Theses

10. Butyrskiy A, 'Vyrishennia hospodarskykh sporiv v Ukraini ta krainakh Skhidnoi Yevropy' ['Resolution of Economic Disputes in Ukraine and Eastern Europe'] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, 2015) (in Ukrainian).
11. Stepanova T, 'Teoretyko-pravovi zasady protsesualnoho statusu uchasykiv pozovnoho provadzhenia u hospodarskomu sudochynstvi' ['Theoretical and Legal Bases of Procedural Status of Participants to Action Proceedings in Economic Court Procedure'] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, 2018) (in Ukrainian).

Olena Belianevych

THE OBJECTIVE OF MODERN ECONOMIC PROCEDURE LAW:
THE DOCTRINAL VIEW

ABSTRACT. In developing the objective of economic procedure law, the main focus should be put on providing a scientific basis for maintaining and enhancing the specialization of economic process as a counterbalance to the inadequate relations in the domain of economic activities and the all-around unification of procedural law in Ukraine.

The article offers a doctrinal analysis of the objective of economic procedure law in the context of economic law and from the perspective of attaining of its goals and implementing of its basic provisions, also with due regard for the achievements of the economic law theory. An emphasis is placed on close linkage between economic law and process, which should be reflected in the specifics of implementation of economic court procedure.

Complications in the relations existing in the domain of economic activities and their statutory regulation entail a complex nature of legal conflicts between participants of relations in the domain of economic activities. Economic activity entities are in legal relations with each other, and therefore a breach pertaining to one of them negatively affects the others. Bearing this in mind, it is justified that in a market-oriented economy and given the complications in the relations in the domain of economic activities, the objective of economic procedure law should be not only to effectively protect the violated, unrecognized or disputed rights and legitimate interests of separate individuals, legal entities and the State, but also to ensure legal economic order as a component of public economic order.

The concept of the objective of economic court procedure has the following main elements: the economic-law approach used as a methodology of judicial cognition and adjudication in a case referred to economic jurisdiction, which allows predicting the impact of the judgment on the domain of economic activity; evolution of the proportionality principle in economic court procedure (statutorily defined criteria of judicial guidance of process in conjunction with optionality of parties); concentration of cases in economic jurisdiction (concentration in economic jurisdiction of a range of all interrelated legal conflicts, including those involving public authorities and local self-government bodies).

KEYWORDS: objective of economic procedure law; legal economic order; protection of rights and interests of economic activity entities; economic jurisdiction; concentration of cases; proportionality.



Наталія Іванюта

докторка юридичних наук, доцентка,
професорка кафедри юридичних дисциплін
Донецького юридичного інституту МВС України
(Маріуполь, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9177-9280>
natalaivanuta9@gmail.com

Наталія Загородня

кандидатка юридичних наук,
доцентка кафедри юридичних дисциплін
Донецького юридичного інституту МВС України
(Маріуполь, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9571-5145>
n.zahorodnya@gmail.com



УДК 346.91

ТРАНСФОРМАЦІЯ СИСТЕМИ ДЖЕРЕЛ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

АНОТАЦІЯ. В умовах динаміки державно-правових процесів в Україні, що відбулися останнім часом, а також у зв'язку з прийняттям нових процесуальних кодексів, які набрали чинності 15 грудня 2017 р., зокрема й Господарського процесуального кодексу України, обумовлюється необхідність звернення до ключової теоретико-прикладної проблеми господарського процесуального права – системи джерел. Судова реформа в Україні обумовлює перегляд усталених і традиційних уявлень процесуальної науки щодо системи джерел господарського процесуального права як її галузеутворюючої складової. Ефективне правосуддя, досягнення справедливого судочинства та належний захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів суб'єктів господарювання, фізичних осіб, держави у господарському судочинстві є можливим лише за наявності досконалої та зрозумілої (зокрема й для правозастосування) системи джерел господарського процесуального права.

Мета статті полягає у визначенні факторів, які впливають на трансформацію джерел господарського процесуального права, розкриття сучасного стану системи джерел господарського процесуального права та визначення принципу застосування і взаємодії її складових.

Запропоновано до системи джерел господарського процесуального права віднести не тільки нормативно-правові акти та міжнародні договори, які є основними

(традиційними) джерелами, а й нетрадиційні (квазіджерела) (господарські договори, прецеденти тлумачення, правові звичаї, принципи права), які виникають у результаті правозастосовної діяльності та є допоміжним інструментарієм, який може суттєво вплинути на упорядкування питання щодо вирішення господарського спору в судах господарської юрисдикції. Визначено принцип субсидіарності, який є в основі застосування та взаємодії традиційних і нетрадиційних (квазіджерел) джерел господарського процесуального права.

Окреслено основні фактори впливу на трансформацію системи господарського процесуального права: еволюція предмета господарського процесуального права, тобто звуження чи розширення переліку та характеру господарських спорів та інших правових питань; зміна національної правової системи, зокрема й у результаті конвергенції нетипових (для романо-германської правової сім'ї) процесуальних елементів (інститутів, механізмів, засобів захисту прав та інтересів); зміна режиму національної судової системи під впливом політичного режиму, історичного розвитку суспільства та держави, особливостей правової системи, правової культури населення тощо; посилення впровадження у міжнародний правовий простір, у результаті чого здійснюється розширення та визнання компетенції міжнародних судових установ, зокрема Європейського суду з прав людини; зміщення акцентів із формального підходу у вирішенні господарських спорів до природних основ їх врегулювання (звичаєве право, правила ділового обігу, верховенство права).

Авторки наголошують на значенні знань щодо системи джерел господарського процесуального права для правозастосовної та правотворчої діяльності, а тематика змісту системи джерел і взаємодії її складових потребує постійної уваги наукової спільноти.

Ключові слова: джерела; господарське процесуальне право; система; судовий прецедент; господарський договір; господарська юрисдикція; господарське судочинство.

В умовах динаміки державно-правових процесів в Україні, що відбулися останнім часом, а також у зв'язку з прийняттям нових процесуальних кодексів, що набрали чинності 15 грудня 2017 р., зокрема й Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)¹, обумовлюється необхідність звернення до ключової теоретико-прикладної проблеми господарського процесуального права (далі – ГПП) – системи джерел.

Судова реформа, яка відбувається в Україні, обумовлює перегляд установлених і традиційних уявлень процесуальної науки щодо системи джерел ГПП як її галузеутворюючої складової. Ефективне правосуддя, досягнення справедливого судочинства та належний захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів суб'єктів господарювання, фізичних осіб, держави у господарському судочинстві є можливим лише за наявності досконалої та зрозумілої (зокрема для правозастосування) системи джерел ГПП.

¹ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>> (дата звернення: 10.06.2020).

У світлі сказаного виникає необхідність опрацювання головних аспектів трансформації системи джерел ГПП для забезпечення системної цілісності галузі та її функціональної спроможності виконувати своє призначення.

Юридична спільнота активно дискутує про доцільність включення до системи джерел ГПП нетипових для романо-германської правової системи джерел права. Зокрема, відсутні одноманітні підходи щодо можливості використання судового прецеденту, меж і характеру застосування господарського договору як джерел процесуального права.

Загальні питання системи джерел права здебільшого слугують предметом дослідження у теорії права. Щодо дослідження проблем системи джерел ГПП і його окремих складових воно має здебільшого супутній характер і є частиною розв'язання більш широких завдань у працях таких учених, як О. Беяневич, М. Байтин, В. Зорькин, М. Марченко, Л. Ніколенко, Д. Притика, В. Резнікова, М. Тітов, Д. Хорошковська, В. Щербина та ін.

Метою дослідження є визначення факторів, які впливають на трансформацію джерел ГПП, розкриття сучасного стану системи джерел ГПП і визначення принципу застосування та взаємодії її складових.

Правова система України має ознаки, які характерні для романо-германської правової сім'ї. Вищу юридичну силу і значення для господарського процесу має, безперечно, Конституція України², в якій містяться і матеріальні, і процесуальні норми. Господарське процесуальне законодавство складається із двох основних нормативно-правових актів: ГПК України і Кодексу України з процедур банкрутства³. Господарські суди застосовують й інші законодавчі акти, наприклад: Господарський кодекс України (далі – ГК України)⁴, Цивільний кодекс України⁵, Закон України “Про міжнародний комерційний арбітраж”⁶, Закон України “Про міжнародне приватне право”⁷ та ін.

Невід'ємною частиною національного господарського процесуального законодавства є чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України і які регулюють відносини

² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 12.06.2020).

³ Кодекс України з процедур банкрутства: Закон України від 18 жовтня 2018 р. № 2597-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19>> (дата звернення: 12.06.2020).

⁴ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 12.06.2020).

⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 12.06.2020).

⁶ Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24 лютого 2004 р. № 4002-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12#Text>> (дата звернення: 12.06.2020).

⁷ Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>> (дата звернення: 12.06.2020).

у сфері господарської діяльності. Особливого значення серед джерел ГПП продовжує набувати Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод⁸ та протоколи до неї, яка впливає на розвиток системи джерел господарського процесуального законодавства та правозастосовної практики.

Сучасні правові системи світу характеризуються динамічністю і взаємовпливом, а в умовах соціально-економічного прогресу все більше посилюється вплив джерел, які притаманні англосаксонській правовій системі.

У правовій системі України сутність судового прецеденту полягає у наданні нормативного характеру актам суду. У зв'язку з чим під судовим прецедентом часто розуміється рішення суду у конкретній справі, яке є обов'язковим при розгляді аналогічних справ у майбутньому. Проте обов'язковим для судів є не все рішення, а тільки суть правової позиції суду, на підставі якої ухвалюється рішення. Якщо проаналізувати існуючу судову практику, то стає очевидним, що акти Верховного Суду України (далі – ВСУ) вже давно мають значення судового прецеденту для нижчих судів. Адже узагальнення судової практики та керівні роз'яснення щодо питань застосування законодавства є його правовою позицією щодо того чи іншого праворозуміння⁹. Розглядаючи неврегульовані або спірні правовідносини, господарський суд ухвалює рішення на основі власної позиції, а подальше використання цієї прецедентної позиції судами призводить до типізації регулювання нових суспільних відносин¹⁰. Обов'язковість розглянути справу навіть за відсутності нормативного регулювання спонукає суд створити нову норму, яка в майбутньому може бути запозичена в судову практику господарських судів¹¹. Обов'язковість судових рішень як одна з ознак джерела права закріплена в Законі України “Про судоустрій і статус суддів”:

Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду [далі – ВС], є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий

⁸ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 12.06.2020).

⁹ Н Загородня, ‘Основні джерела господарського процесуального права України’ в *Сучасний розвиток державотворення та правотворення в Україні: проблеми теорії та практики: збірник матеріалів VII Міжнародної конференції студентів, аспірантів і молодих вчених* (Балабанов К заг ред, Маріупольський державний університет 2015).

¹⁰ Н Загородня, ‘Значення судової практики в господарському процесуальному праві’ в *Сучасні проблеми законодавства, практики його застосування та юридичної науки: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції здобувачів вищої освіти і молодих учених “Осінні юридичні читання”*, випуск XXIII (ДонНУ ім Василя Стуса 2017).

¹¹ Д Кирилюк, ‘Чи визнається в Україні судовий прецедент?’ (2006) 4 Юридичний журнал 81.

акт, що містить відповідну норму права. Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах ВС, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права¹².

Таке нововведення сприятиме формуванню однакової судової практики, що є одним з актуальних питань на шляху забезпечення реалізації права кожного на справедливий суд. При цьому суди не позбавлені права відступлення від правової позиції ВСУ, але з відповідним обґрунтуванням, що є гарантією реалізації принципу верховенства права.

При дослідженні юридичної природи актів Конституційного Суду України (далі – КСУ) все частіше вживається термін “прецедентний характер”, або “прецедент тлумачення”. Так, характеризуючи юридичну силу рішень КСУ, деякі вчені зауважують, що ‘оскільки Конституційному Суду належатиме самостійна правотворча функція, слід визнати, що його рішення набувають прецедентного характеру та стають джерелами права’¹³. М. Байтін стверджує, що при характеристиці юридичної сили актів судової влади замість терміна “прецедентний характер рішень” слід вживати термін “нормативність актів судової влади”¹⁴. Г. Христова, роблячи висновок про наявність ознак нормативності у рішеннях КСУ, зазначає:

<...> нормативна природа цих актів здебільшого визначається викладенням в їх мотивувальній частині так званих правових позицій органу конституційного контролю, а рішення КСУ щодо конституційності юридичних актів мають квазіпрецедентний характер¹⁵.

Таким чином, аналіз сучасних правових досліджень дає змогу говорити про деякі спільні риси (ознаки) судового прецеденту з правовими позиціями ВС та КСУ. Ба більше, врахування цих особливостей слід розглядати передумовою імплементації у господарське судочинство як практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) зокрема, так і концепції судового прецеденту загалом.

Сьогодні особливого значення у регулюванні господарсько-процесуальних відносин набувають рішення ЄСПЛ та інші конвенційні рішення. Офіційно (на рівні Конституції та законів України) визнані

¹² Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1402-19>> (дата звернення: 10.06.2020).

¹³ В Зорькин, ‘Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации’ (2004) 12 Журнал российского права 4

¹⁴ М Байтин, ‘О юридической природе решений Конституционного суда РФ’ (2006) 1 Государство и право 9.

¹⁵ Г Христова, ‘Юридична природа актів Конституційного Суду України’ (автореф дис канд юрид наук, 2004) 13.

джерелами права міжнародні договори України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та рішення ЄСПЛ. Значно розширилася сфера застосування ділових звичаїв як регуляторів господарських відносин, що знайшло відображення, зокрема, у господарському процесуальному законодавстві. Таким чином, зміни, що відбуваються у суспільно-політичному житті країни і в її правовій системі, змушують виходити за межі традиційного розуміння джерела права у його формально-юридичному значенні.

На окрему увагу заслуговують принципи господарського процесу, значення яких полягає у тому, що вони є орієнтиром у нормотворчій діяльності під час удосконалення господарського процесуального законодавства; дають змогу господарському суду забезпечити правове з'ясування і застосування норм законодавства під час розгляду та вирішення судом господарських спорів¹⁶.

Звичай у господарському процесуальному праві також слугує регулятором господарських правовідносин.

Ситуація змінилася з прийняттям ГПК України в новій редакції, яка передбачила, що 'якщо спірні відносини, в тому числі за участю іноземної особи, не врегульовані законодавством, суд застосовує звичаї, які є вживаними у діловому обороті'¹⁷. Як приклад застосування звичаїв ділового обороту в судовій практиці можна навести справу від 12 грудня 2014 р. № 910/25720/14, розглянуту в Господарському суді міста Києва, де суд доходить висновку, що 'такий порядок укладення договорів не суперечить чинному законодавству України та відповідає встановленим звичаям ділового обороту відповідача'¹⁸. В окремих випадках звичай ділового обороту лягає в основу обґрунтування судового рішення.

Крім цього, господарські суди керуються звичаями ділового обороту, про що свідчать формулювання, наведені в мотивувальній частині судового рішення, наприклад:

Керуючись звичаями ділового обороту та враховуючи вимоги норм господарського процесуального законодавства, доказами направлення будь-яких платіжних документів і т. п. є рекомендовані листи з повідомленнями чи цінні листи з описами¹⁹.

¹⁶ Г Ільющенко, 'Особливості прояву принципу диспозитивності в господарському судочинстві' (2015) 1 Вісник Запорізького національного університету Юридичні науки 153.

¹⁷ Господарський процесуальний кодекс України (н 1).

¹⁸ Рішення Господарського суду м. Києва від 12 грудня 2014 р. у справі № 910/25720/14 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/41924931>> (дата звернення: 10.06.2020).

¹⁹ Рішення Господарського суду м. Києва від 18 травня 2016 р. у справі № 910/7100/16 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/57897060>> (дата звернення: 10.06.2020).

Керуючись звичаями ділового обороту, відповідачу була надана можливість погашення боргу <...>²⁰.

Подальше оновлення і трансформація джерел господарського процесуального права в Україні, яке відбувається з розвитком судової реформи та реформуванням господарського процесуального законодавства, вплинули на регламентацію ст. 12 ГПК України, яка встановила:

<...> суд застосовує при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та практику Європейського суду з прав людини як джерело права²¹.

Останнім часом відбувається тенденція до трансформації окремих матеріально-правових інститутів у процесуально-правові, у результаті чого актуалізується питання щодо виокремлення такого джерела господарського процесуального права, як господарський договір. Відповідно до ст. 5 ГПК України, яка регламентує способи судового захисту, встановлено, що договір може визначати спосіб судового захисту²². Захист включає в себе елементи як матеріального, так і процесуального порядку, вони є взаємозв'язаними та доповнюють один одного. Зміст процесуальної сторони інституту захисту права становить правозастосовна діяльність, здійснювана у формах і способами, встановленими законом або договором, з метою відновлення порушеного права або інтересу, впливу на правопорушника і запобігання правопорушенням у майбутньому. Сьогодні відбувається розширення альтернативних, неюрисдикційних способів захисту (третейська форма захисту, примирливі процедури, медіація, позасудовий порядок). Як зазначають В. Щербина та В. Резнікова, вони є сучасними тенденціями розвитку господарського процесу²³. Елементи договірної саморегуляції знайшли закріплення у процесуальних галузях права. Одним із таких елементів є інститут договірної підвідомчості, в основі якого – угода сторін про передачу спору на розгляд третейському суду (або третейське застереження). Коли сторони в договорі обирають третейську (арбітражну) форму захисту, то така норма набуває процедурного характеру, тому що встановлює правило поведінки як складову певної цілісної процедури реалізації того чи іншого дозволу або

²⁰ Рішення Господарського суду Черкаської області від 25 липня 2006 р. у справі № 13/3273 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/61201>> (дата звернення: 10.06.2020).

²¹ Господарський процесуальний кодекс України (н 1).

²² Там само.

²³ В Щербина та В Резнікова, 'Сучасні тенденції розвитку господарського процесу України' (2017) 9 Право України 12.

обов'язку²⁴. Поза цією процедурою вона втрачає самостійне регулятивне значення, або розглядається як норма матеріального права. Таким чином, норму господарського договору, яка визначає форму захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання, можна віднести до процесуальної норми, і, відповідно, господарський договір може претендувати на статус джерела господарського процесуального права з обмеженою дискретною дією.

Договір у господарському процесуальному праві актуальний під час досудового врегулювання спорів, врегулювання спору за участю судді та при розгляді справ третейськими судами. Що стосується досудового врегулювання спорів, то сторони можуть у договорі між собою чи в окремій угоді змінювати чи доповнювати положення про порядок такого врегулювання (щодо строків направлення та розгляду претензій, складу документів тощо), якщо це прямо не заборонено чинним законом. При розгляді справи за участю судді, під час закритих нарад суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати стороні можливі шляхи мирного врегулювання спору. Ще більш важливе значення договір має для третейського судочинства²⁵. Так, Законом України “Про міжнародний комерційний арбітраж” встановлено, що сторони можуть за власним розсудом визначати кількість арбітрів та процедуру призначення арбітрів, процедуру розгляду справи третейським судом, місце арбітражу, мову, яка буде використовуватися під час арбітражного розгляду справи²⁶.

Зв'язок зазначених вище джерел із матеріальними також простежується через категорію “спір про право”. Ця категорія нерозривно пов'язана із зацікавленістю суб'єктів щодо його вирішення, яка має процесуальний характер, оскільки звернена до господарського суду²⁷. Як зазначає Л. Ніколенко, норми матеріального і процесуального права тісно пов'язані між собою і доповнюють один одного. Значна кількість процесуальних норм міститься у кодифікованих і некодифікованих актах матеріального права²⁸. Наприклад, видача ліцензії відповідно до Закону України “Про ліцензування видів господарської діяльності”²⁹ регламентується процесуальними нормами, які за галузевою ознакою

²⁴ Н Загородня, ‘Щодо співвідношення понять “цивільний договір” та “господарський договір” в Міжгалузеві зв'язки цивільного, господарського та трудового права: матеріали Веукраїнської науково-практичної конференції (ДЮІ МВС України 2017) 73–6.

²⁵ Д Притика та інші, *Арбітражний процес: навчальний посібник для студентів юридичних вищих навчальних закладів*, ч 2 (Консум 2000).

²⁶ Про міжнародний комерційний арбітраж (н 6).

²⁷ Н Загородня, ‘Щодо характеристики видів джерел господарського процесуального права України’ (2015) 10 Науковий вісник Херсонського державного університету 33.

²⁸ Л Ніколенко, ‘Матеріальні та процесуальні норми і правовідносини: їх взаємозв'язок у господарському судочинстві’ (2013) 10 Наше Право 153.

²⁹ Про ліцензування видів господарської діяльності: Закон України від 2 березня 2005 р. № 222-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-19#Text>> (дата звернення: 12.06.2020).

можна віднести до господарського права. Співвідношення норм матеріального та процесуального закону полягає у тому, що процесуальні норми встановлюють порядок реалізації прав та обов'язків учасників суспільних відносин – як у тих випадках, коли в процесі реалізації бере участь уповноважений орган державної влади або місцевого самоврядування, так і у випадках, коли відбувається реалізація норм права поза участю будь-яких владних суб'єктів (прикладом може слугувати порядок укладання господарського договору). ГК України передбачає, в який спосіб може бути запропоновано укласти договір, в які строки може бути надана відповідь на таку пропозицію та інші процедурні моменти.

Узгодженість між вказаними нормами – це одна з умов належного функціонування судового порядку захисту суб'єктивних прав громадян і юридичних осіб. Взаємозв'язок норм процесуального і матеріального права особливо виявляється при вдосконаленні процесуального законодавства. Крім того, процесуальні норми, регламентуючи діяльність господарського суду, забезпечують можливість правильності застосування норм матеріального права та їх тлумачення³⁰. Отже, господарський договір набуває ознак джерела господарського процесуального права та може застосовуватися на принципі субсидіарності відносно основних джерел господарського процесуального права.

Таким чином, господарський договір можна віднести до нетрадиційних джерел ГПП із дискретною правовою природою в межах визначення ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звертається до господарського суду. В юридичній літературі господарський договір визначають як квазіджерело.

Більшість авторів також підтримує позицію щодо визнання правових позицій КСУ, ВС як квазіджерел, що мають тлумачний характер. Враховуючи, що господарський процес позиціонує себе як оперативний розгляд справ, то квазіджерела створюють таку можливість для більш швидкого та спрощеного розгляду спору.

Отже, нетрадиційні (квазіджерела) як складові системи джерел ГПП характеризуються тим, що вони: виникають як результат правозастосовної діяльності; санкціонуються державою та можуть упорядковувати питання щодо вирішення спору в судах господарської юрисдикції; застосовуються на принципі субсидіарності відносно головних (традиційних) джерел ГПП.

Висновки. Таким чином, до системи джерел ГПП можна віднести не тільки нормативно-правові акти та міжнародні договори, які є основними (традиційними) джерелами, а й нетрадиційні (квазіджерела) (госпо-

³⁰ Ніколенко (н 28).

дарські договори, прецеденти тлумачення, правові звичаї, принципи права), які виникають у результаті правозастовної діяльності та є допоміжним інструментарієм, який може суттєво вплинути на упорядкування питання щодо вирішення господарського спору в судах господарської юрисдикції. Вони повинні застосовуватися на принципі субсидіарності відносно традиційних джерел господарського процесуального права.

На підставі проведеного аналізу можна зробити умовивід, що основними факторами впливу на трансформацію системи ГПП є:

- 1) еволюція предмета ГПП, тобто звуження чи розширення переліку та характеру господарських спорів та інших правових питань;
- 2) зміна національної правової системи, зокрема й у результаті конвергенції нетипових (для романо-германської правової сім'ї) процесуальних елементів (інститутів, механізмів, засобів захисту прав та інтересів);
- 3) зміна режиму національної судової системи під впливом політичного режиму, історичного розвитку суспільства та держави, особливостей правової системи, правової культури населення тощо;
- 4) посилення впровадження у міжнародний правовий простір, у результаті чого здійснюється розширення та визнання компетенції міжнародних судових установ, зокрема ЄСПЛ;
- 5) зміщення акцентів із формального підходу у вирішенні господарських спорів до природних основ їх врегулювання (звичаєве право, правила ділового обігу, верховенство права).

З урахуванням значення знань системи джерел ГПП для правозастосовної та правотворчої діяльності, тематика змісту системи джерел та взаємодії її складових потребує постійної уваги з боку наукової спільноти.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Prytyka D ta inshi, *Arbitrazhnyi protses: navchalnyi posibnyk [Arbitration Process: Tutorial]* (Konsum 2000) (in Ukrainian).

Journal articles

2. Bajtin M, 'O juridicheskoy prirode reshenij Konstitucionnogo suda RF' ['On the Legal Nature of Decisions of the Constitutional Court of the RF'] (2006) 1 Gosudarstvo i pravo 5–11 (in Russian).
3. Iliushchenko H, 'Osoblyvosti proiavu pryntsyphu dyspozytyvnosti v hospodarskomu sudochynstvi' ['Features of the Manifestation of the Principle of Disparity in Economic Proceedings'] (2015) 1 Visnyk Zaporizkoho natsionalnoho universytetu Yurydychni nauky 152–8 (in Ukrainian).
4. Kyryliuk D, 'Chy vyznaietsia v Ukraini sudovy pretседent?' ['Whether Judicial Precedent is Recognized in Ukraine?'] (2006) 4 Yurydychnyi zhurnal 81 (in Ukrainian).

5. Nikolenko L, 'Materialni ta protsesualni normy i pravovidnosyny: yikh vzaiemozv'iazok u hospodarskomu sudochynstvi' ['Material and Procedural Rules and Legal: Their Relationship in Economic Proceedings'] (2013) 10 *Nashe Pravo* 148–54 (in Ukrainian).
6. Shcherbyna V ta Rieznikova V, 'Suchasni tendentsii rozvytku hospodarskoho protsesu Ukrainy' ['Current Trends in the Development of the Economic Process of Ukraine'] (2017) 9 *Pravo Ukrainy* 9–27 (in Ukrainian).
7. Zahorodnia N, 'Shchodo kharakterystyky vydiv dzherel hospodarskoho protsesualnoho prava Ukrainy' ['Description of the Types of Sources of Economic Procedural Law of Ukraine'] (2015) 1 *Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnoho universytetu* 30–5 (in Ukrainian).
8. Zor'kin V, 'Precedentnyj harakter reshenij Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii' ['The Case-Law of Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation'] (2004) 12 *Zhurnal rossijskogo prava* 3–9 (in Russian).

Conference papers

9. Zahorodnya N, 'Osnovni dzherela hospodarskoho protsesualnoho prava Ukrainy' ['The Main Sources of Economic Procedural Law of Ukraine'] v *Suchasnyi rozvytok derzhavotvorennia ta pravotvorennia v Ukraini: problemy teorii ta praktyky: II Mizhnarodna naukovo-praktychna konferentsiia studentiv, aspirantiv i molodykh vchenykh [The Modern Development of State Formation and Law-Making in Ukraine: Problems of Theory and Practice: Proceedings of the International Scientific and Practical Conference of Students, Graduate Students and Young Scientists]* (2015) (in Ukrainian).
10. Zahorodnyaya N, 'Znachenie sudebnoy praktiki v hoziaystvenom protsesualnom prave' ['The Significance of Judicial Practice in Economic Procedural Law'] v *Suchasni problemy zakonodavstva, praktyky yoho zastosuvannia ta yurydychnoi nauky: materialy Vseukrainskoi naukovopraktychnoi konferentsii zdobuvachiv vyshchoi osvity i molodykh uchenykh "Osinni yurydychni chytannia", vypusk XXIII [Proceedings of All-Ukrainian Scientific and Practical Conference of Applicants for Higher Education and Young Scientists "Autumn Legal Readings" Release XXII]* (2017) (in Russian).
11. Zahorodnya N, 'Shchodo spivvidnoshennia poniatt "tsyvilnyi dohovir" ta "hospodarskyi dohovir"' ['Concerning the Relation between the Concepts of "Civil Contract" and "Economic Contract"'] v *Mizhhaluzevi zviazky tsyvilnoho, hospodarskoho ta trudovoho prava: Vseukr. nauk.-prakt. konf. [Interbranch Communication of Civil, Economic and Labor Law: Proceedings of All-Ukrainian Scientific and Practical Conference]* (2017) (in Ukrainian).

Theses

12. Khrystova H, 'Yurydychna pryroda aktiv Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy' ['Legal Nature of Acts of the Constitutional Court of Ukraine'] (avtorief dys kand yuryd nauk, 2004) (in Ukrainian).

Natalya Ivanyuta
Natalia Zahorodnia

TRANSFORMATION OF THE SYSTEM OF ECONOMIC PROCEDURE
LAW SOURCES

ABSTRACT. In the context of the dynamics of the State law processes which have occurred in Ukraine recently, as well as given the newly adopted procedural codes with effect from

December 15, 2017, including the Economic Procedure Code of Ukraine, a well-grounded need arises to address the key theoretical and applied issue of economic procedure law – the system of sources. The judicial reform in Ukraine requires a revision of the established and traditional concepts of procedural science regarding the system of sources of economic procedure law as its branch-forming component. Efficient justice, attainment of a fair trial and proper protection of violated, unrecognized or disputed rights and legitimate interests of economic activity entities, individuals, and the State in economic court procedure is possible only provided that there is an accomplished and understandable (including in terms of law application) system of sources of economic procedure law.

The article aims at determining the factors having an effect on the transformation of sources of economic procedure law, and also at demonstrating the current state of the system of economic procedure law sources and at determining the principle of application and interaction of its components.

The authors suggest that the system of economic procedure law sources should include not only regulatory legal acts and international treaties which are the main (traditional) sources, but also non-traditional (quasi-) sources (economic contracts, interpretation precedents, legal customs, principles of law) which arise as a result of law application activities and are complementary instruments capable of having a significant impact on streamlining of such an issue as resolution of an economic dispute in courts of economic jurisdiction. The article provides the definition of the subsidiarity principle which underlies the application and interaction of traditional and non-traditional (quasi-traditional) sources of economic procedure law.

The author outlines the main factors influencing the transformation of the system of economic procedure law: evolution of the subject matter of economic procedure law, i.e., narrowing or expansion of the list and nature of economic disputes and other legal issues; changes in the national legal system, including those stemming from convergence of atypical (for the Romano-Germanic legal family) procedural elements (institutions, mechanisms, legal remedies for rights and interests); changes in the regime of the national judicial system under the influence of political regime, historical development of society and the State, specifics of legal system, legal culture of the population etc.; enhancement of entering into the international legal space which leads to the expansion and recognition of competence of international judicial institutions, in particular, the European Court of Human Rights; shift of the emphasis from the formal approach to resolution of economic disputes to the natural basis of their settlement (customary law, rules of business practices, and the rule of law).

The authors emphasize that knowledge of the system of economic procedure law sources is crucial for law application and law-making activities, and also that such an issue as the content of the system of sources and interaction of its components calls for constant attention on the part of the scientific community.

KEYWORDS: sources; economic procedure law; system; judicial precedent; economic contract; economic jurisdiction; economic court procedure.



Тетяна Степанова

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри адміністративного
та господарського права
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова
(Одеса, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-7419-0770>
stepanovatv@ukr.net

УДК 346.14+346.9

МІСЦЕ ПОХІДНОГО ПОЗОВУ В СИСТЕМІ ЗАХИСТУ У ГОСПОДАРЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

АНОТАЦІЯ. Корпоративні правовідносини в Україні постійно розвиваються та вдосконалюються. І чинне процесуальне законодавство намагається не відставати від них і “підставляти плече” у разі необхідності захисту прав учасників (акціонерів, власників). Загальновідомо, що в 2015 р. до Господарського процесуального кодексу України (ГПК України) було внесено положення, згідно з яким акціонерам (учасникам, засновникам, власникам) юридичної особи була надана можливість подавати позови на захист інтересів цієї юридичної особи у випадках, коли керівництво (орган управління, якому це право надано законом) ухиляється від подачі позову до особи, яка завдала цій юридичній особі збитків. Однак не всі основні елементи цих правовідносин чітко та одноманітно встановлені законодавством і підтверджені судовою практикою.

Метою статті є дослідження похідного позову як способу захисту у господарському судочинстві, виявлення прогалин його регулювання і розроблення пропозицій з удосконалення господарського процесуального законодавства з окресленого питання.

Виявлено та систематизовано ознаки похідного позову. Обґрунтовано, що юридична конструкція похідного позову дотепер остаточно не сформована на законодавчому рівні, і деякі питання вирішуються на рівні судової практики. У загальному вигляді похідний позов можна визначити як право акціонерів та (або) учасників юридичної особи звертатися до суду від імені та в інтересах такої юридичної особи з вимогою про відшкодування посадовою особою завданих їй діями чи бездіяльністю збитків, зокрема й після припинення повноважень такої посадової особи. І хоча конструкція похідного позову видається досить ефективним засобом захисту прав власників (акціонерів, учасників) юридичної особи, однак слід визнати, що законодавчий масив містить деякі недоліки та неузгодженості, які законодавцві необхідно усунути найближчим часом.

Аргументовано доцільність чіткого визначення ГПК України права звертатися з похідними позовами власникам (учасникам, акціонерам), які сукупно є власниками 10 % і більше статутного капіталу юридичної особи.

Зроблено висновок, що при оцінці дій посадової особи юридичної особи як винних дій, що завдали збитків останній, господарським судам слід виходити з того, що посадова особа на момент розгляду господарської справи може вже не бути посадовою особою позивача, проте займала відповідну керівну посаду на момент укладення оспорюваної угоди і від її вольових дій залежало укладення або неукладення такої угоди. Вказане повинно знайти відображення у процесуальному законі, що усуватиме можливості зловживань сторонами процесу та різноманітного тлумачення цих норм господарськими судами.

Ключові слова: господарське судочинство; корпоративні спори; похідний позов; захист прав учасника юридичної особи; міноритарні акціонери.

Корпоративні правовідносини в Україні постійно розвиваються і вдосконалюються. І чинне процесуальне законодавство намагається не відставати від них та “підставляти плече” у разі необхідності захисту прав учасників (акціонерів, власників). Загальновідомо, що в 2015 р. до Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)¹ було внесено положення, згідно з яким акціонерам (учасникам, засновникам, власникам) юридичної особи була надана можливість подавати позови на захист інтересів цієї юридичної особи у випадках, коли керівництво (орган управління, якому це право надано законом) ухиляється від подачі позову до особи, яка завдала цій юридичній особі збитків. Вказане частіше за все відбувається у випадках, коли посадова особа цього органу управління сама стає такою зацікавленою особою і бажає скористатися своїм статусом (наприклад, у випадку, якщо директор підприємства одночасно займає керівну посаду на іншому підприємстві, тому при виборі контрагента віддає перевагу саме підприємству, до керівних органів якого він входить, незважаючи на те, що укладення такої угоди спричинить збитки у першого підприємства, та свідомо йде на це).

У такому випадку єдиними особами, які мають інтерес у захисті первинного підприємства, залишаються його учасники (акціонери, власники). У теорії процесуального права такі позови отримали назву “похідні”, оскільки учасник (акціонер, власник) при отриманні рішення на свою користь не отримує безпосередньо виплат – їх отримує підприємство, на захист якого звернувся учасник. А учасник у подальшому отримує опосередкований (похідний) прибуток – у вигляді прибуткової роботи підприємства та дивідендів.

І хоча ст. 54 ГПК України закріпила можливість подання таких похідних позовів до господарського суду, однак не всі основні елементи цих правовідносин чітко та одноманітно встановлені законодавством і підтвержені судовою практикою.

¹ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 липня 1991 р. № 1798-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>> (дата звернення: 01.06.2020).

Метою дослідження є вивчення похідного позову як способу захисту у господарському судочинстві, виявлення прогалин його регулювання та розроблення пропозицій з удосконалення господарського процесуального законодавства з досліджуваного питання.

Серед учених, які приділили значну увагу зазначеній проблемі, слід назвати Н. Герасименко, Т. Гудіму, В. Гурєєва, Н. Єлісеєва, Л. Островську, А. Смітюха, Є. Таликіна, О. Чугунову, В. Яркова, проте їхні дослідження проводилися без урахування останньої реформи господарського судочинства та новітньої судової практики з порушеного питання.

Загальновідомо, що відповідно до ч. 1 ст. 54 ГПК України

власник (учасник, акціонер) юридичної особи, якому належить 10 і більше відсотків статутного капіталу товариства (крім привілейованих акцій), або частка у власності юридичної особи якого становить 10 і більше відсотків, може подати в інтересах такої юридичної особи позов про відшкодування збитків, заподіяних юридичній особі її посадовою особою².

За аналізом чинного законодавства та судової практики можна визначити такі ознаки позовів, які в теорії процесуального права отримали назву “похідні”:

1. Позов подає власник (акціонер, учасник) юридичної особи.

Як слушно зазначає О. Чугунова, у цьому випадку з огляду на пряму вказівку закону з вимогою може звернутися учасник юридичної особи, який, за загальним правилом, не уповноважений чинним законодавством та установчими документами виступати від імені юридичної особи. Це право виникає у зв'язку з тим, що виконавчий орган не реалізує належне організації право на захист порушених (оскаржуваних) прав (законних інтересів)³.

Право на звернення, як було зазначено вище, має власник (акціонер, учасник) юридичної особи, крім власника привілейованих акцій.

2. Статус позивача набуває юридична особа, від імені та в інтересах якої подано позов.

У науці господарського процесу відсутня єдина точка зору на питання про сторони судового розгляду за похідним позовом. Одні вчені обґрунтовують думку, що учасники юридичної особи відстоюють свій власний інтерес, а тому повинні розглядатись як позивачі⁴, натомість другі

² Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>> (дата звернення: 01.06.2020).

³ Е Чугунова, ‘Производные иски в гражданском и арбитражном процессе’ (автореф дис канд юрид наук, 2003) 13.

⁴ Л Грось, ‘Влияние норм материального права на определение надлежащих сторон в гражданском деле’ (1999) 4 Правоведение 35–52; Д Тузов, *Иски, связанные с недействительностью сделок. Теоретический очерк* (Пеленг 1998) 72.

відстоюють позицію, що позивачем є юридична особа⁵. В. Ярков вважає, що акціонер не має статусу позивача, оскільки захищаються інтереси товариства⁶. В. Гуреев вважає, що товариство, яке з самого початку підтримує позицію акціонерів при пред'явленні ними позову до суду та виявляє бажання вступити до справи, повинно набувати статусу співпозивача⁷. Г. Чернишов стверджує, що товариство має брати участь у справі як відповідач, оскільки рішення за непрямым позовом неминуче або покладає на товариство обов'язок, або позбавляє товариство прав та обов'язків за угодою⁸. М. Єлісеєв пропонує залучати товариство у ролі третьої особи, яка не заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору⁹. Є. Таликін наполягає на тому, що визначальним має бути характер і структура конфлікту, оскільки товариство не є стороною конфлікту, тому не варто його наділяти невластивими йому процесуальними повноваженнями, зокрема розпорядчими правами щодо предмета спору¹⁰.

Однак вітчизняна судова практика пішла шляхом визнання позивачем юридичної особи, на захист інтересів якої звернувся її учасник (наприклад, у справах № 923/1315/16¹¹, № 922/2187/16 (п. 4.2.4)¹² та ін.).

3. Позов не є засобом захисту корпоративних прав конкретного власника (акціонера, учасника).

Як слушно зазначила Велика Палата Верховного Суду у п. 8.6 постанови у справі № 916/2084/17,

підписання виконавчим органом товариства договору з іншою особою без передбаченої статутом згоди вищого органу цього товариства може свідчити про порушення прав та інтересів самого товариства у його відносинах з іншою особою – стороною договору, а не корпоративних прав його учасника¹³.

Із цього випливає, що у разі ухвалення рішення на користь позивача відшкодування отримає юридична особа, а не її власник (акціонер, учасник).

⁵ Г. Осокіна, 'Понятіе, види и основания законного представительства' (1998) 1 Российская юстиция 43–4; В. Ярков, 'Особенности рассмотрения дел по косвенным искам' (2000) 11 Юрист 6–12.

⁶ Ярков (н 5) 11.

⁷ В. Гуреев, 'Процессуальный статус акционерного общества в косвенном иске' (2007) 1 Законодательство 36.

⁸ Г. Чернышов, 'Кто ответит по косвенному иску?' (2006) 5 ЭЖ-Юрист.

⁹ Н. Елисеев, 'Процессуальный статус акционерного общества в производстве по косвенному иску' (2005) 8 Вестник ВАС РФ 164.

¹⁰ Є. Таликін, 'Похідний позов у господарському судочинстві України: загальні засади процесуальної конструкції' (2014) 4 Юридичний вісник 164.

¹¹ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 4 вересня 2018 р. у справі № 923/1315/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76236959>> (дата звернення: 01.06.2020).

¹² Постанова Верховного Суду від 3 липня 2018 р. у справі № 922/2187/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75081758>> (дата звернення: 01.06.2020).

¹³ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 8 жовтня 2019 р. у справі № 916/2084/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84911545>> (дата звернення: 01.06.2020).

4. Позов подається з приводу правовідносин, які виникли між двома або більше особами, в яких заявник позову не брав участі.

Наприклад, у постанові від 22 жовтня 2019 р. у справі № 911/2129/17 Верховний Суд встановив, що зміст оспорюваних правочинів

не відповідав справжньому волевиявленню позивача як суб'єкта господарювання та був спрямований на задоволення особистих інтересів представників позивача, які діяли в інтересах особи, на користь якої виводились виробничі потужності товариства позивача, тобто зловмисної домовленості (навмисної дії) сторін¹⁴.

5. Застосовується лише тоді, коли органи управління юридичної особи ухиляються від подачі позову до особи, яка завдала цій юридичній особі збитків.

За загальним правилом, орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень (ч. 3 ст. 92 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)¹⁵). Саме ця особа у разі утиску інтересів юридичної особи має застосувати необхідні заходи для мінімізації збитків та звернутися до суду з метою відшкодування збитків, спричинених діями, що суперечать інтересам юридичної особи. Однак особливість конструкції похідного позову саме в тому, що вказані особи, які за законом повинні захищати інтереси юридичної особи, навмисно ухиляються від виконання цього обов'язку.

Власник (учасник, акціонер) юридичної особи повинен довести, що діями правління заподіяно шкоду господарському товариству і, як наслідок, заподіяно шкоду самим акціонерам. Проте, за загальним правилом, установчі документи не містять (і не повинні містити) положення про право учасника юридичної особи звертатися до суду в таких випадках. Таким чином, юридична особа може навмисно позбавляти (наприклад, через відсутність такого пункту в установчих документах) права учасника на подачу позовної заяви. Однак право, як було зазначено вище, набувається власником (учасником, акціонером) юридичної особи з огляду на закон у випадку доведення ухилення керівництва юридичної особи від виконання обов'язку захисту інтересів такої юридичної особи.

6. Відшкодування за результатами розгляду позову отримує не особа, яка його подала, а юридична особа, в інтересах якої його подано.

¹⁴ Постанова Верховного Суду від 22 жовтня 2019 р. у справі № 911/2129/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85743713>> (дата звернення: 01.06.2020).

¹⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 01.06.2020).

Власник (учасник, акціонер) юридичної особи повинен довести, що збитки від дій посадових осіб юридичної особи завдані цій юридичній особі. Слід зауважити, що такий прямий зв'язок між діями та збитками простіше довести, аніж опосередковані збитки самого власника (учасника, акціонера) юридичної особи.

7. Предметом доказування у справах за похідними позовами є чотири складові: протиправність, шкода, причинно-наслідковий зв'язок і вина.

Судова практика підтверджує необхідність встановлення у справах за похідними позовами наявності 'усіх чотирьох умов цивільно-правової відповідальності: протиправність, шкоду, причинно-наслідковий зв'язок та вину' (п. 4.2.4)¹⁶.

Сама собою шкода, нанесена суб'єкту господарювання, може бути спричинена збігом несприятливих обставин, непереборною силою або об'єктивною ситуацією (громадські заворушення, введення карантину тощо). Вказані випадки не можуть стати підставою для звернення до господарського суду з похідним позовом, оскільки такий позов має ґрунтуватися лише на доведенні вини керівника (посадової особи) суб'єкта господарювання у збитках, що виникли у такого суб'єкта. Як слушно зазначено в п. 6.22 постанови Великої Палати Верховного Суду від 22 жовтня 2019 р. у справі № 911/2129/17, 'протиправна поведінка полягає в <...> виконанні певних дій без дотримання меж нормального господарського ризику, <...> прийнятті очевидно необачних, марнотратних та завідомо корисливих на користь такої посадової особи рішень'¹⁷.

8. Такі справи належать до юрисдикції (підвідомчі) господарських судів та розглядаються господарським судом за місцезнаходженням юридичної особи.

Стаття 20 ГПК України відносить розгляд цієї категорії справ до юрисдикції господарських судів, причому похідні позови з огляду на ст. 22 ГПК України не можуть бути передані сторонами на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу. Вказані справи розглядаються господарським судом за місцезнаходженням юридичної особи (ст. 30 ГПК України) та не можуть бути розглянуті в порядку спрощеного позовного провадження (п. 4.2.3 постанови Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду у справі № 925/1476/17¹⁸).

¹⁶ Див.: Постанова Верховного Суду від 3 липня 2018 р. у справі № 922/2187/16 (н 12); Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 4 вересня 2018 р. у справі № 923/1315/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76236959>> (дата звернення: 01.06.2020).

¹⁷ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22 жовтня 2019 р. у справі № 911/2129/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85743713>> (дата звернення: 01.06.2020).

¹⁸ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 5 вересня 2018 р. у справі № 925/1476/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76326068>> (дата звернення: 01.06.2020).

Деякі вчені виділяють й інші ознаки похідних позовів, які, на нашу думку, поглинаються тими чи іншими наведеними вище ознаками.

І хоча конструкція похідного позову видається досить ефективним засобом захисту прав власників (акціонерів, учасників) юридичної особи, однак слід визнати, що законодавчий масив містить деякі недоліки та неузгодженості, які законодавцеві необхідно усунути найближчим часом.

По-перше, ст. 54 ГПК України викликає одразу декілька запитань, вирішення яких важливе для реалізації положення, закріпленого в ній. Зокрема, використання словосполучення ‘власник (учасник, акціонер) юридичної особи, якому належить 10 і більше відсотків статутного капіталу товариства <...>, може подати <...> позов’¹⁹. Тобто виникає запитання, чи може це бути один позов від декількох власників (учасників, акціонерів), які розглядаються як єдиний суб’єкт – “власник (учасник, акціонер) юридичної особи”, або обов’язково необхідна наявність єдиної особи, яка є власником частки не менше ніж 10 %?

Так, наприклад, господарську справу № 922/2187/16 було відкрито Господарським судом Харківської області за позовом Публічного акціонерного товариства “Харківський тракторний завод ім. С. Орджонікідзе” в особі представника – єдиного акціонера, який відповідав умові, що йому ‘належить 10 і більше відсотків простих акцій Калвертон Істеблішмент Лімітед (*Calverton Establishment Limited*)’²⁰.

Правова позиція, висловлена з цього приводу Великою Палатою Верховного Суду у п. 84 постанови від 3 грудня 2019 р. у справі № 904/10956/16, не є чіткою, оскільки зводиться до думки, що

належним способом захисту права учасника юридичної особи може бути також подання ним (зокрема разом з іншими учасниками, яким належить 10 і більше відсотків статутного капіталу товариства) позову в інтересах юридичної особи до її посадової особи про відшкодування збитків, заподіяних юридичній особі діями (бездіяльністю) такої посадової особи на підставі пункту 12 частини першої статті 20, статті 54 ГПК України²¹.

Вказане формулювання не вирішує порушене питання, оскільки не зрозуміло, мається на увазі те, що така особа може об’єднатися “з іншими учасниками, яким належить 10 і більше відсотків статутного капіталу товариства” або після об’єднання цих учасників може утворитися представництво частки в розмірі 10 % і більше статутного капіталу

¹⁹ Господарський процесуальний кодекс України (н 2).

²⁰ Постанова Верховного Суду від 3 липня 2018 р. у справі № 922/2187/16 (н 12).

²¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 3 грудня 2019 р. у справі № 904/10956/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86333853>> (дата звернення: 01.06.2020).

юридичної особи? Зазначену невизначеність доречно усунути найближчим часом.

Якщо бути послідовним у тлумаченні норм корпоративного права, то у випадку, коли міноритарії об'єднуються разом у групу, що володіє сукупно 10 % і більше статутного капіталу юридичної особи, то вони отримують певні додаткові правомочності. Наприклад, ЦК України оперує поняттям 'учасники товариства, що володіють не менш як десятьма відсотками голосів'²² і наділив їх правом вимоги скликання загальних зборів, а у разі невиконання цієї вимоги – правом самим скликати загальні збори (ч. 4 ст. 98), а також ініціювати у будь-який час проведення аудиторської перевірки діяльності акціонерного товариства (ч. 2 ст. 162)²³.

Закон України "Про акціонерні товариства" оперує поняттям 'акціонери (акціонер), які сукупно є власниками 10 і більше відсотків голосуючих акцій'²⁴, надаючи таким особам додаткові повноваження: обов'язково включати до проекту порядку денного загальних зборів їх пропозиції (ч. 5 ст. 38), призначати ними своїх представників для нагляду за реєстрацією акціонерів, проведенням загальних зборів, голосуванням і підбиттям його підсумків (ч. 4 ст. 40), вимагати скликання позачергових загальних зборів акціонерного товариства наглядовою радою (ч. 1 ст. 47), а у разі неприйняття наглядовою радою рішення про скликання позачергових загальних зборів – самостійно скликати та провести такі загальні збори (ч. 6 ст. 47), ініціювати проведення аудиторської перевірки діяльності акціонерного товариства (ч. 5 ст. 75), спеціальної перевірки фінансово-господарської діяльності товариства ревізійною комісією (ревізором), а в разі її відсутності – аудитором (аудиторською фірмою) (ст. 76)²⁵.

Закон України "Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю" оперує аналогічним поняттям 'учасника або учасників товариства, які на день подання вимоги в сукупності володіють 10 або більше відсотками статутного капіталу товариства'²⁶. Вказані особи також наділені додатковими повноваженнями щодо: ініціювання скликання загальних зборів учасників (ч. 1 ст. 31), обов'язкового включення до порядку денного загальних зборів учасників їх пропозицій (ч. 7 ст. 32), проведення аудиту фінансової звітності товариства на вимогу цих учасників (ч. 1 ст. 41)²⁷.

²² Цивільний кодекс України (н 15).

²³ Там само.

²⁴ Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 р. № 514-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17>> (дата звернення: 01.06.2020).

²⁵ Там само.

²⁶ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19>> (дата звернення: 01.06.2020).

²⁷ Там само.

Оскільки корпоративне законодавство надає вказаній категорії додаткові права, дозволяючи об'єднуватися міноритаріям для відстоювання власної позиції при управлінні юридичною особою, то чому ж вони не можуть, об'єднавши свої частки, подати похідний позов до суду? Вважаємо, що такий підхід є непослідовним, утискає права міноритаріїв і може призводити до зловживань із боку керівництва юридичної особи, якщо будь-кому з власників, учасників або акціонерів одноосібно не належить 10 % і більше статутного капіталу юридичної особи.

Проте, по-перше, недоцільною видається пропозиція деяких авторів щодо зменшення майнового цензу для подання похідного позову з 10 % до 1 % частки в статутному капіталі²⁸, оскільки вказане призведе до значного збільшення звернень із боку дрібних міноритаріїв, які, використовуючи цю конструкцію, можуть спричинити постійний тиск на керівництво суб'єкта господарювання, відволікаючи від основних напрямів роботи. Корпоративна культура Японії, Франції, Німеччини та деяких інших країн, у законодавстві яких встановлено низький ценз для звернення з похідним позовом до суду, більш розвинута та відповідальна. Тому вказана пропозиція може лише стати вектором розвитку, до якого буде прагнути Україна протягом найближчих десятиріч.

По-друге, ст. 89 Господарського кодексу України визначає, що *'посадові особи* відповідають за збитки, завдані ними товариству у разі, якщо такі збитки були завдані винними діями посадової особи'²⁹. Із цього положення можна зробити висновок, що відповідачем за таким позовом не може бути особа, яка на час подання позову та розгляду справи не є посадовою особою юридичної особи.

Цікавою видається господарська справа № 922/2187/16, у якій

відповідач посилався на те, що між ним і компанією, якій завдано шкоди, було укладено угоду про розірвання трудового договору, відповідно до якої компанія не має претензій до генерального директора у зв'язку з виконанням останнім функцій за трудовим договором³⁰.

Проте постановою Харківського апеляційного суду від 10 жовтня 2017 р. було визнано, що це не стосується підстав позову, оскільки подано похідний позов про стягнення збитків, тобто правовідносини є

²⁸ Т Гудіма та Н Герасименко, 'Перспективи правового регулювання похідного позову в Україні' (2016) 3 Економіка та право 142; Г Смірнов, 'Похідний позов: особливості та проблеми правового регулювання в Україні' (2019) 6 Підприємництво, господарство і право 50.

²⁹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 01.06.2020).

³⁰ Постанова Верховного Суду від 3 липня 2018 р. у справі № 922/2187/16 (н 12).

деліктними. Отже, зазначена угода не має значення, оскільки спір виник не з трудових відносин³¹.

Таким чином, суд висловився проти необхідності перебування на посаді в момент подання позову та розгляду такого похідного позову в суді, що слід підтримати. Дійсно, в протилежному випадку це могло стати шляхом для ухилення від відповідальності особою, яка, будучи керівником юридичної особи, уклала в період свого перебування на посаді угоди, спрямовані на задоволення особистих інтересів такої особи, а потім звільнилася з посади для запобігання притягнення її до відповідальності.

У цьому випадку важливим є лише те, що такий спір стосується відносин, які виникли у період перебування цієї особи на відповідній посаді в юридичній особі, на захист інтересів якої подано похідний позов.

Наприклад, у справі № 62/176 Вищий господарський суд України зазначив, що

судами попередніх інстанцій не було взято до уваги те, що голова ради директорів відповідача-1 була заінтересованою особою під час укладення вищенаведеного правочину, оскільки водночас займала керівну посаду у відповідача-2³².

Тобто суд розглядав дії певної особи в певний проміжок часу – під час укладення правочину, що призвів до збитків суб'єкта господарювання.

У справі № 910/7534/18 судом було встановлено, що особа, що обіймала посаду директора товариства, заподіяла юридичній особі 330 445,00 грн збитків

діями, що були вчинені всупереч інтересам товариства з перевищенням повноважень, а також з порушенням порядку їх попереднього погодження, зокрема, вчинення нікчемних правочинів з фіктивними підприємствами, що завідомо не були спрямовані на настання наслідків, обумовлених такими правочинами, через що занижено податкові платежі з податку на прибуток та податку на додану вартість, що виявлено в результаті перевірок товариства з питань дотримання вимог податкового, валютного та іншого законодавства та в результаті нарахування штрафних санкцій та донарахування податкових зобов'язань³³.

³¹ Постанова Верховного Суду від 3 липня 2018 р. у справі № 922/2187/16 (н 12).

³² Постанова Вищого господарського суду України від 3 липня 2012 р. у справі № 62/176 <<https://web.archive.org/web/20160306030358/http://reyestr.court.gov.ua/Review/25038548>> (дата звернення: 01.06.2020).

³³ Постанова Господарського суду м. Києва від 25 вересня 2018 р. у справі № 910/7534/18 <<https://verdictum.ligazakon.net/document/76754575>> (дата звернення: 01.06.2020).

Можна з упевненістю підсумувати, що господарські суди зайняли правильну позицію щодо оцінки дій особи, яка, хоча й не є на момент розгляду господарської справи посадовою особою позивача, проте обіймала відповідну керівну посаду на момент укладення оспорюваної угоди і від її вольових дій залежало укладення або неукладення такої угоди. Однак вважаємо, що більш чітке законодавче закріплення цього положення усунуло б можливість різноманітного тлумачення цих норм господарськими судами.

Висновки. Таким чином, доречно підсумувати, що юридична конструкція похідного позову дотепер остаточно не сформована на законодавчому рівні, і деякі питання вирішуються на рівні судової практики. У загальному вигляді похідний позов можна визначити як право акціонерів та (або) учасників юридичної особи звертатися до суду від імені та в інтересах такої юридичної особи з вимогою про відшкодування посадовою особою завданих їй діями чи бездіяльністю збитків, зокрема й після припинення повноважень такої посадової особи. Деякі недоліки та неузгодженості у регулюванні цього способу захисту необхідно усунути на законодавчому рівні найближчим часом для підвищення ефективності його застосування.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Tuzov D, *Iski, svjazannye s nedejstvitel'nost'ju sdelok. Teoreticheskij ocherk [The Lawsuits Related to Invalidity of Transactions. Theoretical Essay]* (Peleng 1998) (in Russian).

Journal articles

2. Eliseev N, 'Processual'nyj status akcionernogo obshhestva v proizvodstve po kosvennomu isku' ['The Procedural Status of Joint-Stock Company in a Procedure by a Derivative Lawsuit'] (2005) 8 Vestnik VAS RF 161–70 (in Russian).
3. Gros' L, 'Vlijanie norm material'nogo prava na opredelenie nadležashhijh storon v grazhdanskom dele' ['The Influence of Rules of Material Law on the Determination of the Proper Parties of the Civil Case'] (1999) 4 Pravovedenie 35–52 (in Russian).
4. Gureev V, 'Processual'nyj status akcionernogo obshhestva v kosvennom iske' ['The Procedural Status of Joint-Stock Company in a Derivative Lawsuit'] (2007) 1 Zakonodatel'stvo 33–6 (in Russian).
5. Hudima T ta Herasymenko N, 'Perspektyvy pravovoho rehuliuвання pokhidnoho pozovu v Ukraini' ['Prospects of Legal Regulation of the Derivative Action in Ukraine'] (2016) 3 Ekonomika ta pravo 142 (in Ukrainian).
6. Jarkov V, 'Osobennosti rassmotrenija del po kosvennym iskam' ['Special Features of Consideration of Cases by Derivative Lawsuits'] (2000) 11 Jurist 6–12 (in Russian).

7. Osokina G, 'Ponjatie, vidy i osnovanija zakonnoho predstavitel'stva' ['The Concept, Types and Grounds of Legal Representation'] (1998) 1 Rossijskaja justicija 43–4 (in Russian).
8. Smirnov H, 'Pokhidnyi pozov: osoblyvosti ta problemy pravovoho rehuliuвання v Ukraini' ['The Derivative Lawsuit: the Special Features and Problems of Legal Regulation in Ukraine'] (2019) 6 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo 50 (in Ukrainian).
9. Talykin Ye, 'Pokhidnyi pozov u hospodarskomu sudochynstvi Ukrainy: zahalni zasady protsesualnoi konstruksii' ['The Derivative Lawsuit in Economic Litigation of Ukraine: the General Principles of Procedural Construction'] (2014) 4 Yurydychnyi visnyk 161–68 (in Ukrainian).

Newspaper articles

10. Chernyshov G, 'Kto otvetit po kosvennomu isku?' ['Who is Liable for Derivative Lawsuit'] (2006) 5 JeZh–Jurist (in Russian).

Theses

11. Chugunova E, 'Proizvodnye iski v grazhdanskom i arbitrazhnom processe' ['The Derivative Lawsuits in Civil and Arbitral Procedure'] (avtorief dis kand jurid nauk, 2003) (in Russian).

Tetiana Stepanova

THE PLACE OF DERIVATIVE ACTION IN THE SYSTEM
OF PROTECTION IN ECONOMIC COURT PROCEEDINGS

ABSTRACT. Corporate legal relations in Ukraine are in constant evolution and improvement. Current procedural legislation tries to keep up with these relations and “lend a shoulder” when a need arises to protect the rights of members (shareholders, owners). It is generally known that in 2015 the Code of Economic Procedure of Ukraine was amended with a provision enabling shareholders (members, founders, owners) of a legal entity to file lawsuits in seeking protection of the interests of this legal entity in cases when management (management body granted this right by law) avoids filing a lawsuit against the person who caused losses to this legal entity. However, not all of the main elements of these legal relations are clearly and uniformly established by law and confirmed by judicial practice.

The article aims at studying the derivative action as a method of protection in economic proceedings, at identifying the gaps in its regulation and developing proposals for improvement of economic procedure legislation on this issue.

The author identifies and systematizes the characteristics of derivative action.

The author demonstrates that at the legislative level the legal structure of derivative action has not yet been finalized, and some issues are being resolved at the level of judicial practice. In general terms, derivative action may be defined as the right of shareholders and (or) members of a legal entity to take legal recourse on behalf of and in the interests of such a legal entity demanding that an official reimburse the

Тетяна Степанова

losses caused by his/her actions or omissions, including after the powers of such an official are terminated.

Although the structure of derivative action appears to be a very efficient measure to protect the rights of owners (shareholders, members) of a legal entity, however, it should be recognized that the legislative array contains some shortcomings and inconsistencies which the legislator needs to eliminate as soon as possible.

The author substantiates the expediency of ensuring that the Code of Economic Procedure of Ukraine provides for a clear definition of the right to file derivative actions granted to owners (members, shareholders) who collectively own 10 or more percent of a legal entity's authorized capital.

In conclusion the author maintains that in assessing the actions of legal entity's officials as misconduct which caused damage to the legal entity concerned, economic courts should bear in mind that at the moment of considering such an economic case, the official may no longer be an official of the plaintiff, however, he/she held a relevant executive position at the time of entering into a contested transaction and his/her actions determined whether the transaction would or would not be concluded. This should be reflected in a procedural law which will eliminate possible abuse by the parties to the process, as well as possible variance of interpretation of these provisions by courts of law.

KEYWORD: economic court proceedings; corporate disputes; derivative action; protection of rights of legal entity member; minority shareholders.



Олександр Худенко

кандидат юридичних наук,
асистент кафедри господарського права
та господарського процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6767-8375>
khudenko@knu.ua

УДК 346.91

ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО ВИЗНАЧЕННЯ ЕКОНОМІЧНИХ СПОРІВ

АНОТАЦІЯ. Економічні спори – це об’єктивне явище, але погляди юристів та економістів на них не просто різняться, а кардинально не збігаються. Актуальність проблематики нормативного визначення економічних спорів зумовлена очікуваним оновленням економічного законодавства, що повинно стати і новим поштовхом для розвитку процесуального законодавства.

Метою статті є дослідження проблем нормативного визначення економічних спорів, а також формування пропозицій із подолання цих проблем.

Надання Господарському кодексу України означення “помилки”, яка може бути виправлена тільки його скасуванням, є нічим іншим як черговою та нездійсненою обіцянкою владнати всі проблеми сьогодення. Реалізація ініціативи оновлення економічного законодавства не пройде повз господарське процесуальне законодавство, яке і так вже нещодавно зазнало реформування. Відкритим залишатиметься питання можливості застосування існуючої господарської процесуальної форми для вирішення спорів, пов’язаних з економічною діяльністю. Якщо акцент дійсно буде зміщений із правового регулювання господарських відносин на правове регулювання економічних відносин, то існуючі підходи до вирішення господарських спорів будуть здаватися щонайменше застарілими для вирішення економічних спорів. Спори, особливо в значенні правового конфлікту, не можуть вважатися економічною категорією. Тому спір в економіці може розглядатися не через конфлікт, а через помилку, збій, неспроможність ринку виконати свої функції. Економічний спір є набагато ширшим поняттям, аніж господарський спір, а тому просте перейменування усіх господарських спорів на економічні видається помилковим і недалекоглядним.

Пропонується введення у процесуальне законодавство терміна “економічно-правовий спір” у значенні спору, пов’язаного з економічною діяльністю. Визначення поняття економічної діяльності вбачається із майбутнього Економічного кодексу України як певного результату, який досягається внаслідок здійснення відповідної діяльності (як для ринку, так і для його суб’єктів). Наголошується на необхідності розвитку економічного мислення у кожного, хто задіяний у судовому вирішенні економічних спорів.

Ключові слова: економічний спір; економічно-правовий спір; господарський спір; Економічний кодекс України.

Регулярне винесення на обговорення питання про “скасування” Господарського кодексу України (далі – ГК України)¹ є маніпуляцією². Немає сумнівів у тому, що ще серйознішою маніпуляцією є подання відповідних законопроектів, які не можуть мати жодних юридичних наслідків і виконують суто інформаційно-пропагандистські завдання³.

Подібні “скасувальні закиди” не є оригінальними і повторюються приблизно кожні 5 років⁴. Запитання “чому так відбувається?” вже давно не потребує відповіді, бо ця відповідь була надана майже 200 років тому:

Коли незнання лежить в основі суспільства і в головах людей панує хаос, закони стають численними: люди чекають всього від законодавчої влади і, коли кожен новий закон стає новою помилкою, люди стають схильними постійно очікувати того, що повинно залежати лише від них самих, від їхньої освіти, від стану їхніх манер. Це і є причиною поганих законів, оскільки вони зроблені для теперішнього часу, а не для майбутнього⁵.

Ніхто вже не вірить, що прийняття будь-яких нових кодексів вирішує проблеми (особливо після Податкового⁶ та Кримінального процесуального кодексів України⁷). Навіть дійсно нові кодекси приймаються під виглядом внесення змін до старих (Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України))⁸, щоб юридична спільнота не боялася виникнення нових проблем. Цим пояснюється і гальмування прийняття Трудового кодексу

¹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18–22. Ст. 144.

² “Найближчим часом буде підготовлено законопроект про скасування Господарського кодексу”, – член Комітету (Судово-юридична газета, 05.12.2019) <<https://sud.ua/ru/news/publication/156135-paublzhchim-chasom-bude-pidgotovleno-zakonoproekt-pro-skasuvannya-gospodarskogo-kodeksu-chlen-komitetu>> (дата звернення: 15.06.2020).

³ Проект Закону про внесення змін і доповнень до деяких законів України з метою вдосконалення цивільного законодавства від 19 грудня 2019 р. № 2635 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67704> (дата звернення: 15.06.2020).

⁴ ‘В Мін’юсті презентували ініціативу скасування Господарського кодексу’ (Міністерство юстиції України) <<https://minjust.gov.ua/news/ministry/v-minyusti-prezentuvai-initsiativu-skasuvannya-gospodarskogo-kodeksu-22272>> (дата звернення: 15.06.2020); С Богачов та Р Джабраїлов, ‘Замах на Господарський кодекс загрожує руйнуванням соціальних гарантій’ (2008) 210 Голос України <<https://www.golos.com.ua/article/180872>> (дата звернення: 15.06.2020); О Ющик та В Льюченко, ‘Господарський кодекс України: реальність чи видимість?’ (2005) 9 Віче 59–61.

⁵ *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public: période de 1790 à 1835 (Partie Supplémentaire: période de 1834 à 1842)*, t 5 (Par A Dalloz, Bureau de la Jurisprudence Générale 1841) 630.

⁶ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13–14. Ст. 112.

⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9–10. Ст. 88.

⁸ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.

України (проектів якого більше, ніж достатньо), бо найголовніші проблеми трудових відносин закладені не в законодавстві.

Навряд чи ГК України у тому вигляді, в якому він був прийнятий, міг вирішити всі проблеми та не додати нових. Так само як і Цивільний кодекс України (наприклад, довірча власність)⁹, Кримінальний кодекс України (наприклад, конкуренція норм)¹⁰ та будь-які інші кодифікації чи закони, які приймалися до та були прийняті після.

Тому надавати ГК України означення “помилки”, яка може бути виправлена тільки його скасуванням, є нічим іншим як черговою та нездійсненою обіцянкою владнати всі проблеми сьогодення.

Кодекс майбутнього представники господарсько-правничої науки проєктують по-різному. Багато вчених все ж схиляються до “Економічного кодексу України” та одногосно пропонують його розробляти вже з урахуванням очікуваних тенденцій європейського та загальносвітового регулювання економічної діяльності¹¹.

Очевидно, що реалізація подібної ініціативи не пройде повз господарське процесуальне законодавство, яке і так вже нещодавно зазнало реформування¹². Відкритим залишатиметься питання можливості застосування існуючої господарської процесуальної форми для вирішення спорів, пов’язаних з економічною діяльністю. І це питання не можна буде закрити звичайною словозміною: ‘слово “господарський” у всіх відмінках замінити словом “економічний” у відповідних відмінках’¹³.

Якщо акцент дійсно буде зміщений із правового регулювання господарських відносин на правове регулювання економічних відносин,

⁹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

¹⁰ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.

¹¹ О Бринцев, ‘Мета і принципи рекодифікації економічного законодавства України’ в *Реформування господарського законодавства України: збірник тез і матеріалів учасників круглого столу* (2016) 26–30; В Щербина, ‘До питання щодо рекодифікації цивільного законодавства’ (2019) 246 *Голос України* <<https://www.golos.com.ua/article/325640>> (дата звернення: 15.06.2020); В Резнікова, ‘Чому наслідком скасування ГК може стати примусова ліквідація сотень тисяч суб’єктів господарювання (бесіду вела Наталя Мамченко)’ (*Судово-юридична газета*, 22.12.2019) <<https://sud.ua/ru/news/publication/157399-chomu-naslidkom-skasuvannya-gk-mozhe-stati-primusova-likvidatsiya-soten-tisyach-subyektiv-gospodaryuvannya>> (дата звернення: 15.06.2020); І Лукач та В Поединок, ‘Європейська мета Економічного кодексу’ (*Судово-юридична газета*, 03.01.2020) <<https://sud.ua/ru/news/blog/157665-yeuropeyska-meta-ekonomichnogo-kodeksu>> (дата звернення: 15.06.2020); А Захарченко, ‘Руйнування фундаменту: ВР може скасувати ГК й уможливити приховану приватизацію державного та комунального майна’ [2020] 1 (1455) *Закон і Бізнес* <https://zib.com.ua/ua/print/140846-vr_mozhe_uzmozhliviti_prihovanu_privatizaciyu_derzhavnogo_ta_.html> (дата звернення: 15.06.2020).

¹² Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

¹³ Про внесення змін до Закону України “Про арбітражний суд”: Закон України від 21 червня 2001 р. № 2538-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 40. Ст. 194; Про внесення змін до Арбітражного процесуального кодексу України: Закон України від 21 червня 2001 р. № 2539-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 36. Ст. 188.

то існуючі підходи до вирішення господарських спорів здаватимуться щонайменше застарілими для розв'язання економічних спорів.

Проти використання у законодавстві терміна “економічний спір” вже заперечував О. Бринцев¹⁴. Є. Таликін у категорії “економічний спір” вбачав підміну та множення понять¹⁵. Д. Притика виправдовував відсутність визначення економічного спору у господарському процесуальному законодавстві тим, що ‘поняття “економічні спори” не є правовою категорією’¹⁶.

З останнім поясненням погодитися особливо складно. В економіці термін “спір” зазвичай згадується як спір між економістами, тобто як дискусія або суперечка щодо запропонованої економічної моделі, зроблених припущень чи висновків¹⁷. Також вирішення спорів може згадуватися у контексті діяльності міжнародних економічних організацій¹⁸. Спори, особливо в значенні правового конфлікту, не можуть вважатися економічною категорією.

М. Одинцова взагалі підкреслює, що ‘право оцінюється економістом з точки зору стимулів, які воно створює, а не як механізм вирішення спорів, що характерно для традиційного правознавства’¹⁹. Тому спір в економіці може розглядатися не через конфлікт, а через помилку, збій, неспроможність ринку виконати свої функції.

Правове визначення поняття економічного спору буде так само проблемно зафіксувати в процесуальному законодавстві, як і господарського спору. Спори, віднесені до юрисдикції господарських судів, вже складно назвати господарськими в тому сенсі, що не всі з них виникають при безпосередньому здійсненні чи управлінні господарською діяльністю, а участь у таких спорах беруть не лише суб’єкти господарювання та суб’єкти організаційно-господарських повноважень. Особливо це помітно з закладеного в чинному ГПК України протиріччя у завданні господарського судочинства та предметно-суб’єктній юрисдикції господарських судів.

Якщо завдання господарського судочинства в ст. 2 ГПК України передбачає ‘вирішення спорів, пов’язаних із здійсненням господарської діяльності, та розгляд інших справ, віднесених до юрисдикції господарського суду’, то ст. 20 – розгляд господарськими судами справ у ‘спорах,

¹⁴ О Бринцев, *Правова сутність економічних спорів та способи їх вирішення* (Право 2005) 165–70.

¹⁵ Є Таликін, ‘Формування поняття господарського спору в контексті належної господарської юрисдикції’ (2014) 1 Форум права 467.

¹⁶ Д Притика, *Правові засади організації і діяльності органів господарської юрисдикції та шляхи їх удосконалення* (Ін Юре 2003) 321.

¹⁷ Р Krugman and R Wells, *Economics* (3rd ed, Worth Publishers 2012) 41–2.

¹⁸ Ibid 233–4.

¹⁹ М Одинцова, *Економіка права: учебное пособие для вузов* (2-е изд, перераб и доп, Юрайт 2020) 16.

що виникають у зв'язку із здійсненням господарської діяльності <...>, та інші справи у визначених законом випадках²⁰.

“Пов’язаність зі здійсненням” ширше за змістом, аніж “виникнення у зв’язку із здійсненням”, оскільки останній варіант передбачає, що господарська діяльність вже здійснювалася, а “пов’язаність” може стосуватися вже не здійснюваної, зараз здійснюваної і запланованої для здійснення господарської діяльності. Однак у завданні господарського судочинства також допускається розгляд інших справ, віднесених до юрисдикції господарського суду, від зворотного, і юрисдикційність таких інших справ теж повинна збігатися, тобто бути господарською.

Водночас ч. 1 ст. 20 ГПК України *інші справи у визначених законом випадках* не пов’язує з господарською юрисдикційністю таких справ²¹. Це суттєво ускладнює закріплення у процесуальному законодавстві визначення поняття господарського спору, бо будь-які нормативні критерії господарського спору будуть зведені нанівець віднесенням до юрисдикції господарських судів справ, які за своєю юрисдикційністю не є господарськими.

Також економічний спір є набагато ширшим поняттям, аніж господарський спір. Може скластися ситуація, подібна до “публічності” спорів, коли адміністративні суди перетягували на себе всі справи, в яких брали участь органи державної влади²². Однак на цей раз такою ознакою вже буде “економічність” спорів, тобто їхній економічний характер.

Висновки. Враховуючи зазначене, перейдемо до узагальнення проблем нормативного визначення економічних спорів і запропонуємо певні орієнтири на шляху до їх вирішення:

1. *Економічний і правовий спір*. Визначення економічних спорів не повинно залишатися поза процесуальним законодавством. Ситуація з господарськими спорами, коли законодавці ігнорують юрисдикційність відповідних справ, є неприпустимою для економічних спорів. Вважаємо прийнятним введення у процесуальне законодавство терміна “економічно-правовий спір” на зразок “публічно-правового спору” у п. 2 ч. 1 ст. 4 КАС України²³. При цьому потрібно буде “відсікти” економічну складову з публічно-правових спорів, щоб спори з суб’єктами організаційно-господарських повноважень не наділялися ознаками публічно-правового спору.

2. *Пов’язаність з економічною діяльністю*. Широке трактування економічного спору як “пов’язаного з економічною діяльністю” – це найкращий варіант, щоб прибрати темпоральний фактор здійснення

²⁰ Господарський процесуальний кодекс України (н 12).

²¹ Там само.

²² В Щербина, *Вибране. Збірка статей* (Ліра-К 2015) 424.

²³ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36. Ст. 446.

економічної діяльності і не полишати управління, контроль, нагляд за економічною діяльністю тощо. Пов'язаність з економічною діяльністю усуває також питання доречності віднесення до юрисдикції господарських судів (судів, які розглядатимуть економічні спори) справ у справах щодо інтелектуальної власності та приватизації комерційного майна з фізичними особами. Об'єкти інтелектуальної власності, як і приватизовані громадянами нежитлові приміщення, комерціалізуються у процесі здійснення економічної діяльності, а тому спори щодо відповідних об'єктів можуть презюмуватися такими, що зумовлені майбутньою економічною діяльністю.

3. *Зміст економічної діяльності.* При всій самостійності господарського процесуального права напями його подальшого розвитку суттєво залежатимуть від подальшого розвитку економічного законодавства. Визначення поняття економічно-правового спору повинно базуватися на трактуванні економічної діяльності з майбутнього Економічного кодексу України. Вважаємо, економічна діяльність повинна розкриватися не через процес здійснення такої діяльності (як у випадку з господарською діяльністю в чинному ГК України), а через результат, який досягається внаслідок її здійснення (як для ринку, так і для його суб'єктів).

4. *Економічна (не)компетентність.* Хотілось би помилятися у тому, що представники юридичної професії зазвичай не вміють мислити як економісти. Найяскравіше це проявляється тоді, коли судді не переймаються транзакційними витратами при вирішенні спору. Економічне мислення – це значно більше, ніж розуміння правил бухгалтерського обліку. Це знання особливостей маржинального аналізу, функціонування ринку та поведінки його суб'єктів, визначення ефективності та прогнозування впливу прийнятих рішень тощо. Юристи з економічних спорів мають досягти такого рівня розвитку здатності до економічної рефлексії, щоб назавжди вийти за межі поверхнево-побутового сприйняття економічних рішень як “прибуткових” або “збиткових”.

5. *Легкість словозміни.* На жаль, словозміна “господарського” на “економічне” залишається найпростішим і найзручнішим варіантом. Лише колективними зусиллями кожного, хто задіяний у судовому вирішенні економічних спорів, можна буде вивести існуючу господарську процесуальну форму на якісно новий рівень розвитку, передбачуваності та самодостатності.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Krugman P and Wells R, *Economics* (3rd edn, Worth Publishers 2012) (in English).
2. Bryntsev O, *Pravova sutnist ekonomichnykh sporiv ta sposoby yikh vyrishennia* [The Legal Essence of Economic Disputes and Ways to Resolve Them] (Pravo 2005) (in Ukrainian).
3. Odincova M, *Jekonomika prava: uchebnoe posobie dlja vuzov* [Economics of Law: Textbook for High Schools] (2nd edn, Jurajt 2020) (in Russian).
4. Prytyka D, *Pravovi zasady orhanizatsii i diialnosti orhaniv hospodarskoi yurysdyksii ta shliakhy yikh udoskonalennia* [Legal Ambush of Organizations and Authorities of the State Jurisdiction and that Way] (In Yure 2003) (in Ukrainian).
5. Shcherbyna V, *Vybrane. Zbirka statei* [Selected. Collection of Articles] (Lira-K 2015) (in Ukrainian).

Dictionaries

6. *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public: période de 1790 à 1835 (Partie Supplémentaire: période de 1834 à 1842), t 5* (Bureau de la Jurisprudence Générale 1841) (in French).

Journal articles

7. Talykin Ye, 'Formuvannia poniattia hospodarskoho sporu v konteksti nalezhnoi hospodarskoi yurysdyksii' ['Formation of the Concept of Economic Dispute in the Context of Proper Economic Jurisdiction'] (2014) 1 Forum prava (in Ukrainian).
8. Yushchuk O and Iliuchenko V 'Hospodarskyi kodeks Ukrainy: realnist chy vydymist?' ['Economic Code of Ukraine: Reality or Visibility?'] (2005) 9 Viche (in Ukrainian).

Conference papers

9. Bryntsev O, 'Meta i pryntsyipy rekodyfikatsii ekonomichnoho zakonodavstva Ukrainy' ['Purpose and Principles of Recodification of Economic Legislation of Ukraine'] v *Reformuvannia hospodarskoho zakonodavstva Ukrainy: zbirnyk tez i materialiv uchasnykiv kruhloho stolu* ['Reforming the Economic Legislation of Ukraine: a Collection of Abstracts and Materials of the Round Table'] (2016) (in Ukrainian).

Newspaper articles

10. "Naiblyzhchym chasom bude pidhotovleno zakonoproekt pro skasuvannia Hospodarskoho kodeksu", – chlen Komitetu' ["A Bill on the Abolition of the Economic Code will be Prepared in the Near Future", Said a Member of the Committee'] (*Sudovo-iurydychna hazeta*, 05.12.2019) <<https://sud.ua/ru/news/publication/156135-nayblizhchim-chasom-bude-pidgotovleno-zakonoproekt-pro-skasuvannya-gospodarskogo-kodeksu-chlen-komitetu>> (accessed: 15.06.2020) (in Ukrainian).
11. Bohachov S ta Dzhabrailov R, 'Zamakh na Hospodarskyi kodeks zahrozhuie ruinuivanniam sotsialnykh harantii?' ['An Attack on the Economic Code Threatens to Destroy Social Guarantees'] *Holos Ukrainy* (2008) 210 <<http://www.golos.com.ua/article/180872>> (accessed: 15.06.2020) (in Ukrainian).
12. Lukach I and Poiedynok V, 'Yevropeiska meta Ekonomichnoho kodeksu' ['European Purpose of the Economic Code'] (*Sudovo-iurydychna hazeta*, 03.01.2020)

- <<https://sud.ua/ru/news/blog/157665-yevropeyska-meta-ekonomichnogo-kodeksu>> (accessed: 15.06.2020) (in Ukrainian).
13. Rieznikova V, 'Chomu naslidkom skasuvannia HK mozhe staty prymusova likvidatsiia soten tysiach sub'ektiv hospodariuvannia (besidu vela Natalia Mamchenko)' ['Why the Abolition of the EC May Result in the Forced Liquidation of Hundreds of Thousands of Business Entities (Interviewed by Natalia Mamchenko)'] (*Sudovo-iurydychna hazeta*, 22.12.2019) <<https://sud.ua/ru/news/publication/157399-chomu-naslidkom-skasuvannya-gk-mozhe-stati-primusova-likvidatsiya-soten-tisyach-subyektiv-gospodaryuvannya>> (accessed: 15.06.2020) (in Ukrainian).
 14. Shcherbyna V, 'Do pytannia shchodo rekodyfikatsii tsyvilnoho zakonodavstva' ['On the Issue of Recoding Civil Law'] (2019) 246 *Holos Ukrainy* <<http://www.golos.com.ua/article/325640>> (accessed: 15.06.2020) (in Ukrainian).
 15. Zakharchenko A, 'Ruinuvannia fundamentu: VR mozhe skasuvaty HK y umozhlyvyty prykhovanu pryvatyzatsiiu derzhavnoho ta komunalnoho maina' ['Demolition of the foundation: the VR may abolish the CC and allow covert privatization of state and municipal property'] [2020] 1 (1455) *Zakon i Biznes* <<https://zib.com.ua/ua/print/140846-vr-mozhe-umozhlyviti-prihovanu-privatizaciyu-derzhavnogo-ta-.html>> (accessed: 15.06.2020) (in Ukrainian).

Websites

16. 'V Min'iusti prezentuvaly initsiatyvu skasuvannia Hospodarskoho kodeksu' ['The Ministry of Justice Presented an Initiative to Repeal the Economic Code'] <<https://minjust.gov.ua/news/ministry/v-minyusti-prezentuvali-initsiatyvu-skasuvannya-gospodarskogo-kodeksu-22272>> (accessed: 15.06.2020) (in Ukrainian).

Oleksandr Khudenko

ISSUES PERTAINING TO NORMATIVE DEFINITION
OF ECONOMIC DISPUTES

ABSTRACT. Economic disputes are an objective phenomenon; however, the views of lawyers and economists on these issues are not just different, but radically diverging. The relevance of the issues pertaining to normative definition of economic disputes stems from the expected update of economic legislation which should also become a new impetus for the development of procedural legislation.

The purpose of the article is to study the issues pertaining to normative definition of economic disputes, and also to formulate proposals for overcoming these problems.

Introducing the definition of "an error" in respect of the Commercial Code of Ukraine, which can only be corrected by its cancellation, is nothing more than another and unrealizable promise to settle all of the problems existing today. Implementation of the initiative to update economic legislation will not pass by commercial procedure legislation, which has already been reformed recently. There is still an open question whether the existing commercial procedure form may be used to resolve disputes relating to economic activity. If the emphasis is indeed shifted from legal regulation of commercial relations to legal regulation of economic relations, then the existing approaches to resolution of commercial disputes will seem at least outdated from the perspective of

resolution of economic disputes. Disputes, especially in the sense of a legal conflict, may not be considered an economic category. Therefore, a dispute in the economy domain may be considered not through the lens of a conflict, but through the lens of an error, a failure, or inability of the market to perform its functions. An economic dispute is a much broader concept than a commercial dispute and, therefore, a mere renaming of all commercial disputes into economic disputes appears to be wrong and short-sighted.

The author suggests that the term “economic law dispute” should be introduced into procedural legislation in the meaning of a dispute related to economic activity. The definition of the economic activity concept is seen from the perspective of the future Economic Code of Ukraine as a certain result achieved following implementation of a relevant activity (both for the market and for its entities). The author emphasizes the need to develop economic thinking in everyone involved in court settlement of economic disputes.

KEYWORDS: economic dispute; economic law dispute; commercial dispute; Economic Code of Ukraine.

II. Особливості здійснення правосуддя господарськими судами: доктринальні проблеми та шляхи їх розв'язання



Андрій Бутирський

доктор юридичних наук, доцент,
суддя Господарського суду Чернівецької області
(Чернівці, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3225-7017>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/T-6709-2018>
a.butyrskiy@chnu.edu.ua

УДК 346.91

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ СТРОКІВ У ГОСПОДАРЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

АНОТАЦІЯ. Прийняття нової редакції Господарського процесуального кодексу України (ГПК України) мало на меті докорінно змінити процес вирішення господарських спорів, у зв'язку з чим було запроваджено багато нових для господарського процесу інститутів. Що стосується процесуальних строків у господарському судочинстві, то строк вирішення господарських спорів у першій інстанції збільшився (замість максимуму у два з половиною місяці у попередній редакції ГПК України до в середньому три–п'ять місяців у чинній редакції ГПК України). Така ситуація не може не турбувати, оскільки оперативне та якісне вирішення спору у господарському судочинстві має надважливе значення для розвитку економіки України та стабільності ділового обороту.

Метою статті є аналіз окремих аспектів застосування процесуальних строків у господарському судочинстві, виявлення проблемних питань, що виникають на практиці застосування процесуальних строків у господарському судочинстві, та вироблення на цій основі пропозицій з удосконалення вітчизняного господарського процесуального законодавства.

Автор виділяє дисциплінуючу функцію процесуальних строків у господарському судочинстві, оскільки недотримання встановлених судом строків для подання заяв, скарг і документів унеможливує їх подання у майбутньому та надає суду право вирішити спір за наявними матеріалами справи.

У результаті проведеного дослідження автор доходить висновку, що ГПК України не застосовує єдину термінологію у частині регламентації процесуальних строків. Це призводить до різного розуміння таких строків у господарському судочинстві та неоднакового застосування процесуальних норм.

Законодавець в одній нормі права (ст. 177 ГПК України) передбачив, що підготовче провадження може тривати до 60 днів із дня відкриття провадження у справі,

а в іншій нормі права (ст. 195 ГПК України) – що розгляд справи по суті повинен розпочатися протягом все тих же 60 днів із дня відкриття провадження у справі. Із цього випливає, що початок розгляду справи по суті збігається із закриттям підготовчого засідання. Проте цей висновок суперечить положенням ч. 3 ст. 201 ГПК України. Вихід із колізії вбачається у чіткому встановленні порядку обчислення процесуальних строків.

ГПК України передбачає можливість безмежного поновлення строку на апеляційне оскарження, що, безумовно, суперечить принципу правової визначеності. Вихід із цієї ситуації вбачається у наданні права касаційній інстанції скасовувати судові рішення апеляційної інстанції, прийняті внаслідок порушення ч. 2 ст. 261 ГПК України.

Також вбачається необхідність у встановленні реального строку розгляду скарг на дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи органу державної виконавчої служби або приватного виконавця в один місяць із дати надходження відповідної скарги.

Ключові слова: процесуальні строки; господарське судочинство; господарський процес; розумні строки.

Прийняття нової редакції Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)¹ мало на меті докорінно змінити процес вирішення господарських спорів, у зв'язку з чим було запроваджено багато нових для господарського процесу інститутів. Така кардинальна зміна ГПК України не могла не торкнутися основних положень цього нормативно-правового акта, таких як завдання та основні засади господарського судочинства, суб'єктний склад сторін у господарському процесі, процесуальні строки тощо.

Що стосується процесуальних строків у господарському судочинстві, то строк вирішення господарських спорів у першій інстанції збільшився (замість максимуму у два з половиною місяці у попередній редакції ГПК України до в середньому три–п'ять місяців у чинній редакції ГПК України). Така ситуація не може не турбувати, оскільки оперативне та якісне вирішення спору у господарському судочинстві має надважливе значення для розвитку економіки України та стабільності ділового обороту.

Практичне застосування ГПК України виявило певні проблеми в обчисленні та застосуванні процесуальних строків у господарському судочинстві, що зумовило вибір теми цього дослідження.

Вивченню різних аспектів удосконалення господарського судочинства присвятили свої праці такі вітчизняні науковці, як О. Беяневич, В. Джуль, С. Демченко, Л. Ніколенко, Б. Поляков, Д. Притика, В. Резнікова, Т. Степанова, В. Щербина та ін. Водночас доводиться констатувати, що питання застосування процесуальних строків у господарському судочинстві

¹ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>> (дата звернення: 25.04.2020).

Андрій Бутирський

чинстві залишилися малодослідженими, особливо – у контексті нової редакції ГПК України, що свідчить про актуальність обраної теми дослідження.

Метою дослідження є аналіз окремих аспектів застосування процесуальних строків у господарському судочинстві, виявлення проблемних питань, що виникають на практиці застосування процесуальних строків у господарському судочинстві та вироблення на цій основі пропозицій з удосконалення вітчизняного господарського процесуального законодавства.

Як справедливо відзначає С. Демченко:

Господарське судочинство, з позицій його функціональної ролі, є засобом впливу на економічні відносини. Цей вплив завжди є суттєвим, однак може бути позитивним (якщо своєчасно, у розумні строки господарським судом (судами) виносяться правосудні справедливі рішення. У цьому разі можна говорити про позитивну ефективність господарського судочинства) і негативним (коли строки розгляду спорів не виправдано затягуються, постановляються неправосудні, несправедливі рішення)².

Суттєвим недоліком попередньої редакції ГПК України було безсистемне подання до суду відзиву, письмових пояснень, додаткових доказів, заяв, клопотань тощо, що призводило до безпідставного затягування розгляду справи. Ця проблема була вирішена визначенням у ГПК України чіткої послідовності подання відзиву, відповіді на відзив і заперечень, а ненадання відповідачем відзиву у встановлений судом строк без поважних причин надає суду право вирішити спір за наявними матеріалами справи. Також у ч. 2 ст. 118 ГПК України встановлено, що заяви, скарги і документи, подані після закінчення процесуальних строків, залишаються без розгляду, крім випадків, передбачених цим документом.

О. Шекера зазначає:

<...> основне функціональне призначення господарсько-процесуальних строків як інституту господарського-процесуального права проявляється в регулятивній, охоронній і захисній функціях, а також функції сприяння сторонам у реалізації господарсько-процесуальних прав та обов'язків, сприяння господарському суду в належній організації провадження у справі³.

www.pravoha.com.ua

² С Демченко, 'Теоретико-методологічні засади ефективності господарського судочинства' (автореф дис д-ра юрид наук, 2010) 21–2.

³ Ю Шекера, 'Строки у господарському процесуальному праві' (автореф дис канд юрид наук, 2016) 8.

Підтримуючи запропоновані авторкою функції господарсько-процесуальних строків, вважаємо за необхідне віднести до функцій процесуальних строків у господарському судочинстві також дисциплінуючу функцію, оскільки недотримання встановлених судом строків для подання заяв, скарг і документів унеможливує їх подання і надає суду право вирішити спір за наявними у справі матеріалами.

Згідно з ч. 1 ст. 2 ГПК України завданням господарського судочинства є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності, а одним із принципів господарського судочинства є розумність строків розгляду справи судом (п. 10 ч. 2 ст. 2 ГПК України). Із наведеної норми права (ст. 2 ГПК України) випливає, що своєчасність вирішення господарського спору досягається завдяки дотриманню розумних строків розгляду справи судом.

Вбачається, що “своєчасність” та “розумний строк” є оціночними поняттями, оскільки один і той самий строк для однієї особи буде розумним, а для іншої – буде порушенням розумного строку. Це пов'язано з особистим сприйняттям особою тієї чи іншої правової ситуації, що апріорі не може бути однаковим для всіх.

Здається, що чим швидше суддя розгляне спір, тим буде краще. Однак наведена думка є хибною, оскільки судді може бути поставлене в провину занадто швидке вирішення спору з відповідними наслідками у вигляді дисциплінарного стягнення. Характерним є приклад, коли суддю було звільнено з посади, зокрема й за занадто швидкий розгляд справи. Так, у рішенні Першої Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя від 30 листопада 2018 р. № 3658/1дп/15-18 вказано:

Згідно із журналом судового засідання від 16 червня 2017 року у справі за позовом Н. до К. про розірвання шлюбу та поділ майна подружжя засідання розпочалось раніше призначеного для розгляду справи часу – о 10:46, а не об 11:00; судовий розгляд до виходу судді до нарадчої кімнати тривав 4 хвилини – до 10:50; вступна і резолютивна частини судового рішення були оголошені суддею через одну хвилину – о 10:51. Таким чином, за 9 хвилин до визначеного суддею часу початку судового засідання цивільна справа вже була розглянута по суті з проголошенням ухваленого рішення⁴.

Велика Палата Верховного Суду, розглядаючи законність звільнення судді, у своїй постанові зазначила:

З огляду на сукупність встановлених обставин, ВРП [Вища рада правосуддя. – А. Б.] та її Перша Дисциплінарна палата обґрунтовано звернули

⁴ Рішення Першої Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя від 30 листопада 2018 р. № 3658/1дп/15-18 < <https://hcj.gov.ua/doc/doc/155> > (дата звернення: 25.04.2020).

увагу на те, що суддя П. максимально швидко і всупереч вимогам закону задовольнила позовні вимоги Н. <...>⁵.

Законодавчого визначення поняття “розумний строк” не існує, оскільки воно (поняття) є різним для кожної процесуальної дії або судової процедури. Серед науковців також не існує єдності у підходах до суті та поняття “розумний строк”. Так, В. Щербина та В. Резнікова, аналізуючи відповідні положення ГПК України, доходять таких висновків: ‘По-перше, презюмується, що всі процесуальні строки, встановлені законом, є розумними; по-друге, принцип розумності строків розгляду справи судом певним чином пов’язаний із принципом пропорційності’⁶.

Зі свого боку П. Гуйван зазначає, що ‘<...> “розумний строк” становить сукупність процесуальних строків, встановлених законом для вирішення справи з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів без необґрунтованих зволікань’⁷.

З урахуванням наведеного можна стверджувати, що поняття “розумний строк” слід застосовувати до всієї процедури вирішення господарського спору, а отже, неможливо визначити конкретний строк, за який буде розглянута господарська справа. Натомість кожна стадія господарського процесу має чіткі часові межі, дотримання яких загалом призведе до вирішення спору у розумний строк. За таких обставин доцільним є дослідження окремих норм ГПК України, які визначають процесуальні строки.

Насамперед слід зазначити, що ГПК України не застосовує єдину термінологію у частині процесуальних строків. Так, щодо вчинення судом процесуальних дій він використовує термін “невідкладно” (ч. 9 ст. 6, ч. 5 ст. 31, ч. 7 ст. 39 тощо) та “негайно” (ч. 1 ст. 83, ч. 5 ст. 102, ч. 2 ст. 144 тощо). Також ГПК України оперує таким поняттям, як “терміновість” (абзац 2 ч. 4 та ч. 6 ст. 120). Відповідно до Словника синонімів української мови всі ці поняття є синонімами⁸, однак на сайті законодавця (Верховної Ради України) під терміном “невідкладно” розуміють проміжок часу, визначений/установлений з моменту настання підстав для здійснення відповідних дій, які є пріоритетними і здійснюються першочергово, але не пізніше наступного робочого дня або установленого часу наступного

⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 14 листопада 2019 р., провадження № 11-490ссп19 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/86275965>> (дата звернення: 25.04.2020).

⁶ Валентин Щербина та Вікторія Резнікова, ‘Основи засади (принципи) господарського судочинства України’ (2018) 7 Право України 25.

⁷ П. Гуйван, ‘Своєчасний розгляд справи як елемент права на справедливий суд’ [2018] 1 (29) Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського Серія: Юридичні науки 37.

⁸ А. Бурячок та інші, *Словник синонімів української мови, т. 1* (Наукова думка 2001) 960, 963.

робочого дня⁹, а термін “негайно” означає найкоротший термін протягом робочого дня, в який мають здійснюватися (відбуватися) відповідні дії, з моменту настання підстав для їх здійснення¹⁰. Як бачимо, між поняттями “невідкладно” та “негайно” є суттєва різниця, яка у процесі застосування ГПК України проявляється найбільш виразно.

Така множинність і неузгодженість термінів призводить до різного розуміння процесуальних строків у господарському судочинстві та неоднакового застосування процесуальних норм. Вихід вбачається у чіткому встановленні процесуальних строків, без зайвої плутанини. Так, наприклад, у ч. 7 ст. 119 ГПК України вказано, що про відмову у поновленні або продовженні процесуального строку суд постановляє ухвалу, яка не пізніше наступного дня з дня її постановлення надсилається особі, яка звернулася із відповідною заявою. Отже, якщо законодавець вбачає за необхідне терміново вирішити певне процесуальне питання, достатньо вказати, що така дія має бути вчинена не пізніше наступного дня.

Відповідно до частин 2 та 3 ст. 177 ГПК України:

Підготовче провадження починається відкриттям провадження у справі і закінчується закриттям підготовчого засідання.

Підготовче провадження має бути проведене протягом шістдесяти днів з дня відкриття провадження у справі¹¹.

Із наведеного випливає, що підготовче провадження може тривати до 60 днів. Водночас частини 1 та 2 ст. 195 ГПК України встановлюють:

Суд має розпочати розгляд справи по суті *не пізніше ніж через шістдесят днів з дня відкриття провадження* (курсив наш. – А. Б.) у справі, а у випадку продовження строку підготовчого провадження – не пізніше наступного дня з дня закінчення такого строку.

Суд розглядає справу по суті протягом тридцяти днів з дня початку розгляду справи по суті¹².

Отже, законодавець в одній нормі права (ст. 177 ГПК України) передбачив, що підготовче провадження може тривати до 60 днів із дня відкриття провадження у справі, а в іншій нормі права (ст. 195 ГПК України) – що розгляд справи по суті повинен розпочатися протягом все тих же 60 днів із дня відкриття провадження у справі. З чого випливає, що

⁹ Термін “Невідкладно” (Верховна Рада України) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/term/39197>> (дата звернення: 25.04.2020).

¹⁰ Термін “Негайно” (Верховна Рада України) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/term/39198>> (дата звернення: 25.04.2020).

¹¹ Господарський процесуальний кодекс України (н 1).

¹² Там само.

початок розгляду справи по суті збігається із закриттям підготовчого засідання. Проте такий висновок суперечить ч. 3 ст. 201 ГПК України, відповідно до якої ‘з оголошення головуючим судового засідання відкритим розпочинається розгляд справи по суті’¹³.

Характерним є такий приклад із судової практики. Київський апеляційний господарський суд під час розгляду справи № 910/22824/17 вказав, що ‘<...> підготовче провадження закінчується закриттям підготовчого засідання, а розгляд справи по суті розпочинається із закриттям підготовчого засідання’¹⁴.

Проте Верховний Суд, переглядаючи це судові рішення, у своїй постанові від 29 листопада 2018 р. у зазначеній справі дійшов протилежного висновку:

При цьому законодавець розрізняє строки “до закінчення підготовчого провадження” та “до початку судового розгляду справи по суті”, зокрема, наприклад, надаючи право позивачу змінити предмет або підстави позову збільшити, а також збільшити або зменшити розмір позовних вимог саме до закінчення підготовчого засідання.

З урахуванням викладеного, колегія суддів касаційного господарського суду не погоджується з висновками судів попередніх інстанцій, що розгляд справи по суті розпочинається з дати закриття підготовчого засідання у випадку призначення справи до розгляду по суті на іншу дату, ніж дата закриття підготовчого засідання та винесення відповідної ухвали про закриття підготовчого провадження та призначення справи до судового розгляду по суті¹⁵.

Таке неоднозначне сприйняття норм ГПК України призвело до того, що кожен суддя трактує зазначені положення по-своєму і на свій розсуд визначає, в який строк призначати розгляд справи по суті (наприклад, одна частина суддів ухвалює рішення у справі у 30-денний строк із дня закриття підготовчого засідання, друга – після закриття підготовчого засідання призначає розгляд справи по суті й ухвалює рішення у 30-денний строк із дня початку розгляду справи по суті, існують й інші способи обрахунку процесуальних строків). Така невизначеність породжує неоднозначність судової практики в обчисленні процесуальних строків, а крім того, призводить до суттєвого збільшення строків вирішення спорів у господарському судочинстві.

¹³ Господарський процесуальний кодекс України (н 1).

¹⁴ Постанова Київського апеляційного господарського суду від 21 серпня 2018 р. у справі № 910/22824/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/76079436>> (дата звернення: 26.04.2020).

¹⁵ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 29 листопада 2018 р. у справі № 910/22824/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/78412689>> (дата звернення: 26.04.2020).

Вихід із цієї колізії вбачається у чіткому встановленні порядку обчислення процесуальних строків. Як приклад можна запозичити правову конструкцію ст. 316 Кримінального процесуального кодексу України, яка передбачає:

Після завершення підготовки до судового розгляду суд постановляє ухвалу про призначення судового розгляду. Судовий розгляд має бути призначений не пізніше десяти днів після постановлення ухвали про його призначення¹⁶.

У класичному рішенні Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) “Брумареску проти Румунії” ідеться про необхідність дотримання принципу правової визначеності, однією зі складових якого є стабільність та остаточність судових рішень¹⁷.

У пункті 47 рішення “Устименко проти України” ЄСПЛ зазначив:

<...> якщо звичайний строк оскарження поновлюється зі спливом значного періоду часу, таке рішення може порушити принцип правової визначеності. Хоча саме національним судам, перш за все, належить виносити рішення про поновлення строку оскарження, їх свобода розсуду не є необмеженою. Суди повинні обґрунтовувати відповідне рішення. У кожному випадку національні суди повинні встановити, чи виправдовують причини поновлення строку оскарження втручання у принцип *res judicata*, особливо коли національне законодавство не обмежує дискреційні повноваження судів стосовно часу або підстав для поновлення строків¹⁸.

Відповідно до ч. 2 ст. 261 ГПК України незалежно від поважності причин пропуску строку на апеляційне оскарження суд апеляційної інстанції відмовляє у відкритті апеляційного провадження, якщо апеляційна скарга подана після спливу одного року з дня складання повного тексту судового рішення, крім виключних випадків (подання апеляційної скарги особою, не повідомленою про розгляд справи або не залученою до участі в ній, якщо суд ухвалив рішення про її права, інтереси та (або) обов’язки або пропуск строку на апеляційне оскарження внаслідок виникнення обставин непереборної сили). Натомість можливим є поновлення строку на оскарження апеляційною інстанцією поза межами зазначеного вище

¹⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> (дата звернення: 25.04.2020).

¹⁷ Брумареску проти Румунії: рішення Європейського суду з прав людини від 28 жовтня 1999 р., заява № 28342/95 <<http://eurocourt.in.ua/Article.asp?Aldx=307>> (дата звернення: 25.04.2020).

¹⁸ Устименко проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 29 жовтня 2015 р., заява № 32053/13 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_b27> (дата звернення: 25.04.2020).

однорічного строку без існування виключних випадків. І це не лише припущення.

За загальним правилом, ухвалу про відмову у поновленні або продовженні процесуального строку може бути оскаржено у порядку, встановленому ГПК України (ч. 8 ст. 119). Зі свого боку ухвала про поновлення процесуального строку не підлягає оскарженню, ухвала про поновлення строку на апеляційне оскарження відсутня у переліку ухвал суду апеляційної інстанції, які підлягають касаційному оскарженню (п. 3 ч. 1 ст. 287 ГПК України), а безпідставне поновлення строку на апеляційне оскарження не є підставою для скасування судового рішення касаційною інстанцією.

Такий стан речей передбачає можливість безмежного поновлення строку на апеляційне оскарження, що, безумовно, суперечить принципу правової визначеності. Вихід із цієї ситуації вбачається у наданні права касаційній інстанції скасувати судові рішення апеляційної інстанції, прийняті внаслідок порушення ч. 2 ст. 261 ГПК України.

Розділ VI ГПК України регламентує судовий контроль за виконанням судових рішень. Відповідно до частин 1–2 ст. 342 ГПК України:

Скарга розглядається у десятиденний строк у судовому засіданні за участю стягувача, боржника і державного виконавця або іншої посадової особи органу державної виконавчої служби чи приватного виконавця, рішення, дія чи бездіяльність яких оскаржуються. Неявка стягувача, боржника, державного виконавця або іншої посадової особи органу державної виконавчої служби, приватного виконавця, які належним чином повідомлені про дату, час і місце розгляду скарги, не перешкоджають її розгляду¹⁹.

Наведене вище положення ГПК України встановлює 10-денний строк для розгляду скарг на дії або бездіяльність виконавчої служби, що забезпечується можливістю розгляду справ цієї категорії за відсутності учасників такого розгляду. Встановлення саме такого процесуального строку є необґрунтованим і фактично декларативним. І ось чому. По-перше, розгляд зазначених скарг є складним із погляду матеріального права, оскільки заявник не сплачує судовий збір за подання скарги, що не обмежує його у кількості вимог (як правило, три і більше). По-друге, розгляд скарги неможливий без матеріалів виконавчого провадження, яке перебуває у державного або приватного виконавця. Тож якщо такий виконавець до суду не з'явився, матеріали виконавчого провадження не надав, то і розгляд скарги неможливий, що призво-

¹⁹ Господарський процесуальний кодекс України (н 1).

дить до перенесення розгляду справи. По-третє, законодавче формулювання “скарга розглядається у десятиденний строк” не дає можливості встановити, від якої дати бере відлік такий строк: від дати звернення зі скаргою, від дати призначення скарги до розгляду або від дати початку розгляду скарги по суті.

Враховуючи викладене, вбачається необхідність у встановленні реального строку розгляду скарг на дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи органу державної виконавчої служби або приватного виконавця в один місяць із дати надходження відповідної скарги.

Висновки. Підсумовуючи наведене, доходимо таких висновків. Автор виділяє дисциплінуючу функцію процесуальних строків у господарському судочинстві, оскільки недотримання встановлених судом строків для подання заяв, скарг і документів унеможлиблює їх подання у майбутньому та надає суду право вирішити спір за наявними матеріалами справи.

ГПК України не застосовує єдину термінологію у частині регламентації процесуальних строків, що призводить до різного розуміння таких строків у господарському судочинстві та неоднакового застосування процесуальних норм.

Законодавець в одній нормі права (ст. 177 ГПК України) передбачив, що підготовче провадження може тривати до 60 днів із дня відкриття провадження у справі, а в іншій нормі права (ст. 195 ГПК України) – що розгляд справи по суті повинен розпочатися протягом все тих же 60 днів із дня відкриття провадження у справі. З чого випливає, що початок розгляду справи по суті збігається із закриттям підготовчого засідання. Проте такий висновок суперечить положенням ч. 3 ст. 201 ГПК України. Вихід із цієї колізії вбачається у чіткому встановленні порядку обчислення процесуальних строків.

ГПК України передбачає можливість безмежного поновлення строку на апеляційне оскарження, що, безумовно, суперечить принципу правової визначеності. Вихід із цієї ситуації, на нашу думку, полягає у наданні права касаційній інстанції скасувати судові рішення апеляційної інстанції, прийняті внаслідок порушення ч. 2 ст. 261 ГПК України.

Вбачається необхідність у встановленні реального строку розгляду скарги на дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи органу державної виконавчої служби або приватного виконавця в один місяць із дати надходження відповідної скарги.

REFERENCES

Bibliography

Dictionaries

1. Buriachok A ta inshi, *Slovyk synonymiv ukrainskoi movy [Dictionary of Synonyms of the Ukrainian Language], t 1* (Naukova dumka 2001) (in Ukrainian).

Journal articles

2. Huivan P, 'Svoiechasnyi rozghliad spravy yak element prava na spravedlyvyi sud' ['Timely Consideration of a Case as an Element of the Right to a Fair Trial'] [2018] 1 (29) *Vcheni zapysky TNU imeni V I Vernadskoho Serii: Yurydychni nauky* 37 (in Ukrainian).
3. Shcherbyna V ta Rieznikova V, 'Osnovi zasady (pryntsypy) hospodarskoho sudochynstva Ukrainy' ['The Basic Principles (Fundamentals) of the Economic Court Procedure in Ukraine'] (2018) 7 *Pravo Ukrainy* 25 (in Ukrainian).

Theses

4. Demchenko S, 'Teoretyko-metodolohichni zasady efektyvnosti hospodarskoho sudochynstva' ['Theoretical and Methodological Foundations of the Effectiveness of Economic Litigation'] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, 2010) (in Ukrainian).
5. Shekera Yu, 'Stroky u hospodarskomu protsesualnomu pravi' ['Terms in Economic Procedural Law'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2016) (in Ukrainian).

Websites

6. 'Termin "Nevidkladno"' ['Term "Immediate"'] (*Verkhovna Rada Ukrainy*) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/term/39197>> (accessed: 25.04.2020) (in Ukrainian).
7. 'Termin "Nehaino"' ['Term "Immediately"'] (*Verkhovna Rada Ukrainy*) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/term/39198>> (accessed: 25.04.2020) (in Ukrainian).

Andrii Butyrskyi

CERTAIN ASPECTS IN APPLYING PROCEDURAL DEADLINES IN ECONOMIC COURT PROCEEDINGS

ABSTRACT. Adoption of the amended Code of Economic Procedure of Ukraine (Ukrainian CEP) was intended to radically change the process of economic dispute resolution, and in this connection many new institutions of economic procedure have been introduced. As for procedural deadlines in economic proceedings, the period established for resolution of economic disputes in the first instance court has been increased (instead of a maximum of two and a half months in the prior version of Ukrainian CEP, to an average of three to five months in the current Ukrainian CEP). This situation can not but worry, since prompt and high-quality resolution of a dispute in economic proceedings is crucial for the development of Ukraine's economy and the stability of business practice.

The purpose of the article is to analyze certain aspects pertaining to application of procedural deadlines in economic proceedings, and to identify challenging issues which arise in the practice of applying procedural deadlines in economic proceedings and, on this basis, to develop proposals for improvement of domestic economic procedure legislation.

The author highlights the disciplining function of procedural deadlines in economic proceedings, since failure to comply with the deadlines set by the court for filing applications, complaints and documents makes it impossible to submit them in the future and entitles the court to resolve a dispute based on the available case materials.

Following the research, the author concludes that Ukrainian CEP does not apply uniform terminology with regard to regulation of procedural deadlines. This entails different understanding of such deadlines in economic proceedings and non-uniform application of procedural rules.

The legislator in the same provision of law (article 177 of Ukrainian CEP) has established that preliminary proceedings may last up to sixty days from the date on which proceedings in a case are commenced; another provision of law (article 195 of Ukrainian CEP) establishes that proceedings on the merits should begin within the same sixty days from the date on which proceedings in a case are commenced. Hence, it follows that commencement of proceedings on the merits coincides with closing of preliminary proceedings. However, this conclusion contradicts the provisions of part 3, article 201 of Ukrainian CEP. The way out of this conflict is seen in setting forth a clear procedure for calculation of procedural deadlines.

Ukrainian CEP provides for the possibility of unlimited renewal of the deadline for appeal, and this certainly contradicts the principle of legal certainty. The way out of this situation seen by the author is to entitle the cassation court to overturn the appeal court decisions passed as a result of violation of part 2, article 261 of Ukrainian CEP.

The author also sees the need to establish a realistic deadline for consideration of complaints against actions or omissions of a state enforcement officer or another official of the State Enforcement Service or a private enforcer within one month upon receipt of the complaint.

KEYWORDS: procedural deadlines; economic court proceedings; economic court procedure; reasonable deadlines.



Вікторія Резнікова

докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри господарського права
та господарського процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0149-0710>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/O-4799-2018>
reznikova.vv78@gmail.com

Марія Курей

юристка другої категорії
кафедри господарського права та господарського процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
mariakurey@gmail.com



УДК 346.9

ШТРАФ ЯК ФОРМА ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

АНОТАЦІЯ. Статтю присвячено дослідженню штрафу як форми господарської процесуальної відповідальності ті складової ефективного судового захисту, спрямованого на запобігання і протидію вчиненню господарських процесуальних правопорушень. Акцентовано увагу на проблемі визначення правової природи процесуальних штрафів, розглянуто доктринальні підходи прихильників і критиків концепції існування судових штрафів, розмежовано склади адміністративного правопорушення, передбаченого у ст. 185³ Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП), і господарських процесуальних правопорушень, передбачених у ч. 1 ст. 135 Господарського процесуального кодексу України (ГПК України). Особливу увагу також приділено питанню віднесення неповаги до суду до господарських процесуальних правопорушень, на підставі чого аргументовано необхідність у наданні господарському суду можливостей для застосування штрафу до присутніх у залі засідань, а також наведено приклади судової практики, які свідчать про становлення тенденції притягнення порушників нормального ходу розгляду судової справи до процесуальної відповідальності за прояв неповаги до суду.

Було проаналізовано ознаки судового штрафу, а також надано класифікацію особливостей господарського процесуального штрафу як загальних процесуальних, які роблять штраф міжгалузевим процесуальним феноменом, а також спеціальних процесуальних, якими визначається місце штрафу в господарському

судочинстві. Зосереджено увагу на дискусійному питанні необхідності стягнення штрафу і з учасника господарської справи, і з його представника, проілюстровано позицію, якої дотримуються авторки статті. Проаналізовано та класифіковано функції штрафу, які визначають його місце в господарському процесі, на превентивну, стимулюючу, яка демонструє суттєву відмінність між штрафом у матеріальному та процесуальному праві, та каральну.

Ключові слова: господарський процес; господарська процесуальна відповідальність; судовий (процесуальний) штраф; господарський процесуальний штраф; правова природа штрафу; господарське процесуальне правопорушення; неповага до суду; класифікація особливостей судового штрафу; загальні процесуальні та спеціальні процесуальні ознаки штрафу в господарському процесі; відповідальність представника; зловживання процесуальними правами; функції штрафу в господарському процесі.

Факт існування юридичної відповідальності в судочинстві вже повною мірою визнається більшістю науковців у сфері права. Утім, питанням господарсько-процесуальної відповідальності вітчизняними вченими-процесуалістами було приділено досить мало уваги, зокрема, і після реформи процесуального законодавства, яка відбулася наприкінці 2017 р. та набула чинності з 1 січня 2018 р. Актуальність дослідження відповідальності в господарському судочинстві заперечити неможливо з огляду на те, що цей інститут господарського процесу спрямований на попередження господарських процесуальних правопорушень, спроб перешкоджання нормальному функціонуванню розгляду та вирішення господарських справ, тобто на виконання завдань, передбачених у ч. 2 ст. 2 Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК України)¹. Штраф як захід господарсько-процесуальної відповідальності було закріплено внаслідок зазначеної реформи в новоствореній главі 9 ГПК України, яка називається “Заходи процесуального примусу”.

Враховуючи викладене вище, вбачається виправданим дослідження інституту господарсько-процесуальної відповідальності в аспектах окремо взятих структурних елементів, зокрема у розрізі поняття та особливостей штрафу як заходу процесуального примусу, що виконує роль господарсько-процесуальної відповідальності.

В окремих аспектах питання заходів господарсько-процесуальної відповідальності, зокрема й штрафу, досліджувалися у наукових працях деяких вітчизняних науковців, наприклад, А. Коліної, О. Перекрестної, А. Катрич. Також на особливості заходів цивільної або адміністративної процесуальної відповідальності звертають увагу В. Кройтор, І. Лукіна, О. Рожнов, В. Буга, В. Комаров, С. Бичкова, В. Луспенник, С. Фурса. Утім,

¹ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

особливості штрафу як форми процесуальної відповідальності в господарському судочинстві досі залишаються малодослідженими.

Мета дослідження полягає у визначенні поняття штрафу як заходу господарсько-процесуальної відповідальності, а також особливостей, наявність яких дає змогу розглядати штраф як окрему форму відповідальності в господарському судочинстві, зокрема, на підставі норми ст. 135 ГПК України.

Феномену господарсько-процесуальної санкції у вигляді винесення ухвали про накладення штрафу в доктрині вітчизняного господарського процесуального права сьогодні приділено досить мало уваги. Крім того, враховуючи популярність штрафу як заходу відповідальності за невиконання правових приписів або інші порушення правових норм у різних галузях права, слід приділити достатньо уваги дослідженню цього явища та його місця в господарському судочинстві, зокрема, з огляду на принципові відмінності інституту юридичної відповідальності в матеріальному та процесуальному праві.

Досить проблемним питанням залишається правова природа штрафу в господарському процесі. Продовжується дискусія навколо самостійності процесуальної відповідальності взагалі, оскільки думки вчених стосовно цього питання можна умовно розділити на дві групи: перша група дослідників відносить штраф у судочинстві до адміністративних штрафів, що застосовуються у порядку, передбаченому ст. 185³ Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП)², друга група вчених наполягає на тому, що судовий штраф є самостійним заходом господарської процесуальної відповідальності. Таким чином, позиції науковців стосовно судових штрафів розділилися: одна група вчених, зокрема й В. Молчанов, не визнає існування процесуальних штрафів, звертає увагу на існування штрафів лише в матеріальних галузях права – адміністративному та кримінальному, зазначаючи, як критик концепції процесуальної відповідальності, що процесуальний закон говорить про наслідки невиконання процесуальних обов'язків, а не про відповідальність, яка не є тотожною наслідкам, які можуть і не мати характеру відповідальності взагалі³. Хоча з цією думкою складно погодитися навіть з огляду на існування штрафів у сфері господарювання, а також на те, що окрім компенсаційної функції та настання несприятливих наслідків для порушника процесуальних норм є й інші, не менш важливі. Позиція іншої групи вчених⁴ кардинально відрізняється від цієї думки: вони

² Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-Х <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

³ В. Молчанов, 'Об ответственности в гражданском судопроизводстве' (2010) 10 Арбитражный и гражданский процесс 28-9.

⁴ В. Протасов, *Основы общеправовой процессуальной теории* (Юрид лит 1991) 136.

вважають судові штрафи явищем, властивим процесу у розгляді судової справи. Цю думку і ми підтримуємо. Як наголосив М. Фролов, на відміну від адміністративних і кримінальних штрафів, а також неустойки в цивільному праві, судовий штраф є мірою процесуального примусу як одного зі способів реалізації процесуальних обов'язків, тобто виходить, що мета застосування процесуального штрафу полягає в забезпеченні прав учасників процесу на швидкий ефективний розгляд справи, запобігання подальшим порушенням дисципліни в судочинстві, гарантування захисту процесуального правопорядку, а не на захист прав та інтересів осіб від порушень у матеріальному праві. Ба більше, застосовуватися процесуальний штраф може лише судом через постановлення ним ухвали (як особливого правозастосовного акта) щодо учасників судового процесу на формальній і фактичній підставах⁵, а саме через передбачуваність процесуальним законодавством судових штрафів, їхніх меж, переліку правопорушень, за які може настати процесуальна відповідальність у формі судового штрафу. А також відмінними для процесуальних штрафів є способи притягнення порушника правопорядку в судовому засіданні до судового штрафу й оскарження правозастосовного акта щодо стягнення судового штрафу. Водночас спільним для адміністративних, кримінальних і судових штрафів є можливість застосування до правопорушника кваліфікуючої санкції за систематичне (повторне) вчинення правопорушень, а також стягнення штрафу в дохід держави. Наведені вище особливості штрафу як заходу процесуальної відповідальності підтверджують самостійність судового штрафу як інституту процесуальної відповідальності, незважаючи на те, що слід визнати характер інституту штрафних санкцій як міждисциплінарного й міжгалузевого, та все ж таки штраф у матеріальному та процесуальному праві – це різні речі.

Ті вчені, які вважають, що штраф у господарському процесі має адміністративно-правову природу як приклад наводять диспозицію ст. 185³ КУпАП, хоча склади правопорушень, передбаченого у ст. 185³ КУпАП і ст. 135 ГПК України, цілком відрізняються. Беручи до уваги диспозицію ст. 185³ КУпАП, об'єктом є суспільні відносини, що складаються у сфері судоустрою. Об'єктивна сторона представлена в діянні, яке полягає або в злісному ухиленні від явки до суду сторони, свідка, експерта або перекладача, або в порушенні порядку під час судового засідання, або вчиненні інших дій, які явно свідчать про зневагу до суду або до встановлених у суді правил, або в бездіяльності, яке виражається у невідкоренні сторони, свідка, експерта або перекладача чи осіб, присутніх у залі судових за-

⁵ М. Фролов, 'О мерах процессуальной ответственности как разновидности процессуального принуждения' [2009] 4 (8) Вестник Орловского государственного университета. Серия: Новые гуманитарные исследования 305–8.

сідань, розпорядженням головуєчого. Суб'єктами за деякими формами об'єктивної сторони визнаються сторони, свідки, перекладачі, експерти, а за деякими іншими – всі інші особи, присутні в залі судових засідань. Суб'єктивна сторона характеризується наявністю вини як у формі умислу, так і у формі необережності⁶.

Водночас, якщо розкласти диспозицію ст. 135 ГПК України, то виходить, що об'єктом складів правопорушень, за які штраф може застосовуватись як форма господарської процесуальної відповідальності, є правовідносини, які складаються під час розгляду справи господарським судом між учасниками справи, між учасниками справи і судом, і по суті також до переліку правовідносин, що охороняються диспозицією зазначеної статті, повинні входити також правовідносини між особами, присутніми в залі судових засідань, і судом або учасниками справи. У випадку, якщо особи, присутні в залі судових засідань, допускають будь-які порушення своєї поведінки під час розгляду господарської справи, вони тим самим завдають шкоди правам та інтересам учасників справи, зацікавлених у законному, справедливому та найшвидшому вирішенні справи, можуть заважати вчасному розгляду справи. Господарський суд у таких випадках повинен вживати заходи відповідного реагування з метою запобігання та оперативного усунення факторів порушення нормального розгляду справи в строки, передбачені ГПК України.

Об'єктивна сторона правопорушень, за вчинення яких передбачено застосування штрафу як форми господарсько-процесуальної відповідальності, власне, являє собою діяння (дії або бездіяльність), що передбачені в ч. 1 ст. 135 ГПК України. До невиконання процесуальних обов'язків, зокрема, ухилення від вчинення дій, покладених судом на учасника процесу, а також зловживання процесуальними правами у формі допущення бездіяльності з метою перешкоджання судочинству, цілком можна віднести ті самі дії, що являють собою об'єктивну сторону складу правопорушення, передбаченого у ст. 185³ КУпАП. Ба більше, і Верховний Суд відносить до зловживання процесуальними правами прояв неповаги до суду, а саме: образливі висловлювання та символи на адресу суду, використання яких неприпустиме при оформленні процесуальних документів, наприклад, позовної заяви, а також у виступах учасників, зокрема й для надання особистих характеристик учасникам справи, іншим учасникам судового процесу, їхнім представникам або суду. Відповідні тенденції у вітчизняній судовій практиці вже помітно прослідковуються у постановках Великої Палати Верховного Суду⁷.

⁶ Кодекс України про адміністративні правопорушення (н 2).

⁷ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 14 березня 2019 р. у справі № 9901/34/19 <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/81013341>> (дата звернення: 22.06.2020); Постанова Великої

Варто зазначити, що господарсько-процесуальні правопорушення мають усічений склад, оскільки в ГПК України по суті прямо презюмується винний характер діянь, про що свідчать формулювання, наприклад, “неподання доказів суду без поважних причин”. Вина як обов’язкова ознака суб’єктивної сторони може бути виражена як у формі умислу, так і у формі необережності, особливо у випадку, якщо учасник справи допустив господарсько-процесуальне правопорушення, не знав цього, але повинен був знати відповідно до принципу, втіленого в ст. 68 Конституції України, згідно з яким незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності⁸. Мета і мотив виступають лише факультативними ознаками, і мають місце в формулюванні законодавцем конструкцій складів господарсько-процесуальних правопорушень, передбачених у ст. 135 ГПК України, лише ситуативно, наприклад, зловживання процесуальними правами, вчинення дій або допущення бездіяльності вчиняється з метою перешкоджання судочинству.

Крізь призму цього питання виникає ще одна проблема, яка стосується відповідальності за неповагу до суду. Низка учених, зокрема й В. Ястрембська, вважає, що регулювання цього питання у межах ст. 185³ КУпАП цілком задовольняє потреби господарського суду у притягненні правопорушників до відповідальності за прояв неповаги до суду, оскільки в таких випадках відповідальність має цілком публічний характер і пов’язана не так зі справою, що розглядається, як із підтриманням правопорядку загалом⁹. Утім, не можна заперечити важливість підтримки правопорядку у процесі судочинства як загалом, так і щодо господарської справи, яка розглядається господарським судом, зокрема. Належний рівень правопорядку має неабияке значення для ефективності та швидкості розгляду господарської справи, а отже, господарський суд повинен мати змогу оперативно реагувати навіть на такі порушення, які можна віднести до проявів неповаги до суду. Крім того, діяльність господарського суду як органу державної влади вже сама собою є публічною в будь-якому випадку, зокрема й у питаннях, які стосуються притягнення правопорушників до господарської процесуальної відповідальності як заходів процесуального примусу, здійснюваних державою через суд. Наведені аргументи не дають змогу віднести відповідальність за інші господарські процесуальні правопо-

Палати Верховного Суду від 7 листопада 2019 р. у справі № 9901/324/19 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85775709>> (дата звернення: 22.06.2020).

⁸ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

⁹ С. Ястрембская, ‘О проблеме противодействия процессуальным злоупотреблениям в гражданском процессе’ [2010] 23 (62)2 Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского Серия “Юридические науки” 364–5.

рушення, крім прояву неповаги до суду, до “непублічної” процесуальної відповідальності.

У контексті порушеного питання слід також додати, що особами, на яких за невиконання або неналежне виконання процесуальних обов’язків може бути накладено штраф, можуть бути учасники господарського процесу (сторони, треті особи, свідки, перекладачі, експерти, експерти з питань права, спеціалісти). Однак вбачається правильним до переліку правопорушників також включити осіб, які не є учасниками справи, але присутні на судовому засіданні та гіпотетично можуть заважати нормальному ходу розгляду певної господарської справи. Подібне положення закону відображено у ч. 5 ст. 119 Арбітражного процесуального кодексу Російської Федерації, відповідно до якого арбітражний суд має право накладати судовий штраф на осіб, які беруть участь у справі, а також на інших присутніх у залі судового засідання осіб за прояв неповаги до суду. У цьому випадку судовий штраф може бути накладено, якщо вчинені дії не тягнуть за собою кримінальної відповідальності¹⁰.

Для того щоб не затягувати процедуру розгляду господарської справи, і оскільки суд має відреагувати на прояв неповаги до суду негайно після того, як такий відбувся під час засідання із розгляду господарської справи, слід передбачити можливість для господарського суду застосовувати судовий штраф за прояв неповаги до суду також у тому самому процесуальному порядку, в якому розглядається конкретна господарська справа. І навіть стосовно присутніх осіб, які не є учасниками розгляду господарської справи, не відстоюють свої права та інтереси стосовно предмета спору, і незважаючи на те, що ГПК України майже не регулює питання їх присутності, але в цьому ж Кодексі передбачається принцип гласності і відкритості судового процесу та його повне фіксування технічними засобами (п. 3 ч. 3 ст. 2 ГПК України), який дозволяє їм бути присутніми в залі засідання під час розгляду справи, то чому ж тим же ГПК України неможливо врегулювати питання застосування штрафу до них у тому самому провадженні за господарською справою ухвалою господарського суду? Вбачається правильним передбачити можливість для господарського суду застосовувати заходи процесуальної відповідальності, зокрема штраф або видалення із зали судового засідання, до порушників правопорядку в залі судового засідання, адже своїми діями вони можуть заважати нормальному перебігу розгляду господарської справи.

Враховуючи те, що в ГПК України не передбачається застосування господарсько-процесуальної відповідальності за порушення дисципліни

¹⁰ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: Закон от 14 июня 2002 г. <<http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102079219>> (дата звернення: 22.06.2020).

в залі судових засідань під час розгляду господарської справи для осіб, що не беруть участь у справі, але дотримання відповідної поведінки якими є однією з умов нормального функціонування господарського процесу, є необхідним передбачити в процесуальному законі можливість накладення штрафу як форми господарської процесуальної відповідальності на них. Тому пропонується доповнити ч. 1 ст. 135 ГПК України п. 6, і викласти ч. 1 ст. 135 ГПК України в такій редакції:

“Суд може постановити ухвалу про стягнення в дохід державного бюджету з відповідної особи штрафу у сумі від одного до десяти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб у випадках:

- 1) невиконання процесуальних обов’язків, зокрема ухилення від вчинення дій, покладених судом на учасника судового процесу;*
- 2) зловживання процесуальними правами, вчинення дій або допущення бездіяльності з метою перешкодження судочинству;*
- 3) неповідомлення суду про неможливість подати докази, витребувані судом, або неподання таких доказів без поважних причин;*
- 4) невиконання ухвали про забезпечення позову або доказів, ненадання копії відзиву на позов, апеляційну чи касаційну скаргу, відповіді на відзив, заперечення іншому учаснику справи у встановлений судом строк;*
- 5) порушення заборон, встановлених частиною десятою статті 188 цього Кодексу;*
- 6) прояву неповаги до суду свідками, спеціалістами, експертами, експертами з питань права, перекладачами, а також особами, присутніми в залі судового засідання під час розгляду господарської справи.”*

Лаконічно охарактеризував ключову мету і характер застосування судових штрафів у цивільному процесі В. Комаров:

Судові штрафи діють на майнову сферу особи і є карою за невиконання конкретних процесуальних обов’язків, сприяють зміцненню дисципліни в судочинстві та підвищують його ефективність, судові штрафи покликані забезпечити виконання суб’єктами цивільних процесуальних відносин покладених на них процесуальних обов’язків та вимог суду, сприяючи цим виконанню завдань цивільного судочинства¹¹.

Те саме можна сказати і про роль судових штрафів у господарському судочинстві.

Характерні риси штрафу як заходу відповідальності в господарському судочинстві можна умовно поділити на загальні процесуальні (ті, які є спільними для судових штрафів різних процесуальних галузей права)

¹¹ Цивільне процесуальне право України: підручник для юридичних вузів і факультетів (Комаров В заг ред, Право 1999) 152.

та спеціальні процесуальні (тобто такі, які притаманні лише господарським процесуальним штрафам). До загальних слід віднести:

1. Штраф – грошове стягнення з порушника за вчинення правопорушень, встановлених у ч. 1 ст. 135 ГПК України. І. Кучеров пропонує розглядати штраф як форму публічно-правового грошового стягнення, а також форму покладення на правопорушника у межах його притягнення до юридичної відповідальності обов'язку зазнати втрат майнового характеру через відчуження певної суми від належних йому грошових коштів на користь публічної влади¹². Враховуючи те, що штраф є мірою відповідальності, яка застосовується не тільки в фінансово-правовій сфері, а й у інших сферах, які регулюються різними законодавчими актами, вчений називає штраф комплексним правовим інститутом¹³.

Відповідно до ч. 1 ст. 9 Бюджетного кодексу України (далі – БК України) доходи бюджету поділяють на податкові надходження, неподаткові надходження, доходи від операцій із капіталом, трансферти. Положення ч. 3 цієї ж статті не розкриває весь перелік неподаткових надходжень, до яких відносяться і штрафні санкції, однак на допомогу у вирішенні питання, до якого виду бюджетних надходжень слід віднести судовий штраф, приходять праці вчених науки фінансового права, в яких така проблема вже вирішена¹⁴. Так, вітчизняний науковець у галузі фінансового права Н. Якимчук відносить штрафи до нефіскальних обов'язкових неподаткових платежів, оскільки їхня основна мета не є суто фіскальною, а насправді полягає в іншому – у виконанні рішення про притягнення особи до відповідного виду юридичної відповідальності. У такому випадку мета наповнення бюджету є другорядною, на відміну від податків, які мають цільове призначення, надходять до спеціального фонду в бюджетній системі¹⁵.

2. Стягувачем штрафу є Державна судова адміністрація України (далі – ДСА України). Це положення передбачено в ч. 5 ст. 135 ГПК України, а також в пп. 45 п. 6 Положення про Державну судову адміністрацію, відповідно до якої ДСА України виступає стягувачем за рішеннями про стягнення судового збору, про накладення штрафу (як засобу процесуального примусу)¹⁶. Вбачається, що порядок зарахування судового штрафу

¹² И Кучеров, 'Денежные взыскания: проблемы правовой идентификации' (2013) 5 Журнал российского права 25.

¹³ Там само 30.

¹⁴ Бюджетный кодекс Украины: Закон Украины від 8 липня 2010 р. № 2456-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-17#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

¹⁵ Н Якимчук, 'Фіскальні неподаткові платежі до бюджетів: проблеми правового змісту та правового регулювання' (2014) 1 Публічне право 70.

¹⁶ Положення про Державну судову адміністрацію, затверджене Рішенням Вищої ради правосуддя від 17 січня 2019 р. № 141/0/15-19 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr141910-19#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

має бути подібним до порядку зарахування судового збору, оскільки було би цілком нелогічним передбачати ці повноваження ДСА в одному підпункті, якби їхній порядок зарахування відрізнявся. Якщо звернутися до положень ч. 1 Закону України “Про судовий збір”, стає зрозумілим, що судовий збір сплачується за місцем розгляду справи та зараховується до спеціального фонду Державного бюджету України. Кошти судового збору спрямовуються на забезпечення здійснення судочинства та функціонування органів судової влади, а також на забезпечення архітектурної доступності приміщень судів, доступності інформації, що розміщується у суді, для осіб з інвалідністю та інших маломобільних груп населення (ч. 3 ст. 9 Закону України “Про судовий збір”¹⁷). Аналогічними мають бути порядок і мета зарахування судового штрафу ДСА як стягувачем.

У ГПК України законодавцем не було приділено достатньо уваги питанню порядку виконання ухвали господарського суду про стягнення судових штрафів. Утім, у частинах 1, 5 ст. 135 ГПК України передбачено, що ця ухвала є виконавчим документом, повинна відповідати вимогам, яким такі документи відповідають за змістом і формою, а також те, що стягувачем є ДСА України, її реквізити для виконання такої ухвали, і стягується сума штрафу до державного бюджету. На відміну від положень процесуального закону про порядок виконання ухвал, якими господарський суд застосовує інші форми господарської процесуальної відповідальності, передбачені ГПК України, для виконання ухвали про стягнення штрафу не передбачено строку для таких дій, хоча це також може потім відіграти важливу роль у процесі скасування постановленої господарським судом ухвали про застосування судового штрафу. З одного боку, негайне виконання ухвали про стягнення штрафу може виявитися неможливим відразу після постановлення господарським судом ухвали про стягнення штрафу, а з другого – виконання тривалістю у певний проміжок часу може потім спричинити зайві труднощі в роботі стягувача у випадку, якщо господарським судом все ж таки буде прийнято рішення про скасування постановленої ним раніше ухвали. Було би простіше в ГПК України все ж таки передбачити певний термін для добровільної сплати судового штрафу. Цей проміжок часу міг би бути використаний зі стимулюючою метою – сприяння якомога швидшому виконанню своїх процесуальних обов’язків тим учасником, який їх порушив, або ж виправленню іншого допущеного ним господарського процесуального правопорушення. У випадку, якщо такий учасник належно використав би наданий йому термін для добровільного виконання

¹⁷ Про судовий збір: Закон України від 8 липня 2011 р. № 3674-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

процесуальних обов'язків, він міг би і відзвітувати суду про такий факт разом із поданням відповідної заяви про скасування ухвали про стягнення штрафу, і таким чином, працівникам стягувача не довелося б витрачати зайвий час на виконання відповідного судового рішення.

Тому пропонується доповнити ст. 135 ГПК України частинами 7–8 такого змісту:

“Ухвала про стягнення штрафу набуває законної сили після її постановлення господарським судом. Господарський суд не пізніше наступного дня надсилає копію ухвали учаснику, з якого штраф повинен бути стягнутий в дохід держави, а також стягувачу. При цьому учаснику, який припустився одного з правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 135 цього Кодексу, надається можливість сплатити штраф добровільно протягом 10 календарних днів із дня постановлення такої ухвали господарським судом.

У випадку, якщо будуть відсутні підстави для виконання судового рішення про стягнення штрафу в примусовому порядку, учасник негайно, але не пізніше наступного дня з моменту, коли підстав для стягнення штрафу немає, подає господарському суду заяву про скасування ухвали про стягнення штрафу. Таку заяву суд повинен розглянути негайно, але не пізніше наступного дня, постановити ухвалу про скасування ухвали про стягнення штрафу, копію якої того ж дня направити учаснику та стягувачу.”

3. Оскарження ухвали про стягнення штрафу можливе лише у разі її постановлення судом першої інстанції, при цьому оскарження такої ухвали не зупиняє перебігу розгляду господарської справи. Положенням ч. 4 ст. 135 ГПК України передбачено, що постанова суду апеляційної інстанції за результатами перегляду ухвали про накладення штрафу є остаточною і оскарженню не підлягає. Ба більше, ухвала Верховного Суду про стягнення штрафу також оскарженню не підлягає.

4. Ухвала про стягнення штрафу може постановлятися судом першої, апеляційної інстанцій або Верховним Судом у тому самому судовому засіданні щодо особи, присутньої під час судового засідання, або в іншому судовому засіданні, якщо така особа відсутня в залі судового засідання.

5. Штраф стягується у дохід держави із власних грошових коштів правопорушника, і це виглядає досить логічним з огляду на те, що за наявності правопорушень під час розгляду господарської справи потерпають як самі учасники справи (за винятком тих, хто порушує з певною метою порядок розгляду господарської справи), оскільки порушується їхнє право на своєчасний та справедливий розгляд господарської справи, так і той порядок, що встановлений законом для здійснення судом

як органом державної влади своїх повноважень у господарському судочинстві¹⁸.

Очевидно, що за кількістю спеціальних процесуальних ознак штрафу в господарському судочинстві менше з огляду на тенденції щодо уніфікації процесуальних кодексів, але, утім, вони є, і до них можна віднести такі характерні особливості господарського процесуального штрафу:

По-перше, вбачається допустимим розглядати підставу застосування штрафу за вчинення господарсько-процесуальних правопорушень комплексно з нормативною, фактичною та формальною складовими такої підстави. Нормативною підставою є закріплення законодавцем штрафу як одного з видів процесуальної відповідальності за конкретні господарські процесуальні правопорушення, що передбачені у ч. 1 ст. 135 ГПК України. Крім того, закріплення процесуальних обов'язків у кодексі із зазначенням наслідків їх недотримання, що передбачено у ч. 3 ст. 42, ч. 4 ст. 43 ГПК України, також свідчить про наявність нормативної складової підстави для застосування штрафу до правопорушника процесуального порядку. Фактичною підставою для стягнення штрафу є вчинення одного або декількох правопорушень із тих, що передбачені у ч. 1 ст. 135 ГПК України, які узагальнено можна поділити на дві великі групи як зловживання процесуальними правами, а також невиконання своїх процесуальних обов'язків. Штраф стягується за ухвалою про стягнення штрафу, що постановляється господарським судом та є по суті виконавчим документом, який повинен відповідати формі виконавчого документа, і це є формальною підставою для застосування штрафу.

По-друге, розмір штрафу за невиконання або неналежне виконання процесуальних обов'язків нині становить від 1 до 10 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, що визначається господарським судом залежно від обставин справи. На 1 січня 2020 р. сума розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб становить 2 102 грн на місяць для однієї особи¹⁹.

З огляду на цю характерну ознаку ще однією особливістю штрафу як заходу господарської процесуальної відповідальності є можливість застосування кваліфікуючої (обтяжуючої) обставини за повторність (систематичність) вчинення конкретних господарських процесуальних правопорушень, що виражається у збільшенні нижньої та верхньої меж санкції у 5 разів, тобто від 5 до 59 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

¹⁸ В Круковес, 'Проблемні питання стягнення штрафу за зловживання процесуальними правами в цивільному судочинстві України' (2019) 19 Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України 86.

¹⁹ Про Державний бюджет України на 2020 рік: Закон України від 14 листопада 2019 р. № 294-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/294-20#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

Цікаво, що, на відміну від схожих за змістом статей 148 і 149 Цивільного процесуального кодексу України²⁰ та Кодексу адміністративного судочинства України²¹ відповідно, межі санкції відрізняються: за вчинення процесуального правопорушення вперше в цивільному або адміністративному процесі законодавець пропонує застосовувати штрафи від 0,3 до 3 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, а за систематичність вчинення таких правопорушень передбачається відповідальність у вигляді штрафу в сумі від 1 до 10 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Можливо, таке розмежування у розмірах штрафу для господарського та інших видів галузевих процесів зумовлюється тим, що учасниками господарських справ, як правило, виступають суб'єкти господарювання, для яких майнова (економічна) сфера інтересів є більш важливою з огляду на їхню діяльність, і потенційна можливість застосування несприятливих наслідків щодо якої може більш ефективно простимулювати до виконання процесуальних обов'язків, аніж змотивувати учасників справ до аналогічних дій у цивільному або адміністративному судочинстві.

Також окремим дискусійним питанням є законність і доцільність накладення штрафу як заходу господарської процесуальної відповідальності, яка на самого учасника справи, так і на його представника, що передбачено відповідно до норми ч. 3 ст. 135 ГПК України за невиконання процесуальних обов'язків, зловживання процесуальними правами. Це положення виглядає не зовсім логічно в світлі порушення ним загальних засад інституту представництва в процесі, і виходить, що учасник справи, від імені якого в судовому засіданні може брати участь його представник у господарській справі, двічі притягується до господарської процесуальної відповідальності, оскільки представник учасника в господарській справі діє від імені та в інтересах учасника цієї справи, а не в своїх власних, умовно заміщуючи довірителя як особу, яку представляють і яка все одно залишається учасником справи з належними їй процесуальними правами та обов'язками навіть у тих випадках, коли не бере участі в самому розгляді справи особисто²², що знаходить своє підтвердження у положеннях частин 1–2 ст. 61 ГПК України, відповідно до якого представник здійснює від імені особи, яку представляє, її процесуальні права та обов'язки, а обмеження його повноважень повинно мати відображення у виданій йому довіреності або ордері. Зі свого боку

²⁰ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

²¹ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#n10594>> (дата звернення: 22.06.2020).

²² В Резнікова та О Росильна, *Посередництво і представництво в господарському праві та процесі України: навчальний посібник* (Ліра-К 2016) 159.

це означає, що учасник справи та його представник узгоджують перелік і межі повноважень, які надаються представнику для виконання його функцій. Недарма положення про представника в ГПК України передбачені в окремому однойменному параграфі 2 глави 4 “Учасники судового процесу”, а не в тому ж параграфі, де містяться норми про учасників справи, адже господарська справа вирішується, власне, не щодо них, а щодо прав та обов’язків їхніх клієнтів або довірителів як учасників господарської справи, а представник лише бере участь у господарському процесі на підставі наданого йому повноваження²³. Схожої думки дотримується у своєму дисертаційному дослідженні на тему представництва в цивільному процесі Г. Лазько, яка вважає, що за змістом повноваження цивільного процесуального представника визначаються обсягом процесуальної правосуб’єктності учасника господарського процесу, якого він представляє, і є похідним від останнього, що визначається відповідно до договору або закону. Крім того, вчена називає характерною рисою господарського процесуального представництва адекватність дій представника до інтересів учасника справи, права якого він представляє²⁴, з чим ми згодні, оскільки представник повинен обирати певну “стратегію” щодо захисту прав та інтересів свого довірителя під час розгляду господарської справи, яка відповідатиме змісту інституту процесуального представництва, через що також виглядає недоречним застосування штрафу як заходу господарської процесуальної відповідальності до учасника та його представника. Інше питання в тому, що “тактика” представника учасника господарської справи не повинна допускати та включати застосування процесуальних “диверсій” під час розгляду господарської справи, і звичайно, що професійний представник як мінімум повинен зазнати певного адекватного виховного впливу, який відповідатиме як рівню суспільної шкідливості, яку допущене господарське процесуальне правопорушення може мати наслідком, так і допустимості застосування заходу процесуальної відповідальності у межах повноважень господарського суду відповідно до процесуально-правового статусу представника. Тому вбачається більш правильним для господарського суду, який, незважаючи на виховну функцію штрафу, зобов’язаний запобігати зловживанню процесуальними правами, невиконанню або неналежному виконанню процесуальних обов’язків, а не займатися вихованням професійних юристів у дусі поваги до права та господарської процесуальної форми, використовувати механізм окремої ухвали, передбаченої в ч. 2

²³ Р Ханік-Посполітак, ‘Представництво в цивільному процесі за новим Цивільним процесуальним кодексом України’ (2018) 1 Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки 50.

²⁴ Г Лазько, ‘Правова природа процесуального представництва у цивільному процесі’ (автореф дис канд юрид наук, 2006) 10.

ст. 246 ГПК України, направляючи її до тієї кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, членом якої є адвокат, і залишити на розсуд цієї самоврядної організації вирішення питання щодо притягнення свого члена до дисциплінарної відповідальності за допущене ним господарське процесуальне правопорушення. З огляду на зазначене пропонується внести зміни до положення ч. 3 ст. 135 ГПК України та викласти цю статтю у такій редакції:

“У випадку невиконання процесуальних обов’язків, зловживання процесуальними правами професійним представником учасника справи суд, з урахуванням конкретних обставин справи, може стягнути штраф з учасника справи та постановити окрему ухвалу і направити її до відповідного органу у порядку, встановленому в статті 246 цього Кодексу.”

У випадку самопредставництва учасника господарської справи питання застосування певних санкцій до представника, який на свій розсуд припустився порушення господарської процесуальної форми, слід розглядати в контексті можливостей застосування регресу до такого представника, як до працівника відповідного учасника, у випадку зазнання таких збитків унаслідок допущеного господарського процесуального правопорушення свого представника.

За допомогою функцій штрафу як форми господарської процесуальної відповідальності можна охарактеризувати місце, роль і призначення штрафу в господарському процесі. До функцій штрафу з огляду на положення ст. 135 ГПК України слід віднести такі:

Каральна – стягнення штрафу передбачає покладення на учасника господарської справи, який припустився процесуального правопорушення, додаткового процесуального обов’язку сплатити певну грошову суму в дохід держави, якого би не було за умови, що цей учасник сумлінно виконував свої первинні процесуальні обов’язки та добросовісно користувався своїми процесуальними правами. При цьому накладення та стягнення штрафу в дохід держави не звільняє порушника від виконання свого основного господарського процесуального обов’язку.

Стимулююча – ч. 6 ст. 135 ГПК України передбачає право для порушника процесуального порядку клопотати про скасування господарським судом постановленої ухвали про стягнення штрафу, тобто таким чином учасник мотивується до цього для найшвидшого виправлення допущеного процесуального правопорушення та поновлення нормального ходу господарської справи, за умови, що:

- а) правопорушник виправив допущене порушення;
- б) особа надала докази поважності причин невиконання відповідних вимог суду чи своїх процесуальних обов’язків;

в) допущене процесуальне правопорушення було виправлено, а також були надані докази поважності причин, чому відповідних вимог суду не було дотримано або своїх процесуальних обов'язків учасником процесу не було виконано.

Судовій практиці в господарському судочинстві вже відомі випадки реалізації такої норми, зокрема, в провадженні за № 910/20207/17 в одній ухвалі від 22 березня 2018 р. Господарським судом міста Києва було оштрафовано відповідача за невчасну подачу довідки про стан заборгованості за договором кредиту²⁵. Однак невдовзі ухвалою Господарського суду міста Києва від 15 травня 2018 р. було скасовано накладення штрафу на відповідача, оскільки відповідач за змістом ухвали 'надав докази поважності причин невиконання відповідних вимог суду, суд вважає за можливе скасувати ухвалу від 22 березня 2018 р. про стягнення штрафу'²⁶.

І. Лукіна у своєму дисертаційному дослідженні віднесла штраф до заходів цивільної процесуальної відповідальності, які накладають додатковий тягар на порушника процесуальних обов'язків²⁷. Однак сьогодні визнати судовий штраф накладенням додаткових обов'язків на правопорушника в господарському судочинстві є досить умовним з огляду на можливість повернути сплачену суму штрафу, і в такому випадку правопорушник лише потенційно зазнає збитків у випадку, якщо не докладе зусиль для їх уникнення або виправлення.

Наявність стимулюючої функції, характерної для процесуального штрафу, свідчить про відмінну для штрафу в матеріальному праві принципову ознаку, яка полягає в обов'язковому зазначенні несприятливих майнових наслідків правопорушником²⁸, хоча і цим штраф у господарському праві теж не обмежується. Утім, мета застосування штрафу як форми господарської процесуальної відповідальності до порушника господарських процесуальних норм полягає не так у спричиненні йому негативних грошових наслідків, як у спонуканні його до дотримання порядку під час розгляду господарської справи, що значною мірою відрізняє штраф у господарському процесі від штрафу в господарському праві.

Превентивна – учасники господарської справи та інші учасники господарського процесу, усвідомлюючи результати вчинення господарських правопорушень, особливо у тих випадках, в яких суд застосовує судо-

²⁵ Ухвала Господарського суду міста Києва від 22 березня 2018 р. у справі № 910/20207/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72928129>> (дата звернення: 22.06.2020).

²⁶ Ухвала Господарського суду міста Києва від 15 травня 2018 р. у справі № 910/20207/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73988730#>> (дата звернення: 22.06.2020).

²⁷ І Лукіна, 'Цивільна процесуальна відповідальність' (дис канд юрид наук, 2009) 145.

²⁸ В Мамутов и В Овсиенко и В Юдин, *Предприятие и материальная ответственность* (Наукова думка 1971) 27.

вий штраф за певні неправомірні процесуальні дії, можуть переконатися у наслідках цих дій, і хоча б певною мірою в подібних випадках, у яких реальність застосування процесуального штрафу в господарському процесі доведена наочно, зменшується ризик вчинення процесуальних правопорушень під час розгляду господарської справи. Тому ми погоджуємося з позицією, висловленою П. Рагузіною, що судовий штраф у господарському судочинстві являє собою особливу міру юридичної відповідальності, яка застосовується з метою запобігання процесуальним правопорушенням, які вчиняються під час розгляду справи і на стадії примусового виконання судових рішень, а також для формування поважного ставлення до закону та суду²⁹. З огляду на наведену позицію вченої можна також говорити і про виховну функцію штрафу як форми господарської процесуальної відповідальності, оскільки передбачивши штраф у ГПК України, законодавець встановив за конкретні порушення процесуального порядку під час провадження у господарській справі певну грошову санкцію, яка покликана дисциплінувати та виховувати учасників провадження за господарською справою в дусі поваги до процесуального закону, а також до суду, при цьому господарський суд не обмежується у можливостях повторно накладати штраф за подальше вчинення господарських процесуальних правопорушень.

Висновки. Таким чином, слід погодитися з тим, що штраф являє собою міжгалузевий правовий інститут, оскільки він наявний як у матеріальному, так і в процесуальному праві, проте виконує не зовсім одну й ту саму роль. У процесуальних галузях права слід визнати певну інтеграцію правового регулювання, яка полягає в усуненні прогалин і дублювань у правовому регулюванні одноманітних або схожих правовідносин, зокрема й процесуальних правовідносин, що складаються між судом та учасниками справи під час вирішення господарської справи³⁰. З урахуванням уніфікації процесуальних кодексів, що відбулася наприкінці 2017 р., наразі штраф у господарському процесі притаманні здебільшого загальні процесуальні ознаки, а саме:

- 1) штраф є грошовим стягненням у дохід держави з власних коштів правопорушника;
- 2) штраф стягується із правопорушника за вчинення ним процесуального правопорушення;
- 3) порядок стягнення та оскарження судового рішення про застосування штрафу до порушника в галузевих процесах з огляду на схожі положення про штраф у галузевих процесуальних кодексах є однаковим;

²⁹ П Рагузіна, 'Рассмотрение вопросов о наложении судебного штрафа' (2006) 1 Арбитражные споры 27.
³⁰ В Резнікова та В Щербина, 'Сучасні тенденції розвитку господарського процесу України' (2017) 9 Право України 17.

4) аналогічні функції штрафу в галузевих процесах, які полягають у запобіганні вчиненню процесуальних правопорушень, стимулюванні до їх виправлення у разі вчинення, а також у покаранні тих порушників, які не тільки допустили в своїй поведінці правопорушень, а й не доклали жодних або достатніх зусиль для виправлення наслідків допущених правопорушень.

До спеціальних процесуальних ознак можна віднести, по-перше, те, що штраф у господарському процесі покликаний захищати права та інтереси учасників господарської справи, а також на досягнення завдань господарського судочинства, а по-друге, розміри штрафів, передбачені за порушення адміністративних і цивільних процесуальних норм за аналогічними процесуальними правопорушення, є нижчими, ніж у господарському судочинстві.

Підсумовуючи все викладене, спробуємо навести визначення судового штрафу з урахуванням його місця в господарському судочинстві. *Штраф – це форма господарської процесуальної відповідальності, що полягає в накладенні господарським судом грошового стягнення у дохід держави на особу, що вчинила господарське процесуальне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 135 ГПК України, шляхом постановлення відповідної ухвали з метою спонукання учасників процесу до добросовісного користування процесуальними правами, а також до сумлінного виконання своїх процесуальних обов'язків.*

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Mamutov V i Ovsienko V i Judin V, *Predpriiatie i material'naja otvetstvennost' [Enterprise and Pecuniary Liability]* (Naukova dumka 1971) (in Russian).
2. Protasov V, *Osnovy obshhepravovoj processual'noj teorii [Fundamentals of the General Procedural Law Theory]* (Jurid lit 1991) (in Russian).
3. Rieznikova V ta Rossylina O, *Poserednytstvo i predstavnytstvo v hospodarskomu pravi ta protsesi Ukrainy: navchalnyi posibnyk [Mediation and Representation in Economic Law and Procedure of Ukraine: Teaching Guide]* (Lira-K 2016) (in Ukrainian).

Edited books

4. *Tsyvilne protsesualne pravo Ukrainy: pidruchnyk dlia yurydychnykh vuziv i fakultetiv [Civil Procedural Law of Ukraine: a Textbook for Law Schools and Faculties]* (Komarov V zah red, Pravo 1999) (in Ukrainian).

Journal articles

5. Frolov M, 'O merah processual'noj otvetstvennosti kak raznovidnosti processual'nogo prinuzhdenija' ['On the Measures of Procedural Liability as a Type of Procedural

- Coercion'] [2009] 4 (8) Vestnik Orlovskogo gosudarstvennogo universiteta. Serija: Novye gumanitarnye issledovaniya 305–8 (in Russian).
6. Jastremskaja S, 'O probleme protivodejstvija processual'nym zloupotreblenijam v grazhdanskom processe' ['On the Issue of Countering Procedural Abuse in Civil Proceedings'] [2010] 23 (62)2 Uchenye zapiski Tavricheskogo nacional'nogo universiteta im. V. I. Vernadskogo Serija "Juridicheskie nauki" 364–5 (in Russian).
 7. Khanyk-Pospolitak R, 'Predstavnytstvo v tsyvilnomu protsesi za novym Tsyvilnym protsesualnym kodeksom Ukrainy' ['Representation in Civil Proceedings under the New Civil Procedure Code of Ukraine'] (2018) 1 Naukovi zapysky NaUKMA. Yurydychni nauky 50 (in Ukrainian).
 8. Krukoves V, 'Problemni pytannia stiahnennia shtrafu za zlovzhyvannia protsesualnymy pravamy v tsyvilnomu sudochynstvi Ukrainy' ['Problematic Issues of Imposing the Fine for Procedural Rights Abuse in Civil Proceedings in Ukraine'] (2019) 19 Visnyk Pivdennoho rehionalnoho tsentru Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy 86 (in Ukrainian).
 9. Kucherov I, 'Denezhnye vzyskanija: problemy pravovoj identifikacii' ['Monetary Penalties: Issues of Legal Identification'] (2013) 5 Zhurnal rossijskogo prava 25 (in Russian).
 10. Molchanov V, 'Ob otvetstvennosti v grazhdanskom sudoproizvodstve' ['On Liability in Civil Court Procedure'] (2010) 10 Arbitrazhnyj i grazhdanskij process 28–9 (in Russian).
 11. Raguzina P, 'Rassmotrenie voprosov o nalozhenii sudebnogo shtrafa' ['Consideration of Issues Regarding Imposition of Court Fine'] (2006) 1 Arbitrazhnye spory 27 (in Russian).
 12. Rieznikova V ta Shcherbyna V, 'Suchasni tendentsii rozvytku hospodarskoho protsesu Ukrainy' ['Current Trends in the Development of Economic Procedure in Ukraine'] (2017) 9 Pravo Ukrainy 17 (in Ukrainian).
 13. Yakymchuk N, 'Fiskalni nepodatkovy platezhi do biudzhektiv: problemy pravovoho zmistu ta pravovoho rehuliuвання' ['Fiscal Non-Tax Payments to Budgets: Issues of Legal Content and Legal Regulation'] (2014) 1 Publichne pravo 70 (in Ukrainian).

Theses

14. Lazko H, 'Pravova pryroda protsesualnoho predstavnytstva u tsyvilnomu protsesi' ['Legal Nature of Procedural Representation in Civil Proceedings'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2006) (in Ukrainian).
15. Lukina I, 'Tsyvilna protsesualna vidpovidalnist' ['Civil Procedural Liability'] (dys kand yuryd nauk, 2009) (in Ukrainian).

Viktorii Rieznikova
Mariia Kurei

FINE AS A FORM OF ECONOMIC PROCEDURAL LIABILITY

ABSTRACT. In this article the focus is made on studying the fine as a form of economic procedural liability and a component of effective court protection aimed at preventing and countering of economic procedural offenses. The authors concentrate attention on the issue of determining the legal nature of procedural fines, examine the doctrinal approaches of supporters and critics of the concept of court fines, and mark out different elements of the administrative offense provided for in art. 1853 of the Code of Ukraine

for Administrative Offenses (CUAO) and economic procedural offenses provided for in part 1, article 135 of the Code of Economic Procedure of Ukraine (Ukrainian CEP). Special attention is also paid to such an issue as ascribing contempt of court to economic procedural offences, on which basis the authors substantiate the need to empower the economic court with the option to impose a fine on the persons present in the courtroom; the article also gives case law examples which testify to the emerging trend of bringing those who violate the normal course of a trial to procedural liability for contempt of court.

The authors analyze the features of the court fine and classify the specific features of the economic procedural fine seen as general procedural features which make the fine an inter-branch procedural phenomenon, as well as special procedural features which determine the place of the fine in economic court procedure. The authors of the article focus attention on the debatable issue of the need to impose the fine both on a participant to an economic case and an attorney of the latter and illustrate the position which they hold. The functions of the fine which determine its place in economic procedure are analyzed and classified into preventive, stimulating which demonstrates a significant difference between the fine in law of substance and law of procedure, and punitive ones.

KEYWORDS: economic procedure, economic procedural liability; court (procedural) penalty; economic procedural fine; legal nature of fine; economic procedural offense; contempt of court; classification of court fine features; general procedural and special procedural characteristics of fine in economic procedure; liability of attorney; abuse of procedural rights; functions of fine in economic procedure.



Ірина Бутирська

кандидатка юридичних наук,
асистентка кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(Чернівці, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6827-9939>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/D-9848-2016>
i.butyrska@gmail.com

УДК 346.91

НАКАЗНЕ ПРОВАДЖЕННЯ У ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

АНОТАЦІЯ. Кожна судова справа має свої особливості, і вирішувати всі справи за однаковою процедурою – неефективно та нераціонально. Це зумовлює необхідність диференціації процесуальної форми. У господарському судочинстві одним із проявів такої диференціації є наказне провадження. Запроваджуючи у господарське судочинство наказне провадження, законодавець мав на меті зробити вирішення господарських спорів більш зручним і доступним. Однак понад дворічна практика застосування наказного провадження господарськими судами виявила низку проблемних питань, що не дають змогу зазначеному інституту ефективно оптимізувати витрати часу та коштів суб'єктів господарювання на захист їхніх прав та інтересів.

Метою статті є теоретичне осмислення наказного провадження у господарському судочинстві, системний аналіз практики застосування процесуальних норм, що регулюють наказне провадження у господарському судочинстві, та вироблення пропозицій щодо удосконалення вітчизняного законодавства у цій частині.

Наголошено, що наказне провадження є одним із проявів спрощення господарської процесуальної форми. Досліджено критерії, яких можна дотримуватися при спрощенні провадження, а саме: майновий критерій і безспірність вимог. Зроблено висновок, що безспірність грошової вимоги у наказному провадженні презюмується, але не є обов'язковою умовою видачі судового наказу, оскільки господарський суд, вирішуючи питання про видачу судового наказу, має у своєму розпорядженні лише докази, надані заявником.

Встановлено умови видачі судового наказу, до яких авторка відносить: 1) із заявою про видачу судового наказу може звернутися особа, якій належить право вимоги; 2) заява про видачу судового наказу подається до суду першої інстанції за загальними правилами підсудності; 3) заборгованість повинна мати грошовий характер за договором; 4) сума вимоги не перевищує 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; 5) презюмування безспірності грошової заборгованості; 6) заявником і боржником у наказному провадженні можуть бути виключно юридичні особи та фізичні особи – підприємці; 7) штрафні санкції не можуть бути предметом судового наказу.

Сьогодні доводиться констатувати альтернативність застосування наказного і спрощеного позовного провадження, яке може пізніше трансформуватися ще й у загальне позовне провадження. Наявність такої альтернативи у заявника затягує процес і перевантажує суддів, оскільки завдяки цьому одна й та сама справа може двічі розглядатися судом – спочатку за правилами наказного, а потім – за правилами спрощеного позовного провадження. У зв'язку з цим обґрунтовано необхідність посилити у законодавстві імперативні засади розмежування наказного, спрощеного позовного і загального позовного провадження.

Ключові слова: наказне провадження; судовий наказ; спрощене провадження; господарське судочинство; господарський процес.

Одним із головних напрямів удосконалення української правової системи є забезпечення доступу до правосуддя та підвищення ефективності судочинства. Кожна судова справа має свої особливості, і вирішувати всі справи за однаковою процедурою – неефективно й нерационально. Це зумовлює необхідність диференціації процесуальної форми. У господарському судочинстві одним із проявів такої диференціації є наказне провадження, яке було запроваджено у господарський процес України не так давно – із набуттям чинності новими редакціями процесуальних кодексів. Аналізуючи ще проєкт нової редакції Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), науковці та практики по-різному ставилися до такого нововведення: одні висловлювали великі надії на запровадження у господарське судочинство наказного провадження як на механізм оптимізації та спрощення процесу, другі ж критично його оцінювали. Так, В. Устименко, аналізуючи у 2017 р. перспективи запровадження у господарське судочинство України наказного провадження, зазначав:

У господарському процесі наказне провадження дасть змогу прискорити розгляд подальших справ, стягнення досить невеликих сум, які здебільшого стосуються діяльності малого та середнього бізнесу, надати імпульсу пришвидшення виробничих процесів, зменшити витрати часу на захист прав і законних інтересів осіб, які використовують такий засіб вирішення спору¹.

Н. Морщагіна ж, навпаки, оцінюючи перспективи запозичення наказного провадження із цивільного процесу, критично ставилася до перспектив запровадження цього виду провадження у господарський процес:

¹ Володимир Устименко, 'Удосконалення господарського процесу: економіко-правові аспекти' (2017) 9 Право України 29.

Ірина Бутирська

Водночас питання про ефективність застосування цього інституту у цивільному процесі є досить суперечливим, оскільки це провадження не виправдало себе та має здебільшого “декларативний характер”. Тому не зрозуміло, яким чином впровадження наказного провадження у господарське судочинство сприятиме його удосконаленню².

Дійсно, запроваджуючи у господарське судочинство наказне провадження, законодавець мав на меті зробити вирішення господарських спорів більш зручним і доступним як з погляду матеріальних затрат (зменшуючи ставки судового збору), так і з погляду процесу (виключаючи формалізм, скорочуючи процесуальні строки, пропускаючи окремі стадії процесу). Однак понад дворічна практика застосування наказного провадження господарськими судами виявила низку проблемних питань, що не дають змогу цьому інституту ефективно оптимізувати витрати часу та коштів суб'єктів господарювання на захист їхніх прав та інтересів. Судова практика з окресленого питання також не є однорідною, що призводить до ще більшої невизначеності у правозастосуванні.

Питання удосконалення господарського судочинства неодноразово опинялися у центрі уваги вітчизняних науковців, серед яких слід відзначити: В. Белянєвича, О. Белянєвич, А. Бобкову, Н. Іванюту, Л. Ніколенко, О. Подцерковного, Б. Полякова, Д. Притику, В. Резнікову, Т. Степанову, Є. Таликіна, В. Устименка, О. Фонову, В. Щербину та ін. Водночас низка питань, що виникають при здійсненні наказного провадження у господарському судочинстві, залишаються малодослідженими, що і вплинуло на вибір теми дослідження.

Метою дослідження є теоретичне осмислення наказного провадження у господарському судочинстві, системний аналіз практики застосування процесуальних норм, що регулюють наказне провадження у господарському судочинстві, та вироблення пропозицій щодо удосконалення вітчизняного законодавства у цій частині.

Коли ми говоримо про вирішення господарських спорів, то доцільним видається розроблення особливих форм розгляду незначних за розміром або безспірних грошових вимог, з уникненням зайвих формальностей, особистої явки до суду, зайвих витрат часу та коштів тощо. Втілення цих рекомендацій у життя вимагає спрощення та диференціації господарської процесуальної форми. За визначенням Є. Таликіна:

Господарська процесуальна форма – це заснована на встановлених нормах права процедура організації розумового процесу розгляду та вирі-

www.pravoua.com.ua

² Наталія Морщагіна, ‘Проект ХПК України потребує детального обговорення’ (*Юридическая практика*, 19.04.2017) <<https://pravo.ua/predsdatel-associacii-sudej-hozsu>> (дата звернення: 15.03.2020).

шення господарським судом справ, віднесених до його компетенції, спрямована на забезпечення його справедливості та своєчасності³.

Сьогодні можна говорити не лише про уніфікацію процесів (господарського, цивільного та адміністративного), а й про диференціацію кожного процесу. В. Щербина та В. Резнікова відзначають:

Отже, тенденція диференціації процесуального регулювання розглядається загалом як нормальний, природний процес розвитку процесуального законодавства, причинами якого є: а) розвиток суспільних відносин; б) необхідність утвердження додаткових гарантій права учасників відповідних відносин (зокрема, господарських) на захист своїх прав і законних інтересів, зокрема і в межах самого процесу, раціоналізація та оптимізація судового процесу. Поглиблення процесів диференціації правового регулювання є також одним із можливих шляхів удосконалення системи господарського процесуального законодавства⁴.

Із диференціацією господарської процесуальної форми тісно пов'язане її спрощення. До проявів спрощення процесуальної форми можна віднести: пропуск окремих процесуальних дій і навіть стадій; скорочення строків розгляду справи; застосування електронного судочинства; використання відеоконференції; письмове провадження; обмеження та особливості оскарження судових рішень; факультативність застосування наказного провадження і деяких видів спрощеного провадження: у справах із розміром вимог до 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб (далі – ПМПЮ) – вибір між наказним і спрощеним позовним провадженням, у справах із ціною позову від 100 до 500 розмірів ПМПЮ – вибір між загальним із спрощеним позовним провадженням; зменшені ставки судового збору; видача замість судового рішення одразу судового наказу, який вже є виконавчим документом.

Спрощені процедури формуються двома шляхами: або через спрощення існуючих видів провадження (наприклад, через спрощення позовного провадження утворилося спрощене позовне провадження), або через створення нових видів провадження – наприклад, наказного. Для спрощених процедур характерним є пропуск цілих стадій господарського процесу. І спрощене позовне провадження, і наказне провадження у господарському судочинстві можна віднести до спрощених видів проваджень. Одна із принципових відмінностей між ними полягає у тому, що у спрощеному позовному провадженні справа розглядається за учас-

³ Є Таликін, 'Визначення поняття господарської процесуальної форми' (2011) 4 Форум права 727.

⁴ Валентин Щербина та Вікторія Резнікова, 'Сучасні тенденції розвитку господарського процесу України' (2017) 9 Право України 20.

Ірина Бутирська

тю обох сторін за наявності більш вірогідного спору про право між ними, ніж у випадках, коли справа розглядається за правилами наказного провадження.

Л. Ніколенко зазначає, що наказне провадження – це більш спрощена форма судового процесу, яка передбачає можливість особи, якій належить право вимоги про стягнення грошової заборгованості за договором, звернутися до суду із заявою про стягнення відповідної суми у швидшому порядку⁵.

Ю. Джепа пропонує власне визначення наказного провадження у господарському процесуальному праві:

<...> наказним провадженням є самостійний, особливий, спрощений вид судового провадження під час розгляду господарських справ про стягнення грошової заборгованості за договором, спрямований на швидкий та ефективний захист прав заявника, в якому суддя в установлених законом випадках за заявою особи без судового засідання і виклику сторін на підставі достатніх, допустимих і належних доказів видає судовий наказ, який є особливою формою судового рішення (водночас судовим рішенням та виконавчим документом)⁶.

Таким чином, наказне провадження є одним із проявів спрощення господарської процесуальної форми. Загалом серед критеріїв, яких можна дотримуватися при спрощенні провадження, насамперед слід відзначити майновий критерій. Це є цілком обґрунтованим, оскільки немає сенсу витратити значний час і сили учасників процесу у справах з незначною ціною позову (згідно з чинною редакцією ГПК України це справи з вимогами до 100 розмірів ПМПО і у деяких випадках із вимогами від 100 до 500 розмірів ПМПО).

Інший критерій – це безспірність. Аналізуючи зарубіжний досвід спрощення провадження, Т. Суярко поділяє провадження за безспірними вимогами на два види:

По-перше, це провадження, безспірність вимог у яких презюмується вже при подачі відповідної заяви до суду. Тобто, безспірність характеризує безпосередньо матеріально-правові вимоги, що відразу проявляється у спрощеній процедурі, яку ініціює позивач. По-друге, це провадження, безспірність яких виявляється в ході процесу і пов'язується з поведінкою

⁵ Л. Ніколенко, 'Удосконалення процесуального законодавства в умовах проведення судової реформи' в Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: III міжнародна науково-практична конференція (Технодрук 2019) 148.

⁶ Ю. Джепа, 'Поняття та особливості наказного провадження за Господарським процесуальним кодексом України' [2018] 3 (1) Науковий вісник публічного та приватного права 68.

захисту <...> Зазвичай, це пов'язується з мовчанням відповідача, ненаданням відзиву, неявкою⁷.

На перший погляд безспірність презюмується у наказному провадженні. Однак у ч. 2 ст. 12 ГПК України визначено, що наказне провадження призначене для розгляду справ за заявами про стягнення грошових сум незначного розміру, щодо яких відсутній спір або про його наявність заявнику невідомо. Останнє уточнення у вказаній нормі права “про його наявність заявнику невідомо” перекреслює необхідну умову “безспірність вимог” для видачі судового наказу, що зумовлено таким. Суд, вирішуючи питання про видачу судового наказу, має у своєму розпорядженні лише докази, надані заявником. Отже, заявник, знаючи про наявність спору, може просто не повідомити суд про наявність спору між сторонами, а суд не наділений повноваженнями з'ясовувати ці обставини. Крім того, безспірність має доводитись певними доказами (акт звірки, визнання претензії тощо), а ГПК України не містить положень щодо необхідності подання таких доказів.

Також дискусійним є питання щодо можливості видачі судового наказу за наявності доказів, які підтверджують невизнання вимог заявника (наприклад, відповідь на претензію із запереченням наявності грошової заборгованості). У такому випадку, на нашу думку, у видачі судового наказу слід відмовити через існування спору між сторонами щодо наявності грошової заборгованості.

Таким чином, вважаємо, що безспірність грошової заборгованості презюмується при видачі судового наказу, однак ГПК України не передбачає необхідності доведення такої заборгованості беззаперечними доказами.

Згідно з ч. 1 ст. 148 ГПК України:

Судовий наказ може бути видано тільки за вимогами про стягнення грошової заборгованості за договором, укладеним у письмовій (в тому числі електронній) формі, якщо сума вимоги не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб⁸.

Із наведеної норми права незрозумілим є визначення поняття “грошова заборгованість”, у зв'язку з чим на практиці виникають проблеми у правозастосуванні. Так, наприклад, Касаційний господарський

⁷ Т. Суярко, ‘Спрошені провадження господарського судочинства як механізм забезпечення доступності правосуддя у господарських справах’ в 25 років господарській юрисдикції в Україні: досвід та перспективи: Всеукраїнська науково-практична конференція (Право 2016) 155–6.

⁸ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>> (дата звернення: 13.06.2020).

Ірина Бутирська

суд у складі Верховного Суду, скасовуючи судові рішення судів першої та апеляційної інстанцій, у своїй постанові від 24 липня 2018 р. у справі № 903/125/18 зазначив:

<...> інфляційні нарахування на суму боргу та проценти річних не є санкціями, а виступають способом захисту майнового права та інтересу, який полягає у відшкодуванні матеріальних втрат кредитора від знецінення грошових коштів внаслідок інфляційних процесів та отриманні компенсації (плати) від боржника за користування утримуваними ним грошовими коштами, належними до сплати кредитором. Інфляційні нарахування на суму боргу та проценти річних входять до складу грошового зобов'язання <...>

Суд першої інстанції, з доводами якого погодився суд апеляційної інстанції, відмовляючи Товариству з обмеженою відповідальністю “Торговий дім “Аванта” у видачі судового наказу про стягнення з Приватного підприємства “Фірма “Орнамент” 514,10 грн – 3% річних, 2 341,00 грн індексу інфляцій, 31 274,20 грн – пені, зазначили про можливість стягнення в порядку наказного провадження виключно неоспорюваної заборгованості.

Однак положення частини другої статті 12, частини першої статті 148 Господарського процесуального кодексу України не містять такої категорії як “неоспорювана заборгованість”⁹.

За результатами нового розгляду справи Господарський суд Волинської області видав судовий наказ про стягнення з боржника і 3 % річних, і інфляційних витрат, і пені¹⁰. Справа № 903/125/18 змінила вектор у правозастосуванні, оскільки тепер більшість господарських судів, керуючись вказаною постановою Верховного Суду, стягують у наказному провадженні не лише суму основного боргу, а й 3 % річних, інфляційні витрати і пеню. Водночас у частині стягнення пені не всі господарські суди дотримуються такої позиції. Так, наприклад, Західний апеляційний господарський суд у своїй постанові від 23 вересня 2019 р. у справі № 921/431/19 вказав:

<...> пеня не є заборгованістю за договором, а є штрафною санкцією. Вимоги про сплату пені у зв'язку з порушенням грошових зобов'язань, хоча й мають грошовий характер, але за своєю природою не є основним зобов'язанням, а є заходом відповідальності за порушення зобов'язань, яка спрямована на компенсацію негативних для кредитора наслідків по-

www.pravoua.com.ua

⁹ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 24 липня 2018 р. у справі № 903/125/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/75532005>> (дата звернення: 15.06.2020).

¹⁰ Судовий наказ Господарського суду Волинської області від 28 серпня 2018 р. у справі № 903/125/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/75997397>> (дата звернення: 15.06.2020).

рушення зобов'язання боржником. Отже, вимоги в частині стягнення пені не підлягають розгляду в порядку наказного провадження¹¹.

На нашу думку, пеня не входить до складу грошової заборгованості за договором. І ось чому. Відповідно до ч. 1 ст. 230 Господарського кодексу України:

Штрафними санкціями у цьому Кодексі визнаються господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання¹².

Отже, сама правова природа неустойки, штрафу, пені свідчить про те, що вони є штрафними санкціями. Крім того, зміст наказного провадження, як зазначено вище, полягає у тому, що грошова заборгованість є безспірною або про заперечення боржника заявнику невідомо. У цьому контексті необхідно зазначити, що важко знайти боржника, який би не оспорював нарахування пені або штрафу. Також доречно вказати, що не вся пеня нараховується згідно з умовами договору (наприклад, ч. 2 ст. 785 Цивільного кодексу України¹³), що вкотре доводить неможливість включення пені до складу грошової заборгованості за договором.

Відповідно до ч. 3 ст. 147 ГПК України заявником та боржником у наказному провадженні можуть бути юридичні особи та фізичні особи – підприємці¹⁴. Наведене положення звужує коло суб'єктів, які мають право звернення до господарського суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів у справах, віднесених законом до юрисдикції господарського суду, у частині фізичних осіб, які не є підприємцями.

З урахуванням наведеного можна виокремити такі умови видачі судового наказу:

- із заявою про видачу судового наказу може звернутися особа, якій належить право вимоги;
- заява про видачу судового наказу подається до суду першої інстанції за загальними правилами підсудності;
- заборгованість повинна мати грошовий характер за договором;

¹¹ Постанова Західного апеляційного господарського суду від 23 вересня 2019 р. у справі № 921/431/19 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/84451023>> (дата звернення: 15.06.2020).

¹² Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 13.06.2020).

¹³ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 13.06.2020).

¹⁴ Господарський процесуальний кодекс України (н 8).

Ірина Бутирська

- сума вимоги не перевищує 100 розмірів ПМПО;
- презюмування безспірності грошової заборгованості;
- заявником і боржником у наказному провадженні можуть бути виключно юридичні особи та фізичні особи – підприємці;
- штрафні санкції не можуть бути предметом судового наказу.

Системний аналіз ГПК України дає змогу говорити про альтернативність застосування наказного провадження: заявник самостійно обирає процесуальний спосіб вирішення своєї правової проблеми – або шляхом подання позовної заяви, або шляхом звернення до господарського суду з заявою про видачу судового наказу. Однак якщо заявник обрав спочатку наказну форму захисту своїх порушених прав, і з яких-небудь причин отримав у суді відмову, то це не є перешкодою для повторного звернення до господарського суду з тими самими вимогами, але вже у межах спрощеного позовного провадження, яке у подальшому, теоретично, може трансформуватися ще й у загальне позовне провадження. Вважаємо, що наявність такої альтернативи у заявника затягує процес і перевантажує суддів, оскільки завдяки цьому одна і та сама справа може двічі розглядатися судом – спочатку за правилами наказного, а потім – за правилами спрощеного позовного провадження.

Із приводу такої альтернативності Н. Іванюта зазначає:

<...> така норма вносить певну сумбурність у практичне виокремлення наказного та позовного проваджень. Адже такій альтернативності передує допущення існування спору про право та/або спору про інтерес. Тоді незрозумілими є критерії відокремлення наказного від позовного провадження, оскільки перше з них здатне не тільки сприяти процесуальній економії, але й зменшувати ймовірність спорів у масштабі позовної форми¹⁵.

Ми цілком погоджуємося з Н. Іванютою і вважаємо за необхідне посилити у законодавстві імперативні засади розмежування наказного, спрощеного позовного і загального позовного провадження. Так, у частині розмежування загального і спрощеного позовного провадження пропонуємо у ГПК України передбачити, що виключно у порядку спрощеного позовного провадження розглядаються справи, в яких предметом позову є стягнення грошової заборгованості за договором, укладеним у письмовій (зокрема й електронній) формі, якщо сума вимоги не перевищує 100 розмірів ПМПО. При цьому необхідно позбавити суд першої інстанції права визначати порядок розгляду справ цієї категорії. Чинна редакція ГПК України такої імперативної норми не містить, а лише

¹⁵ Н. Іванюта, 'Особливості господарсько-процесуальної форми у судочинстві' (2018) 4 Правові новели 304.

побічно зазначає про це у ч. 7 ст. 250, де вказано, що ‘частини друга – шоста цієї статті не застосовуються, якщо відповідно до цього Кодексу справа підлягає розгляду тільки в порядку спрощеного провадження’¹⁶. Однак на практиці суди часто розглядають справи із сумою вимоги до 100 розмірів ПМПО у порядку загального позовного провадження, що зумовлено більшим процесуальним строком розгляду справ.

О. Фонова, аналізуючи у 2017 р. тоді ще проєкт нової редакції ГПК України, вказувала на колізію у строках розгляду заяви про видачу судового наказу:

<...> в одному випадку визначено, що ухвала про відмову у видачі судового наказу постановляється не пізніше десяти днів, а в другому – що заява про видачу судового наказу розглядається протягом п’яти днів із дня її надходження і результатом розгляду може бути або ухвала про видачу судового наказу, або ухвала про відмову у його видачі у той самий п’ятиденний строк¹⁷.

На жаль, ця колізія досі не усунута законодавцем, і у чинних нині статтях 151 і 153 ГПК України і надалі передбачені різні строки для постановлення ухвали про видачу судового наказу.

Висновки. Наказне провадження є одним із проявів спрощення господарської процесуальної форми. Безспірність грошової вимоги у наказному провадженні презюмується, але не є обов’язковою умовою видачі судового наказу, оскільки господарський суд, вирішуючи питання про видачу судового наказу, має у своєму розпорядженні лише докази, надані заявником. Умовами видачі судового наказу є: 1) із заявою про видачу судового наказу може звернутися особа, якій належить право вимоги; 2) заява про видачу судового наказу подається до суду першої інстанції за загальними правилами підсудності; 3) заборгованість повинна мати грошовий характер за договором; 4) сума вимоги не перевищує 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; 5) презюмування безспірності грошової заборгованості; 6) заявником і боржником у наказному провадженні можуть бути виключно юридичні особи та фізичні особи – підприємці; 7) штрафні санкції не можуть бути предметом судового наказу.

Сьогодні доводиться констатувати альтернативність застосування наказного і спрощеного позовного провадження, яке може пізніше трансформуватися ще й у загальне позовне провадження. Наявність такої альтернативи у заявника затягує процес і перевантажує суддів, оскільки

¹⁶ Господарський процесуальний кодекс України (н 8).

¹⁷ Олена Фонова, ‘Спрощені провадження у господарському процесі’ (2017) 9 Право України 173.

ки завдяки цьому одна і та сама справа може двічі розглядатися судом – спочатку за правилами наказного, а потім – за правилами спрощеного позовного провадження. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне посилювати у законодавстві імперативні засади розмежування наказного, спрощеного позовного і загального позовного провадження.

REFERENCES

Bibliography

Journal articles

1. Dzhepa Yu, 'Poniattia ta osoblyvosti nakaznoho provadzhennia za Hospodarskym protsesualnym kodeksom Ukrainy' ['Concepts and Features of Criminal Proceedings Under the Economic Procedure Code of Ukraine'] [2018] 3 (1) Naukovyi visnyk publichnoho ta pryvatnoho prava 68 (in Ukrainian).
2. Fonova O, 'Sproshcheni provadzhennia u hospodarskomu protsesi' ['Simplified Proceedings in the Economic Process'] (2017) 9 Pravo Ukrainy 173 (in Ukrainian).
3. Ivaniuta N, 'Osoblyvosti hospodarsko-protsesualnoi formy u sudochynstvi' ['Features of the Economic Procedure in the Judiciary'] (2018) 4 Pravovi novely 304 (in Ukrainian).
4. Shcherbyna V ta Rieznikova V, 'Suchasni tendentsii rozvytku hospodarskoho protsesu Ukrainy' ['Current Tendencies of Development of Economic Process of Ukraine'] (2017) 9 Pravo Ukrainy 20 (in Ukrainian).
5. Talykin Ye, 'Vyznachennia poniattia hospodarskoi protsesualnoi formy' ['Definition of Economic Procedural Form'] (2011) 4 Forum prava 727 (in Ukrainian).
6. Ustymenko V, 'Udoskonalennia hospodarskoho protsesu: ekonomiko-pravovi aspekty' ['Improvement of the Economic Process: Economic and Legal Aspects'] (2017) 9 Pravo Ukrainy 29 (in Ukrainian).

Conference papers

7. Nikolenko L, 'Udoskonalennia protsesualnoho zakonodavstva v umovakh provedennia sudovoi reformy' ['Improving Procedural Legislation in the Context of Judicial Reform'] v *Suchasni vyklyky ta aktualni problemy sudovoi reformy v Ukraini: III mizhnarodna naukovo-praktychna konferentsiia [Current Challenges and Current Problems of Judicial Reform in Ukraine: III International Scientific and Practical Conference]* (Tekhnodruk 2019) 148 (in Ukrainian).
8. Suiarko T, 'Sproshcheni provadzhennia hospodarskoho sudochynstva yak mekhanizm zabezpechennia dostupnosti pravosuddia u hospodarskykh spravakh' ['Simplified Commercial Litigation as a Mechanism for Ensuring Access to Justice in Business'] v *25 rokiv hospodarskii yurysdyktsii v Ukraini: dosvid ta perspektyvy: Vseukr. nauk.-prakt. konf. [25 years of Economic Jurisdiction in Ukraine: Experience and Prospects: All-Ukrainian Scientific-Practical Conference]* (Pravo 2016) 155–6 (in Ukrainian).

Websites

9. Morshhagina N, 'Projekt HPK Ukrainy trebuє detal'nogo obsuzhdenija' ['The Draft EPC of Ukraine Requires Detailed Discussion'] <<https://pravo.ua/predsdatel-associacii-sudej-hozsu/>> (accessed: 15.03.2020) (in Russian).

Iryna Butyrka

WRIT PROCEEDINGS IN ECONOMIC COURT PROCEDURE

ABSTRACT. Each legal action has certain specifics, and thus it would be inefficient and irrational to resolve all cases using the same procedure. This engenders the need for differentiation of the procedural form. In economic court procedure, one of the ways through which this differentiation is manifested is writ proceedings. By introducing mandatory proceedings into economic court procedure, the legislator aimed at making economic dispute resolution more convenient and accessible. However, more than two years of practical application of writ proceedings by economic courts revealed a range of challenging issues which prevent this institution from efficiently optimizing the time and money spent by business entities to protect their rights and interests.

The article aims at achieving a theoretical understanding of writ proceedings in economic court procedure, and also at making a systematic analysis of the practical application of the procedural rules governing writ proceedings in economic court procedure, and at developing proposals for improvement of domestic legislation in this respect.

It is noted that writ proceedings are one of the manifestations of simplification of the economic procedure form. The author examines the criteria which may be taken as a guideline when simplifying the proceedings, namely: the property criterion and indisputability of claims. It is concluded that indisputability of a monetary claim in mandatory proceedings is presumed, but it is not a mandatory condition to obtain a writ, since the economic court decides on whether to issue the writ based only on the evidence provided by the applicant.

The author establishes the conditions for writ issuance and reckons among them the following: 1) application for writ issuance may be filed by the person who has the right of claim; 2) application for writ issuance is submitted to the trial court according to the general rules of court jurisdiction; 3) the debt should be monetary in nature under contract; 4) the claim amount does not exceed one hundred subsistence minimums for able-bodied persons; 5) presumption of monetary debt indisputability; 6) applicant and debtor in mandatory proceedings may be only legal entities and individual entrepreneurs; 7) penalties may not be the subject matter of a writ.

Today we should note the optionality of using writ proceedings and simplified claim proceedings which may later be transformed into general claim proceedings. Availability of such an alternative to the applicant entails a delay in the proceedings and an excessive load on the judges, since this means that one and the same case may be considered in court twice – firstly, according to the rules of writ proceedings, and after that according to the rules of simplified claim proceedings. In this regard, the author substantiates that in legislation the mandatory bases should be strengthened for differentiation of writ, simplified claim and general claim proceedings.

KEYWORDS: writ proceedings; writ; simplified proceedings; economic court procedure; economic process.



Людмила Ніколенко

докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри юридичних дисциплін
Донецького юридичного інституту МВС України
(Маріуполь, Україна)
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-3437-6968>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/I-2143-2018nln2006@ukr.net>



Сергій Масловський

суддя Господарського суду Луганської області
(Харків, Україна)
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-7563-621X>
law31s13@gmail.com

УДК 346.91:347.98

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРУ ЗА УЧАСТЮ СУДДІ У ГОСПОДАРЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

АНОТАЦІЯ. Високий рівень та якість здійснення правосуддя у країнах із розвинутою правовою системою демонструє не тільки існуюча узгоджена судова система, а й система примирливих процедур. До таких процедур можна віднести інститут врегулювання спору за участю судді, який забезпечує справедливе, законне вирішення спору та є гарантією і можливістю реалізації основної мети господарського судочинства. Дослідження інституту врегулювання спору за участю судді обумовлене також тим, що примирливі процедури є альтернативою звичній судовій. Однак порівняно з останньою дають змогу сторонам самостійно визначити шляхи взаєморозуміння та знайти найбільш взаємовигідне вирішення спору.

Метою статті є визначення особливостей врегулювання спору за участю судді з урахуванням змін у законодавстві та процесів реформування судочинства України, встановлення шляхів удосконалення правових норм щодо врегулювання спору за участю судді, що є важливим як із погляду теорії процесуального права, так і з погляду судової практики.

Визначено, що врегулювання спору за участю судді слід розглядати як інститут господарського процесуального права, який включає систему норм, що спрямовані на мирне врегулювання відносин між сторонами спору за участю судді, з метою вирішення по суті спору, на підставі конфіденційності, добровільності та взаєморозуміння.

Запропоновано удосконалення порядку врегулювання спору за участю судді, а саме: обов'язків судді; форми проведення; строку врегулювання спору тощо. За результатом дослідження запропоновано відповідні зміни та доповнення до Господарського процесуального кодексу України щодо удосконалення врегулювання спорів за участю судді з метою найбільш ефективного застосування.

Автори доходять висновку щодо необхідності подальшого розвитку інституту врегулювання спору за участю судді. Наголошено, що розвиток цього інституту розвантажить суддів, прискорить вирішення спорів та, як наслідок, зменшить кількість апеляційних і касаційних скарг. У деяких випадках цей інститут може бути використаний як засіб для затягування розгляду справи, зміни судді, тобто зловживання процесуальними правами. Але його треба розглядати, насамперед як засіб правового виховання та впровадження правової культури не тільки учасників справи, а й зміни суспільної свідомості та переорієнтації її на вирішення спорів на засадах примирення.

Ключові слова: врегулювання спору за участю судді; медіація; вирішення спору; альтернативні способи вирішення спорів; примирення; посередництво; господарське судочинство.

Високий рівень та якість здійснення правосуддя у країнах із розвинутою правовою системою демонструє не тільки існуюча узгоджена судова система, а й система примирливих процедур. До таких процедур можна віднести інститут врегулювання спору за участю судді, який забезпечує справедливе, законне вирішення спору та є додатковою гарантією і можливістю реалізації основної мети господарського судочинства – ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, а також держави. Дослідження інституту врегулювання спору за участю судді обумовлене також тим, що примирливі процедури є альтернативою звичній судовій. Однак порівняно з останньою дають змогу сторонам самостійно визначити шляхи взаєморозуміння та знайти найбільш взаємовигідне вирішення спору.

Зміни, що сталися в українському судоустрої та процесуальному законодавстві, є відображенням процесу, який пов'язаний із прагненням України стати повноправним членом європейського співтовариства та впровадити міжнародні стандарти у вітчизняне законодавство. Нова редакція Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)¹, що набрала чинності 15 грудня 2017 р. згідно із Законом України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”²,

¹ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

² Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон

з одного боку, впровадила інститут врегулювання спору за участю судді, який вже успішно використовується у багатьох зарубіжних країнах: Великій Британії, Австралії, Канаді, Німеччині, США, Фінляндії, а з другого – поставила нові питання теоретичного та практичного характеру, які потребують додаткового роз'яснення. Тому дослідження інституту врегулювання спору за участю судді з визначенням особливостей цього інституту, його належного практичного застосування є актуальним.

Як і будь-яке нововведення, інститут врегулювання спору викликав жваве обговорення різних його аспектів, зокрема й співвідношення з інститутом медіації. Зацікавленість обумовлена також тим, що він має уніфікований характер і застосовується не тільки у господарському, а й у цивільному та адміністративному судочинствах.

Дослідженню цього інституту присвятили свої праці такі вчені та практики, як І. Бутирська, О. Горецький, О. Зельдіна, С. Калашнікова, О. Кармаза, О. Кібенко, Н. Ковалко, Я. Любченко, О. Можайкіна, Л. Остафійчук, Н. Петренко, С. Противень, Л. Романадзе, М. Ясинок та ін. Проте низка актуальних і практично значущих питань відносно застосування інституту врегулювання спору за участю судді у господарському судочинстві, зокрема й щодо учасників такого розгляду, їх повноважень, процедур розгляду, потребують подальшого розроблення та удосконалення.

Метою дослідження є визначення особливостей врегулювання спору за участю судді з урахуванням змін у законодавстві, процесів реформування судочинства України та визначення шляхів удосконалення правових норм щодо врегулювання спору за участю судді, що є важливим як із погляду теорії процесуального права, так і з погляду судової практики.

Участь судді у примирливих процедурах не є новою для українського процесуального законодавства. Принцип арбітрування, який існував до 2001 р., визначав, що у вирішенні господарського спору основною метою арбітра є приведення представників сторін до законної угоди, яка фіксується у рішенні суду. У разі, коли сторони не змогли дійти до угоди або угода не відповідала закону, арбітр ухвалює рішення, яке може збігатися з позицією однієї зі сторін або ґрунтуватися на позиції судді щодо самого спору³. Таким чином, суддя господарського суду, дотримуючись принципу арбітрування, мав право вчиняти дії, спрямовані на примирення сторін у справі та їх приведення до мирного врегулювання. Отже,

Україні від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

³ Т. Степанова, 'Принцип арбітрування як основний принцип господарського судочинства' [2008] 20 (11) Ринкова економіка: сучасна теорія і практика управління 125–30.

можна зазначити, що такий принцип закладено в основу інституту врегулювання спору за участю судді⁴.

У науковій літературі існує дискусія стосовно розгляду врегулювання спору за участю судді через медіацію. Проте цей інститут не можна розглядати як модель медіації. Вони мають різні суб'єкти та механізми реалізації: врегулювання спору здійснюється суддею та сторонами справи; медіація – сторони спору та третя нейтральна сторона (медіатор), яка супроводжує сторони у вирішенні спору, що виник між ними. ГПК України визначає, що врегулювання спору за участю судді проводиться суддею-доповідачем, тобто суддею, який входить до складу суду, на вирішенні якого перебуває справа. Медіатор не має права надавати порад або пропонувати шляхи вирішення спору. Медіація є неформальним методом вирішення спорів, який ґрунтується на засадах довіри й у якому нейтральна та безстороння третя особа допомагає сторонам у взаємній комунікації, визначенні інтересів та основних дискусійних, спірних питань, а також у знаходженні спільного взаємоприйняттого рішення на основі порозуміння⁵. Тому виникає дисбаланс стосовно положення судді при врегулюванні спору: по-перше, суддя є представником держави та її іменем ухвалює судові рішення; по-друге, обов'язком судді є справедливий, безсторонній та своєчасний розгляд і вирішення справи відповідно до закону з дотриманням засад і правил судочинства. У зв'язку з цим є ризик того, що суддя, проводячи процедуру врегулювання спору, буде займати керівне положення, а отже, фактично буде “власником спору”, що, зі свого боку, може значно змінити хід та, відповідно, результат проведення переговорів⁶.

Щодо правової природи врегулювання спору за участю судді, то науковці та практики виказують різні точки зору. О. Кібенко вважає цю процедуру судовою медіацією у господарському процесі⁷; Д. Коноваленко називає процедуру врегулювання спору за участю судді, закріплену в законодавстві України, квазімедіацією⁸; Т. Федорова відносить врегулювання спору за участю судді до самостійного виду примирювальних процедур і вважає їх новим елементом інституту господарської юстиції, який спрямований на пошук консенсусу та спільне врегулювання спо-

⁴ Н. Петренко, ‘Врегулювання спору за участю судді в господарському судочинстві’ (2018) 10 Підприємство, господарство і право 73–7.

⁵ Т. Подоковенко, ‘Медіація як спосіб альтернативного розв'язання конфліктів: генеза та інституційні засади (2017) 1 Актуальні проблеми правознавства 17–22.

⁶ Петренко (н 4) 73–7.

⁷ О. Кібенко, ‘Судова медіація в господарському процесі – бути чи не бути?’ (Цензор.Нет, 18.02.2018) <https://censor.net.ua/blogs/3051121/sudova_medatsya_v_gospodarskomu_protses_buti_chi_ne_buti> (дата звернення: 22.06.2020).

⁸ Д. Коноваленко, ‘Судова медіація – challenge для України’ (Юридична Газета, 2017) <<http://yur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/sudova-mediaciya--challenge-dlya-ukrayini.html>> (дата звернення: 22.06.2020).

ру його сторонами⁹; О. Одосій називає процедуру врегулювання спору за участю судді інститутом примирення сторін¹⁰.

Врегулювання спору за участю судді слід розглядати як інститут господарського процесуального права, який включає систему норм, що спрямовані на мирне врегулювання відносин між сторонами спору за участю судді, з метою вирішення по суті спору, на підставі конфіденційності добровільності та взаємопорозуміння.

Інститут врегулювання спору за участю судді базується на таких принципах: верховенства права; справедливості; рівності; диспозитивності; пропорційності; обов'язковості судового рішення; розумності строків розгляду справи судом. Л. Остафійчук звертає увагу на принципи, які викликали дискусію серед науковців щодо можливості їх застосування у процедурі врегулювання спору: змагальність сторін; гласність і відкритість судового процесу та його повне фіксування технічними засобами; принцип неприпустимості зловживання процесуальними правами; принцип відшкодування судових витрат сторони, на користь якої ухвалене судове рішення¹¹. Тобто можна зробити висновок, що не всі загальноприйняті принципи, які властиві розгляду у господарському судочинстві, використовуються при врегулюванні спору за участю судді.

Частина 1 ст. 186 ГПК України визначає, що врегулювання спору за участю судді проводиться за згодою сторін до початку розгляду справи по суті. Але з цього положення не зрозуміло, хто повинен бути ініціатором. О. Кібенко, аналізуючи законодавчу регламентацію врегулювання спору за участю судді за ГПК України, вважає, що суд зобов'язаний запропонувати сторонам процедуру врегулювання спору за участю судді, і зазначає, що 'процедура впливає із принципу змагальності сторін, закріпленого у ст. 13 ГПК, згідно якого суд, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, сприяє врегулюванню спору шляхом досягнення угоди між сторонами'¹². Іноді сторони просто не знають про можливість врегулювання спору за участю судді. Тож ініціатива судді щодо врегулювання спору за його участю могла б сприяти поширенню інформації про такий спосіб захисту прав. Тому пропонуємо внести відповідні зміни до ч. 1 ст. 186 ГПК України.

Згідно зі ст. 186 ГПК України проведення врегулювання спору за участю судді не допускається у таких спорах: про відновлення платоспроможності боржника чи визнання його банкрутом; за заявами про затвердження планів санації боржника до відкриття провадження у справі

⁹ Т Федорова, 'Господарська юстиція в системі інститутів сучасної держави' (дис канд юрид наук, 2018) 182.

¹⁰ О Одосій, 'Забезпечувальні заходи в цивільному процесі України' (дис канд юрид наук, 2018) 235.

¹¹ Л Остафійчук, 'Принципи врегулювання спору за участю судді' (2019) 146 Проблеми законності 256–68.

¹² Кібенко (н 7).

про банкрутство; у випадку вступу у справу третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору. Останнє положення урегульоване у п. 3 ч. 2 ст. 186 ГПК України. Проте ця норма суперечить ст. 49 ГПК України, яка визначає, що треті особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору, користуються усіма правами і несуть усі обов'язки позивача, зокрема й брати участь у врегулюванні спору за участю судді. Тому пропонується виключити п. 3 ч. 2 ст. 186 ГПК України у зв'язку з тим, що ця норма обмежує права третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору.

Про проведення процедури врегулювання спору за участю судді суд постановляє ухвалу, якою одночасно зупиняє провадження у справі. У випадку недосягнення сторонами мирного врегулювання спору за наслідками проведення врегулювання спору повторне проведення врегулювання спору за участю судді не допускається (ст. 187 ГПК України).

Відповідно до ст. 188 ГПК України врегулювання спору за участю судді проводиться суддею-доповідачем одноособово незалежно від того, в якому складі розглядається справа. При врегулюванні спору суддя здійснює такі повноваження: спрямовує дії сторін для досягнення мети врегулювання спору, а саме мирне вирішення спору за взаємною згодою; оголошує перерву в межах строку проведення врегулювання спору; роз'яснює сторонам на початку проведення першої спільної наради мету, порядок проведення, права та обов'язки сторін; з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень; роз'яснює сторонам предмет доказування щодо категорії спору, який розглядається; пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору; здійснює інші дії, спрямовані на мирне врегулювання сторонами спору; звертає увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонує стороні можливі шляхи мирного врегулювання спору. Проте слід звернути увагу на те, що судова практика не є джерелом права за національним законодавством та у зв'язку з постійними змінами законодавства має несталий характер, а також залежить виключно від конкретних обставин справи. Тому звертати увагу сторін на судову практику немає ніякого сенсу. Пропонується виключити це положення з ГПК України.

У частині 7 ст. 188 ГПК України зазначено, що 'під час проведення врегулювання спору суддя не має права надавати сторонам юридичні поради та рекомендації, надавати оцінку доказів у справі'¹³. Тоді виникає запитання: як суддя може пропонувати стороні можливі шляхи мирного врегулювання спору, як зазначено у ч. 5 цієї статті? На це звертає увагу О. Зельдіна: '<...> без сумніву, шлях мирного врегулювання спору, який

¹³ Господарський процесуальний кодекс України (н 1).

повинен запропонувати суддю, передбачає юридичні поради та рекомендації¹⁴. Крім того, оскільки під час нарад не здійснюється фіксація, залишаються без відповіді запитання: яким чином у випадках недотримання суддями норм законодавства щодо цієї процедури можна буде це довести, а також яку відповідальність нестимуть судді за такі порушення?¹⁵.

Пропонується ч. 7 ст. 188 ГПК України викласти таким чином: *“Під час проведення врегулювання спору суддя обговорює зі сторонами матеріальні і формальні обставини справи, вільно оцінюючи всі обставини”*.

Стосовно порядку проведення врегулювання спору за участю судді, то він здійснюється у формі спільних та (або) закритих нарад. Закриті наради проводяться за ініціативою судді з кожною зі сторін окремо, але така норма порушує не тільки принцип публічності та гласності, визначений ГПК України, а й принцип верховенства права. Вважаємо за необхідне дозволити проводити врегулювання спору за участю судді тільки у формі спільних нарад. Частина 2 ст. 188 ГПК України пропонуємо викласти у такій редакції: *“Проведення врегулювання спору за участю судді здійснюється у формі спільних нарад. Сторони мають право брати участь у таких нарадах у режимі відеоконференції в порядку, визначеному цим Кодексом”*.

З аналізу ГПК України можна зробити висновок, що врегулювання спору за участю судді можливе тільки до початку розгляду справи по суті, протягом підготовчого судового засідання. Але таке обмеження є необґрунтованим, тому що сторони ще не сформували остаточну власну позицію, тому пропонується не обмежувати можливість врегулювати спір за участю судді підготовчою стадією та надати право сторонам врегулювати спір до моменту ухвалення судового рішення. Частина 1 ст. 186 ГПК України викласти у такій редакції з урахуванням зазначеної вище пропозиції: *“Врегулювання спору за участю судді проводиться за ініціативою сторін або суду за згодою сторін до моменту ухвалення рішення у справі”*.

Стаття 189 ГПК України визначає, що врегулювання спору за участю судді припиняється у разі: подання стороною заяви про припинення врегулювання спору за участю судді; закінчення строку врегулювання спору за участю судді; затягування врегулювання спору будь-якою зі сторін (за ініціативою судді); укладення сторонами мирової угоди та звернення до суду із заявою про її затвердження або звернення позивача до суду із заявою про залишення позовної заяви без розгляду, або в разі відмови

¹⁴ О Зельдіна, 'Новели судової реформи: позитивні та негативні наслідки' (2017) 43–44 Юридичний вісник України 4–5.

¹⁵ С Сергеева, 'Врегулювання спору за участю судді у господарському процесі' (Юридична газета, 2018) <<https://yur-gazeta.com/publications/practice/gospodarske-pravo/vregulyuvannya-sporu-za-uchastyu-suddi-u-gospodarskomu-procesi.html>> (дата звернення: 22.06.2020).

позивача від позову чи визнання позову відповідачем. Про припинення врегулювання спору за участю судді постановляється ухвала, яка оскарженню не підлягає. Одночасно суддя вирішує питання про поновлення провадження у справі.

ГПК України у ст. 190 встановлює, що врегулювання спору за участю судді проводиться протягом розумного строку, але не більше 30 днів із дня постановлення ухвали про його проведення. Слід зазначити, що не завжди судді встигають розглянути спір протягом встановленого строку. З метою оперативного та справедливого розгляду справи пропонується надати суду право залежно від складності справи визначати строк проведення врегулювання спору за участю судді та внести відповідні зміни до ст. 190 ГПК України виклавши її в такій редакції: *“Строк проведення врегулювання спору за участю судді визначається судом залежно від складності справи, але не більше шістдесяти днів”*.

Також законодавчо не врегульованим залишається питання фіксації досягнення згоди в процесі примирення, оскільки закриття провадження у справі стосується тільки укладення мирової угоди. Тому пропонується доповнити ст. 188 ГПК України такою нормою: *“У разі досягнення згоди між сторонами щодо примирення суд постановляє ухвалу про примирення сторін та закриття провадження у зв’язку з примиренням сторін”*.

Висновки. На підставі зазначеного вище можна зробити висновок, що дослідження врегулювання спору за участю судді у господарському судочинстві має не тільки теоретичне, а й практичне значення. Розвиток цього інституту розвантажить суддів, прискорить вирішення спорів та, як наслідок, зменшить кількість апеляційних і касаційних скарг. У деяких випадках цей інститут може бути використаний як засіб для затягування розгляду справи, відводу судді, тобто зловживання процесуальними правами. Але його треба розглядати насамперед як засіб правового виховання та впровадження правової культури не тільки учасників справи, а й зміни суспільної свідомості та переорієнтації її на вирішення спорів на засадах примирення.

REFERENCES

Bibliography

Journal articles

1. Ostafiichuk L, ‘Pryntsyvy vrehuliuvannia sporu za uchastiu suddi’ [‘Principles of dispute Resolution with the Participation of a Judge’] (2019) 146 Problemy zakonnosti 257 (in Ukrainian).

2. Petrenko N, 'Vrehuliuvannia sporu za uchastiu suddi u hospodarskomu sudochynstvi' ['Settlement of a Dispute with the Participation of a Judge in Commercial Litigation'] (2018) 10 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 74 (in Ukrainian).
3. Podokovenko T, 'Mediatsiia yak sposib alternatyvnoho rozv'iazannia konfliktov: heneza ta instytutsiini zasady' ['Mediation as a Way of Alternative Conflict Resolution: Genesis and Institutional Principles'] (2017) 1 *Aktualni problemy pravoznavstva* 20 (in Ukrainian).
4. Stepanova T, 'Pryntsyp arbitruvannia yak osnovnyi pryntsyp hospodarskoho sudochynstva' ['The Principle of Arbitration as the Basic Principle of Commercial Litigation'] [2008] 20 (11) *Rynkova ekonomika: suchasna teoriia i praktyka upravlinnia* 126 (in Ukrainian).
5. Zeldina O, 'Novely sudovoi reformy: pozytyvni ta nehatyvni naslidky' ['Judicial Reform Novels: Positive and Negative Consequences'] (2017) 43–44 *Yurydychnyi visnyk Ukrainy* 4–5 (in Ukrainian).

Theses

6. Fedorova T, 'Hospodarska yustytysia v systemi instytutiv suchasnoi derzhavy' ['Economic Justice in the System of Institutions of the Modern State'] (dys kand yuryd nauk, 2018) (in Ukrainian).
7. Odosii O, 'Zabezpechualni zakhody v tsyvilistychnomu protsesi Ukrainy' ['Security Measures in the Civil Process of Ukraine'] (dys kand yuryd nauk, 2018) (in Ukrainian).

Newspaper articles

8. Cerhieieva S, 'Vrehuliuvannia sporu za uchastiu suddi u hospodarskomu protsesi' ['Settlement of a Dispute with the Participation of a Judge in the Economic Process'] (*Yurydychna hazeta*, 2018) <<https://yur-gazeta.com/publications/practice/gospodarske-pravo/vregulyuvannya-sporu-za-uchastyu-suddi-u-gospodarskomu-procesi.html>> (accessed: 22.06.2020) (in Ukrainian).
9. Kibenko O, 'Sudova mediatsiia v hospodarskomu protsesi – buty chy ne buty?' ['Judicial Mediation in the Economic Process – to be or not to be?'] (*Tsenzor.Net*, 2018) <https://censor.net.ua/blogs/3051121/sudova_medatsya_v_gospodarskomu_protsesi_buty_chi_ne_buty> (accessed: 22.06.2020) (in Ukrainian).
10. Konovalenko D, 'Sudova mediatsiia – challenge dlia Ukrainy' ['Judicial Mediation is a Challenge for Ukraine'] (*Yurydychna Hazeta*, 2017) <<http://yur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/sudova-mediatsiya--challenge-dlya-ukrayini.html>> (accessed: 22.06.2020) (in Ukrainian).

Liudmyla Nikolenko
Sergiy Maslovskiy

SOME ASPECTS OF DISPUTE SETTLEMENT WITH PARTICIPATION
OF A JUDGE IN ECONOMIC COURT PROCEEDINGS

ABSTRACT. The high level and quality of administration of justice in countries which have a well-developed legal system is demonstrated not only through the existing coherent judicial system, but also through the system of conciliation procedures. To such procedures we may ascribe the institute of dispute settlement with participation of a judge, which provides a fair and legitimate resolution of a dispute and provides a guarantee and

opportunity for implementing the main goal of economic court proceedings. The study of the institute of dispute settlement with participation of a judge is also relevant given that the conciliation procedure is an alternative to the customary court procedure. However, as compared with the latter, using the conciliation procedures the parties may independently determine the ways to mutual understanding and find the most mutually beneficial resolution to a dispute.

The purpose of the article is to determine the specifics of dispute settlement with participation of a judge, with due regard for changes in legislation and the judicial reform processes in Ukraine, and to establish the ways towards improvement of legal provisions relating to dispute settlement with participation of a judge, which is important both in terms of the theory of procedural law and in terms of judicial practice.

The authors established that dispute settlement with participation of a judge should be regarded as the institute of economic procedure law encompassing a system of rules which are aimed at peaceful settlement of relations between parties to a dispute with participation of a judge, with a view to resolving a dispute on the merits based on confidentiality, voluntariness and mutual understanding.

The article suggests that the procedure of dispute settlement with participation of a judge should be improved, namely, in terms of the following: duties of a judge; form of implementation; time limits for dispute settlement, etc. Based on the study result, the authors suggest relevant amendments and additions to the Code of Economic Procedure of Ukraine for improving dispute settlement with participation of a judge, with the aim of ensuring the most efficient application.

The authors conclude that there is a need for further development of the institute of dispute settlement with participation of a judge. It is noted that development of this institute will reduce the load on judges, speed up dispute resolution and, consequently, will reduce the number of appeals and cassation appeals. In some cases, this institute may be used as a means to delay consideration of a case, change a judge, i.e., an abuse of procedural rights. But it should be regarded primarily as a means of legal education and introduction of legal culture not only for participants to a case but also from the perspective of changing public consciousness and reorienting it towards dispute resolution on the basis of reconciliation.

KEYWORDS: dispute settlement with participation of a judge; mediation; dispute resolution; alternative dispute resolution methods; conciliation; mediator's involvement; economic court proceedings.



Олена Черненко

кандидатка юридичних наук,
асистентка кафедри господарського права
та господарського процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ochernenko79@gmail.com

УДК 346.9

ЕМОЦІЙНА СКЛАДОВА СУДОВОГО РІШЕННЯ

АНОТАЦІЯ. При здійсненні правосуддя судді повинні утверджувати гарантовану Конституцією та законами України незалежність і самостійність судів, підвищувати авторитет судової влади, забезпечувати обов'язковість судових рішень через справедливий, неупереджений і своєчасний розгляд та вирішення судових справ, дотримання присяги судді. Суспільство висуває до судді високі вимоги й очікує від нього ідеальної поведінки. Посада судді вимагає не тільки досконалого знання законів та інших нормативно-правових актів, а й дотримання етичних норм, витримки, толерантності, відповідальності, справедливості, наполегливості, принциповості. Від рівня професійної правосвідомості судді залежить не лише якість здійснюваної ним роботи, а й загальне враження суспільства про правосуддя у державі.

Метою статті є аналіз впливу внутрішньопсихологічних чинників на ухвалення суддею рішень у справі.

Авторка розглядає професійну діяльність судді як таку, що постійно супроводжується нервово-емоційним напруженням і, як наслідок, надмірними нервово-психічними навантаженнями, які є причиною емоційного вигорання суддів. Професійне вигорання веде до виснаження емоційних, фізичних та особистісних ресурсів людини. Наслідками професійного вигорання судді є зниження авторитету судової влади, прийняття незаконних рішень, поведінка, що суперечить Кодексу суддівської етики, тощо. Суддя, в якого проявляються ознаки професійного вигорання, не може належним чином здійснювати судочинство і потребує психологічної допомоги.

У статті наголошується на тому, що лише високопрофесійна, моральна, етична поведінка судді здатна викликати повагу до суду та забезпечити впевненість учасників судового процесу в неупереджених результатах розгляду справи. Суддя проходить постійне випробування на професійну майстерність, людську мудрість і вдале вирішення конфліктних ситуацій. Судові рішення повинні утверджувати справедливість й укріплювати довіру суспільства до судової влади. Совість, чесність, честь, гідність, професіоналізм є головними моральними орієнтирами у здійсненні правосуддя. Тому, незважаючи на різноманітні фактори впливу на суддю під час розгляду справи, він повинен вміти здійснювати контроль за власними емоціями і залишатися неупередженим при ухваленні судових рішень.

Ключові слова: суддя; внутрішнє переконання; емоції; судові рішення.

На суддю як носія влади покладено надзвичайно важливе та відповідальне завдання – захист права. Відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод¹ кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Судді, ухвалюючи рішення, повинні бути вільними від будь-якого контролю з боку виконавчих чи законодавчих органів, а також впливу громадської думки, зобов'язані вирішувати справи неупереджено, на основі фактів та відповідно до чинного законодавства. Посада судді вимагає від особи, яка її обіймає, не тільки досконалого знання законів та інших нормативно-правових актів, а й особливих поглядів, уявлень, переконань, оцінок, що ґрунтувалися б на прийнятті і розумінні природного права, основоположних прав та свобод людини і громадянина².

Слід зазначити, що судді мають розуміти, що від рівня їхньої професійної правосвідомості прямо чи опосередковано залежить не лише якість здійснюваної ними роботи, а й загальне враження суспільства про правосуддя в державі. Тому судді мають бути прикладом неухильного додержання вимог закону та принципу верховенства права, присяги, а також дотримання етичних норм з метою зміцнення довіри громадян у чесність, незалежність, неупередженість і справедливість суду. Витримка судді, його толерантність, спокій, а також необхідна вимогливість як особи, наділеної владою, є дуже істотними та необхідними особистісними якостями. Коли ми кажемо про чесність і порядність як про якості судді, то маємо на увазі передусім суддівську честь. Саме звернення “Ваша честь” формулює основну вимогу до суддівства, адже правосуддя не може бути безчесним. У тлумачному словнику поняття “чесність” і “порядність” подаються як синоніми та характеризують людину, яка наділена високими моральними якостями і не здатна на погані, нечесні або аморальні вчинки, яка є сумлінною і заслуговує на високу повагу та пошану³.

Так, в Англії поряд із політичними і кон'юнктурними міркуваннями при призначенні суддів прийнято враховувати моральну та ділову характеристики кандидата. При цьому моральності майбутнього судді надається велике значення. Навіть до поведінки судді в приватному житті

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 12.06.2020).

² І Панчук, ‘Загальні риси професійної правосвідомості суддів’ [2013] 1 (7) Часопис Національного університету “Острозька академія”. Серія “Право” <<https://lj.oa.edu.ua/articles/2013/n1/13piopps.pdf>> (дата звернення 05.05.2020).

³ Л Денисенко та інші, *Бути суддею* (2015) 216.

висуваються досить високі вимоги⁴. У Канаді у Зведенні принципів судової поведінки зазначено про: обов'язок судді брати участь у встановленні, підтриманні та забезпеченні додержання високих стандартів поведінки й самому персонально їх додержуватися; моральну цілісність, гідність і чесність; обов'язок слухати з належним терпінням, ставитися до людей із повагою; пунктуальність і старанність тощо⁵.

Н. Кузнецова зазначає, що проблема добору суддів у контексті проведення судової реформи є складною і багатоаспектною та від її успішного вирішення безпосередньо залежить якість правосуддя, а якщо подивитися більш широко – загалом ефективність судової влади. Достатньо пригадати відоме гасло: “Кадри вирішують усе!”⁶.

Дослідженню емоційних чинників впливу на рішення судді приділяли увагу такі вчені, як В. Бойко, Ю. Грошевой, М. Костицький, І. Фойницький, С. Фурса та ін.

Метою дослідження є аналіз впливу внутрішньопсихологічних чинників на ухвалення суддею рішень у справі.

Професіоналізм судді – це системне утворення, що складається із сукупності таких елементів, як інтелект (глибоке знання матеріального та процесуального права, здатність до аналітичного мислення), культура (правова, особистісна, естетична), морально-психологічні якості (чесність, мужність, правдивість тощо), які необхідні судді для повноцінного здійснення своїх посадових обов'язків⁷.

Можна стверджувати, що суспільство висуває до поведінки судді набагато вищі вимоги, ніж до простих громадян, по суті, суспільство очікує від судді фактично бездоганної поведінки.

Отже, суддя, крім високого рівня освіти і практики, повинен володіти низкою необхідних вольових якостей, а саме: відповідальністю, справедливістю, наполегливістю, організованістю, зібраністю, принциповістю та ін. Вважається, що однією з головних якостей судді є вміння бути терплячим. Під час судового засідання та й поза процесом триває випробування суддівської терплячості. За умови постійного тиску з боку людей, обставин, строків легко зірватися та проявити дратівливість.

Необхідно відзначити, що величезне значення у професійній діяльності судді має така категорія, як совість, яка впливає на внутрішнє переконання судді. А. Коні говорив: “Те, що називається “суддівського

⁴ Т. Апарова, *Суды и судебный процесс Великобритании: Англия, Уэльс, Шотландия* (1996) 30–1.

⁵ *Матеріали Канадсько-українського проекту співпраці з реформи українського судочинства* (Програма Оттава–Торонто–Вінніпег–Едмонтон, 13 лютого – 22 березня 1997 р.); В. Городовенко, ‘Незалежність суддів і моральні засади суддівської професії’ [2002] 4 (32) *Вісник Верховного Суду України* 42–4.

⁶ Н. Кузнецова, ‘До питання про підвищення професійної підготовки суддівських кадрів’ (2010) 5 *Право України* 25–9.

⁷ Е. Бережко, ‘Нравственные начала (основы) при рассмотрении уголовного дела судом первой инстанции’ (дис канд юрид наук, 2003).

совістю”, є сила, яка підтримує суддю і вносить особливий, піднесений сенс у те, що він чинить. На її голос треба зважати під погрозою глибокого душевного розладу з собою⁸.

У науковій літературі є прихильники позиції, що хороший суддя не повинен відчувати ніяких емоцій; якщо він так робить, його слід відсторонити. Верховенству права загалом, а також юридичній визначеності зокрема краще сприяє прийняття рішень, які позбавлені емоцій. Право повинно бути як машина для передбачуваності правосуддя. Судді повинні прагнути до неупередженості, не бути жертвами пристрастей, які заважають ухваленню рішень і провокують однобічність. Проте є і прихильники протилежної позиції, які стверджують, що байдужість до емоцій негативно впливає на прийняття рішення суддею. Суддівство живиться тим, що називається “судовими емоціями”, тобто досвідом створення суддею розсудливого, конкретного емоційного стану (страх, гнів, щастя, сум, здивування, відраза тощо) під час виконання своєї професійної ролі. Дж. Френк вважав:

У мене немає наївного уявлення, що існує суддя без будь-якого “емоційного ставлення” <...> у мене немає ніякого бажання жити в суспільстві, в якому такі сублюди чи суперлюди існують серед суддів, які здійснюють правосуддя⁹.

Посилаючись на лекцію судді Верховного суду В. Дж. Бреннана, де останній співає гімн “емоціям”, О. Фісс справедливо зазначив:

Я не вірю, що суддя Бреннан просто стверджує очевидне: судді є людьми, чим більше вони прагнуть бути раціональним, тим більше емоції і пристрасті неминуче проникають у судовий процес. Пристрасть є фактором, який має бути залучений до процесу прийняття рішень¹⁰.

Судове рішення має бути законним, обґрунтованим і вмотивованим. У прийнятті рішення задіяні майже всі психологічні процеси, але провідна роль належить мисленню і волі¹¹. Судді не повинні дозволяти своїм суб’єктивним характеристикам впливати на прийняття ними рішень. Емоційна відстороненість є вимогою неупередженості. Упередженість – це стан мислення, ставлення чи точка зору, що скеровує або впливає на

⁸ А Кони, ‘Нравственные начала в уголовном процессе (Общие черты судебной этики)’ в Кони А, *Избранные труды и речи* (Автограф 2006) 84.

⁹ Jerome Frank, ‘What Courts Do in Fact’ [1932] 26 (55) *Illinois Law Review* 761–4. Цит. за: П Міндус, ‘Гнів розуму і благодать почуттів: обґрунтовуючи емоції у праві’ (2015) 1–2 *Філософія права і загальна теорія права* 72–101.

¹⁰ Міндус (н 9).

¹¹ О Степанов, *Психологічна енциклопедія* (Академвидав 2006) 424.

судження, унаслідок чого суддя не здатний неупереджено виконувати свої обов'язки. Водночас стверджувати про це не можна без урахування точного характеру цієї упередженості. Особисті цінності, яких дотримується суддя, його світогляд чи уявлення про закон не можуть вважатися упередженістю. Той факт, що суддя має певну загальну думку щодо правового чи соціального питання, яке безпосередньо стосується справи, не позбавляє його права розглядати справу¹².

При цьому необхідно зазначити, що емоції можуть мати важливе значення для практичної мудрості, необхідної для належного судочинства. Адже судочинство вимагає практичного розуму, а не просто формальної дедукції¹³. Так, відповідно до ст. 86 Господарського процесуального кодексу України суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів¹⁴. Аналогічна норма міститься у ст. 89 Цивільного процесуального кодексу України¹⁵.

Внутрішнє переконання судді – це не несвідоме враження, відчуття, яке не піддається контролю, а впевненість у правильності його висновків, які становлять основу судового рішення¹⁶. Внутрішнє переконання судді являє собою усвідомлену потребу, використання ним власних думок, поглядів і знань. Воно пов'язане з правосвідомістю, яка розглядається як форма суспільної свідомості, що поєднує систему поглядів, ідей, уявлень, теорій, а також почуттів, емоцій і переживань¹⁷.

Із психологічного погляду, переконання – це впевненість, відсутність сумнівів в істинності висновків. Серед принципів формування внутрішнього переконання судді виділяють:

- робити висновки на підставі доказів, перевірених у порядку, передбаченому законом;
- розглядати, вивчати та оцінювати всі докази у справі;
- оцінювати докази в їх сукупності, а також оцінювати кожен доказ відповідно до його природи та зв'язку зі справою¹⁸.

Таким чином, внутрішнє переконання судді – це складне багатогранне поняття, котре виступає як передумова, процес, результат пізнавальної

¹² Див.: Jeffrey M Shaman and Steven Lubet and James J Alfini, *Judicial Conduct and Ethics* (3rd ed, The Michie Company 2000).

¹³ Міндус (н 9).

¹⁴ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 січня 2001 р. № 1798-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>> (дата звернення: 13.06.2020).

¹⁵ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>> (дата звернення: 13.06.2020).

¹⁶ Д Луспеник, 'Внутрішнє переконання судді як елемент оцінки доказів' (2006) 43 Юридичний вісник України 8–9.

¹⁷ О Черновський, 'Вплив внутрішньо-психологічних чинників на прийняття суддею рішень по кримінальній справі' (2013) 11 Європейські перспективи 150–3.

¹⁸ О Черновський та І Скуляк, 'Внутрішнє переконання судді' (2011) 15 Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. Серія 18: Економіка і право 116–21.

діяльності судді. Суттєву роль у формуванні внутрішнього переконання відіграють такі різні за своїм змістом поняття, як совість, інтуїція та правосвідомість¹⁹.

У ролі складових внутрішнього переконання як поняття, що має неоднорідну природу, науковці пропонують розглядати: 1) індивідуальні знання, набуті суддею до акту оцінки доказів; 2) процес пізнання інформації, наданих або отриманих суддею доказів; 3) усвідомлення суддею міри своєї незалежності; 4) емоційний стан судді у процесі дослідження доказів; 5) вольовий стимул, що спонукає суддю до регламентованих законом практичних дій; 6) зовнішню обґрунтованість та аргументованість прийнятого рішення у процесуальних актах²⁰. Оцінка доказів за внутрішнім переконанням судді має декілька аспектів: юридичний, психологічний і моральний. Будучи суверенним у прийнятті рішення, суддя морально відповідає за його правильність перед суспільством²¹.

Необхідно пам'ятати, що суддя – це насамперед людина зі своїм емоційним світом. Професійна діяльність судді постійно супроводжується нервово-емоційним напруженням і, як наслідок, виникають ознаки професійного стресу. Тривалі стресові переживання можуть призвести до розвитку низки захворювань і деформації особистісних якостей судді²². Суддя, в якого проявляються ознаки професійного вигорання, не може належним чином здійснювати судочинство і потребує психологічної допомоги. Термін “емоційне вигорання” вперше був використаний американським психіатром Х. Дж. Фреденбергом у 1974 р. Ним позначався психічний стан людей, які тісно спілкуються з іншими. Спочатку психіатр відніс до цієї групи фахівців, які працюють у кризових центрах і психіатричних клініках, пізніше об'єднав усі професії, що передбачають постійне тісне спілкування, серед яких професія судді займає провідне місце²³. Відповідно до Міжнародного рейтингу найбільш небезпечних для життя і здоров'я професій, у якому є окрема категорія “Професії, пов'язані з високим психогенним ризиком”, професія судді стабільно, впродовж 10 років займає провідні позиції. Такі показники зумовлені надмірними нервово-психічними навантаженнями та переважанням негативного емоційного фону в роботі судді.

Професійне вигорання – це синдром, що розвивається на тлі хронічного стресу й призводить до виснаження емоційних, фізичних та осо-

¹⁹ Черновський та Скуляк (н 18).

²⁰ О Яцишина, ‘Внутреннее убеждение как основание свободы оценки доказательств’ (автореф дис канд юрид наук, 2004) 22.

²¹ Черновський та Скуляк (н 18).

²² Г Дзвоник та Т Савченко, ‘Емоційний компонент в структурі професійної діяльності’ <http://www.rusnauka.com/15_APSN_2010/Psihologia/67373.doc.htm> (дата звернення: 05.06.2020).

²³ С Беляєва, ‘Професійне вигорання: шляхи запобігання’ [2014] 3 (8) Слово Національної школи суддів України 121–46.

бистісних ресурсів людини. Цей стан виникає у результаті накопичення негативних емоцій, коли немає відповідної розрядки або звільнення від них. Психологи виділяють три головні компоненти такого стану: емоційне або фізичне виснаження, деперсоналізація та знижена продуктивність праці²⁴.

Психологічними симптомами емоційного вигорання є: підвищена дратівливість, почуття втоми і депресія; розчарування в роботі та особистому житті; втрата самоповаги і впевненості в собі; зниження інтересу до роботи; почуття неадекватності, безнадійності, безглуздості того, що відбувається, і незрозумілої провини, часта зміна настрою; невмотивоване занепокоєння майбутнім; особиста відстороненість, тобто значущі події, що відбуваються навколо людини, викликають у неї слабкий емоційний відгук або просто її не хвилюють; почуття неспроможності, безвиході, втрати віри у завтрашній день тощо.

Поведінкові проблеми можуть бути такі: емоційні “вибухи”, невмотивована зміна настрою; нехтування професійними та сімейними обов’язками; зниження самокритичності; негативна налаштованість стосовно виконуваної роботи, відсутність ініціативи, мотивації; зниження продуктивності праці; обмеження спілкування з колегами, друзями і знайомими; труднощі у спілкуванні з оточуючими, поява негативного ставлення до клієнтів; втрата почуття гумору, негативне ставлення до себе²⁵.

Причини емоційного вигорання суддів можуть бути класифіковані на дві групи:

1) суб’єктивні (індивідуальні) – пов’язані з особливостями особистості, віком, системою життєвих цінностей, переконаннями, способами і механізмами індивідуального психологічного захисту, з особистим ставленням до виконуваних видів діяльності, взаємовідносинами з колегами, учасниками судового процесу, членами своєї сім’ї. Сюди можна віднести і високий рівень очікування результатів своєї професійної діяльності, високий рівень відданості моральним принципам, необхідність відповісти на прохання відмовою, схильність до самопожертви тощо. Найбільше схильні до “емоційного вигорання”, як правило, найкращі працівники – ті, хто найбільш відповідально ставиться до своєї роботи, переживає за свою справу, вкладає в неї душу;

2) об’єктивні (ситуаційні) – безпосередньо пов’язані зі службовими обов’язками. Значне навантаження та наявність зовнішнього тиску –

²⁴ Андрій Іванишук, ‘В чому причини професійного вигорання суддів і як з ним можна боротися’ <https://zib.com.ua/ua/121001-v_chomu_prichini_profesijnogo_vigorannya_suddiv_i_yak_z_nim_html> (дата звернення: 14.06.2020).

²⁵ А Коваль, ‘Чинники емоційного вигорання особистості судді, які негативно відбиваються на якості правосуддя’ (2016) 2 Право і Безпека 124–9.

проблема, з якою стикаються судді під час своєї професійної діяльності, що теж призводить до виникнення явища емоційного вигорання. У незалежній країні судді так і не стали незалежними. На них тиснуть політики, можновладці, органи виконавчої влади, правоохоронці, журналісти. Як наслідок, судді, які не зраджували присязі, перебувають у стані постійного стресу²⁶. Сприяти усуненню симптомів професійного вигорання суддів має регулярне проведення семінарів і тренінгів щодо психологічної допомоги суддям.

Різноманітність факторів, які можуть впливати на суддю, є безмежною. Завдання судді полягає у застосуванні закону у межах свого розуміння, на основі власної оцінки фактів, без страху чи надання переваги кому-небудь, а також незважаючи на ймовірну (не)популярність остаточного рішення.

Необхідно зазначити, що 30,6 % опитаних суддів суб'єктом порушення їхньої незалежності під час вирішення справи назвали представників державних органів; 15,4 % – громадські організації; 10,8 % – засоби масової інформації; 23,4 % – громадян. Ба більше, і всередині судової системи можливе застосування тиску на суддів під час здійснення правосуддя. Зокрема, 9 % респондентів суб'єктом порушення їхньої незалежності назвали вищу судову інстанцію; 9 % – голову суду; 1,8 % – колег по роботі. Отже, можна виокремити такі види ймовірного впливу, здійснення тиску на суддів: державний (політичний), суспільний і корпоративний (внутрішньосистемний)²⁷.

Отже, робота суддею – це постійне випробування на професійну майстерність, людську мудрість і вдале вирішення конфліктних ситуацій. Бути суддею – величезна відповідальність. Усі судді є різними, на жаль, не всім вдається уникнути помилок при ухваленні судових рішень, але не слід забувати, що судова влада виправляє власні помилки через систему апеляції, не розраховуючи на те, що кожному справу розглядатиме ідеальний суддя.

Висновки. Судовий процес сповнений емоціями, проте суддя має усвідомлювати своє покликання та при ухваленні судового рішення повинен залишатися неупередженим і таким, що здійснює контроль за власними емоціями та поведінкою.

²⁶ Коваль (н 25).

²⁷ Л Москвич, 'Незалежність суддів: соціальний та правовий аспект' в *Етичні та правові проблеми забезпечення незалежності суддів: матеріали міжнародного науково-практичного семінару* (Сташис В голов ред, Гопак 2006) 145–6.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Shaman J M and Lubet S and Alfani J J, *Judicial Conduct and Ethics* (3rd ed, The Michie Company 2000) (in English).
2. Aparova T, *Sudy i sudebnyj process Velikobritanii: Anglija, Ujel's, Shotlandija [UK Courts and Court Procedure: England, Wales, Scotland]* (1996) (in Russian).
3. Denysenko L ta inshi, *Buty suddeiu [To be a Judge]* (2015) (in Ukrainian).

Edited books

4. Koni A, 'Nravstvennye nachala v ugovnomn processe (Obshhie cherty sudebnoj jetiki)' ['Moral Fundamentals in Criminal Procedure (General Features of Judicial Ethics)'] v Koni A, *Izbrannye trudy i rechi [Selected Works and Speeches]* (Avtograf 2006) (in Russian).

Encyclopedias

5. Stepanov O, *Psykhologichna entsyklopediia [Psychological Encyclopedia]* (Akademvydav 2006) (in Ukrainian).

Journal articles

6. Jerome Frank, 'What Courts Do in Fact' [1932] 26 (55) Illinois Law Review 761–4 (in English).
7. Bieliaieva S, 'Profesiine vyhorannia: shliakhy zapobihannia' ['Professional Burnout: Ways of Preventing It'] [2014] 3 (8) Slovo Natsionalnoi shkoly suddiv Ukrainy 121–46 (in Ukrainian).
8. Chernovskiy O, 'Vplyv vnutrishno-psykhologichnykh chynnykiv na pryiniattia suddeiu rishen po kryminalnii spravi' ['Influence of Inner Psychological Factors on the Judge's Decision-Making in a Criminal Case'] (2013) 11 Yevropeiski perspektyvy 150–3 (in Ukrainian).
9. Chernovskiy O ta Skuliak I, 'Vnutrishnie perekonannia suddi' ['Judge's Inner Conviction'] (2011) 15 Naukovyi chasopys NPU imeni M. P. Drahomanova. Serii 18: Ekonomika i pravo 116–21 (in Ukrainian).
10. Horodovenko V, 'Nezalezhnist suddiv i moralni zasady suddivskoi profesii' ['Independence of Judges and Moral Foundations of the Judicial Profession'] [2002] 4 (32) Visnyk Verkhovnoho Sudu Ukrainy 42–4 (in Ukrainian).
11. Koval A, 'Chynnyky emotsiinoho vyhorannia osobystosti suddi, yaki nehatyvno vidbyvaiutsia na yakosti pravosuddia' ['Factors of Emotional Burnout of the Judge's Personality Which Negatively Affect the Quality of Justice'] (2016) 2 Pravo i Bezpeka 124–9 (in Ukrainian).
12. Kuznietsova N, 'Do pytannia pro pidvyshchennia profesiinoi pidhotovky suddivskykh kadriv' ['On the Issue of Improving the Professional Training of Judges'] (2010) 5 Pravo Ukrainy 25–9 (in Ukrainian).
13. Luspenyk D, 'Vnutrishnie perekonannia suddi yak element otsinky dokaziv' ['Judge's Inner Conviction as an Element of Evidence Evaluation'] (2006) 43 Yurydychnyi visnyk Ukrainy 8–9 (in Ukrainian).
14. Mindus P, 'Hniv rozumu i blahodat pochuttiv: obgruntovuiuchy emotsii u pravi' ['Anger of the Mind and Grace of the Senses: Justifying Emotions in Law'] (2015) 1–2 Filosofiia prava i zahalna teoriia prava 72–101 (in Ukrainian).

15. Panchuk I, 'Zahalni rysy profesiinoi pravosvidomosti suddiv' ['Common Features of Professional Legal Awareness of Judges'] [2013] 1 (7) Chasopys Natsionalnoho universytetu "Ostrozka akademiia". Seriiia "Pravo" <<https://lj.oa.edu.ua/articles/2013/n1/13piopps.pdf>> (accessed 05.05.2020) (in Ukrainian).

Theses

16. Berezhko E, 'Nravstvennye nachala (osnovy) pri rassmotrenii ugolovnoho dela sudom pervoj instancii' ['Moral Fundamentals (Basics) in Criminal Proceedings in a Trial Court'] (dis kand jurid nauk, 2003) (in Russian).
17. Jacishina O, 'Vnutrennee ubezhdenie kak osnovanie svobody ocenki dokazatel'stv' ['Inner Conviction as the Basis for Freedom of Evidence Evaluation'] (avtoref dis kand jurid nauk, 2004) (in Russian).

Conference papers

18. *Materialy Kanadsko-ukrainskoho proektu spivpratsi z reformy ukrainskoho sudochynstva* [Materials of the Canadian-Ukrainian Cooperation Project on Ukrainian Judicial Reform] (Prohrama Ottava–Toronto–Vinnipeh–Edmonton, 13 liutoho – 22 bereznia 1997 r.) (in Ukrainian).
19. Moskvych L, 'Nezalezhnist suddiv: sotsialnyi ta pravovyi aspekt' [Independence of Judges: Social and Legal Aspect] v *Etychni ta pravovi problemy zabezpechennia nezalezhnosti suddiv: materialy mizhnar. nauk.-prakt. seminaru* [Ethical and Legal Issues of Ensuring the Independence of Judges: Materials of International Scientific and practical Seminar] (Stashys V holov red, Hopak 2006) 145–6 (in Ukrainian).

Newspaper articles

20. Dzvonyk H ta Savchenko T, 'Emotsiinyi komponent v strukturii profesiinoi diialnosti' ['Emotional Component in the Structure of Professional Activity'] <http://www.rusnauka.com/15_APSN_2010/Psihologia/67373.doc.htm> (accessed: 05.06.2020) (in Ukrainian).
21. Ivanyshchuk A, 'V chomu prychny vyhorannia suddiv i yak z nym mozhna borotysia' ['What Are the Reasons of Professional Burnout of Judges and How to Deal With It'] <https://zib.com.ua/ua/121001-v_chomu_prichini_profesiynogo_vigorannya_suddiv_i_yak_z_nim_.html> (accessed: 14.06.2020) (in Ukrainian).

Olena Chernenko

EMOTIONAL COMPONENT OF A COURT JUDGMENT

ABSTRACT. In the exercise of justice, judges must assert the independence and self-consistency of courts guaranteed by the Constitution and laws of Ukraine, enhance the authority of the judiciary, ensure that court judgments are binding via a fair, impartial and timely trial and resolution of court cases, and observe the judge's oath. Society sets high standards for a judge and expects ideal conduct from him/her. The position of a judge requires not only an impeccable knowledge of laws and other legal regulation, but also compliance with ethical standards, self-possession, tolerance, responsibility, fairness, perseverance, and commitment to principles. The level of professional legal awareness of judges is determinative not only for the quality of their work, but also the general impression which society gets about justice in the State.

Олена Черненко

The article aims at analyzing the influence of inner psychological factors on how a judge passes a judgment in a case.

In the author's view, professional activity of a judge is always associated with nervous and emotional stress and, consequently, involves excessive nervous and mental load which may trigger emotional burnout of judges. Professional burnout entails the depletion of emotional, physical and personal resources of a person. The consequences of a judge's professional burnout are an impaired authority of the judiciary, illegitimate judgments, behavior contrary to the Code of judicial ethics, and etc. A judge who demonstrates signs of professional burnout cannot properly conduct legal proceedings and needs psychological assistance.

The article notes that only highly professional, moral, and ethical behavior of a judge can build respect for the court and ensure confidence of participants to a case in the impartial results of the trial. A judge is constantly tested for professional skills, human wisdom and successful resolution of conflict situations. Court judgments should affirm justice and strengthen public confidence in the judiciary. Conscience, honesty, honor, dignity, and professionalism are the major moral guidelines in the administration of justice. Therefore, despite various factors affecting a judge in the proceedings, he or she should be capable of controlling own emotions and remain impartial when delivering judgments.

KEYWORDS: judge; inner conviction; emotions; court judgment.

III. Особливості розгляду господарськими судами окремих категорій господарських спорів

DOI: 10.33498/Юспр-2020-07-131



Антоніна Бобкова

докторка юридичних наук, професорка,
академчнина НАПрН України, заслужена юристка України,
професорка кафедри господарського права
Донецького національного університету імені Василя Стуса
(Вінниця, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0834-7514>
bobkova50@gmail.com

Валерія Новошицька
кандидатка юридичних наук,
доцентка кафедри господарського права
Донецького національного університету імені Василя Стуса
(Вінниця, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4008-8660>
novoshitska@donnu.edu.ua



УДК 346.9

ПРАВОВА ОСНОВА РОЗГЛЯДУ ГОСПОДАРЬКИМ СУДОМ СПОРІВ ЗА УЧАСТЮ ІНОЗЕМНИХ ОСІБ

Анотація. Для нашої країни одним із актуальних і практичних завдань сьогодення є залучення до вирішення соціально-економічних питань іноземних інвесторів, для яких важливим фактором, на думку експертів, є захищеність їхніх прав та інтересів, що, зі свого боку, залежить від стану правової основи розгляду господарських спорів за їхньою участю. Іноземні особи мають право звертатися за захистом порушених прав та інтересів у господарський суд, виступати відповідачем або іншим учасником судового процесу. При цьому судове провадження за участю іноземної особи в господарських судах має певні особливості, які закріплені в різних нормативно-правових актах, міжнародних договорах, угодах сторін, а судова практика свідчить про складність і неоднозначність застосування норм відповідного законодавства, що подекуди унеможливує ефективний захист і швидке вирішення спору. У науці питання правової основи розгляду спорів з іноземним елементом господарськими судами розглядалося опосередковано і не було предметом окремого дослідження.

© Антоніна Бобкова, Валерія Новошицька, 2020

Метою статті є узагальнення правової основи розгляду господарськими судами спорів за участю іноземних осіб та обґрунтування напрямів розвитку й удосконалення відповідного законодавства України для підвищення рівня привабливості господарського провадження для звернень іноземних інвесторів щодо захисту прав і законних інтересів.

У результаті дослідження одержано такі результати: 1) узагальнено правову основу розгляду господарськими судами спорів за участю іноземних осіб, яку становлять норми Господарського процесуального кодексу України (ГПК України), інших законів і підзаконних нормативно-правових актів, норми міжнародних договорів, що стали частиною національного законодавства, господарські договори (контракти); 2) обґрунтовано напрями розвитку й удосконалення відповідного законодавства України: на рівні ГПК України щодо підсудності спорів за участю іноземної особи; розширення компетенції господарських судів через віднесення до їхньої підвідомчості справ у спорах, що виникають у зв'язку зі здійсненням господарської діяльності про оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу, а також про визнання та надання дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу, іноземного суду; доповнення підставами визнання арбітражних угод недійсними та такими, що не можуть бути виконані; на рівні міжнародних договорів – ратифікація Конвенції про угоди про вибір суду; на рівні підзаконних нормативно-правових актів – конкретизація Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів) у частині рекомендацій щодо формулювання розділу зовнішньоекономічного договору щодо урегулювання спорів у судовому порядку з огляду на неможливість вибору сторонами норм процесуального права при розгляді справи у господарських судах.

Запропоновано внесення змін до ГПК України, Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів).

Ключові слова: правова основа; господарське судочинство; іноземна особа; арбітражна угода.

Для нашої країни одним із актуальних і практичних завдань сьогодення є залучення до вирішення соціально-економічних питань іноземних інвесторів, для яких важливим фактором, на думку експертів, є захищеність їхніх прав та інтересів, що, зі свого боку, залежить від стану правової основи розгляду господарських спорів за їхньою участю. Іноземні особи мають право звертатися за захистом порушених прав та інтересів у господарський суд відповідно до встановленої підвідомчості й підсудності господарських спорів, виступати відповідачем або іншим учасником судового процесу. При цьому судове провадження за участю іноземної особи має певні особливості, які закріплені в різних нормативно-правових актах та інших документах. Так, питання розгляду господарським судом спорів за участю іноземних осіб регулюються Господарським процесуальним кодексом України (далі – ГПК України)¹,

¹ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 6. Ст. 56.

законами України “Про міжнародне приватне право”², “Про міжнародний комерційний арбітраж”³ та іншими нормативно-правовими актами, міжнародними договорами, угодою сторін спору.

Практика використання правової основи при розгляді спорів у господарських судах України вказує на те, що задоволення відповідних вимог або навіть прийняття відповідної позовної заяви подекуди є неможливим із огляду на складність і неоднозначність застосування норм законодавства щодо судового провадження за участю іноземних осіб. Зокрема, низка аспектів такого судового провадження (підвідомчість і підсудність спору, підстави прийняття відповідного позову до розгляду, зміст угоди про вибір суду, строк розгляду спору тощо) вимагають відповідного доопрацювання, першим кроком до чого є узагальнення стану правової основи таких відносин.

У науковій літературі окремі аспекти, що пов’язані з розглядом компетентними органами спорів за участю іноземних осіб, зокрема й питання правової основи такого розгляду, неодноразово досліджували представники науки різних галузей права та юристи-практики, зокрема: О. Волощук, М. Гетманцев, А. Гриняк, О. Зозуля, З. Мамон, О. Переверзєва, О. Подцерковний, І. Побірченко, Ю. Притика, О. Торгашин, О. Фролов, С. Хєда, С. Юлдашев. Водночас перелічені автори здебільшого торкалися питань правової основи розгляду спорів за участю іноземних осіб у міжнародних комерційних арбітражах. Наукові праці останніх років присвячені розгляду таких спорів у державних судах (наприклад, І. Венедіктова, Г. Вронська, Т. Кисельова, С. Теньков, Г. Цірат), аналізу різних стадій та аспектів такого провадження, тоді як питання правової основи розгляду названих вище спорів не було предметом окремого дослідження.

Метою дослідження є узагальнення правової основи розгляду господарськими судами спорів за участю іноземних осіб та обґрунтування напрямів удосконалення відповідного законодавства України для підвищення рівня привабливості господарського провадження для звернень іноземних інвесторів щодо захисту прав і законних інтересів.

Насамперед до правової основи розгляду господарським судом спорів за участю іноземних осіб слід віднести норми, які містяться у ГПК України, де досліджуваному питанню присвячено розділ IX “Провадження у справах за участю іноземних осіб”, нормами якого встановлено, що іноземні особи мають такі самі процесуальні права та обов’язки, що й громадяни України та юридичні особи, створені за законодавством України,

² Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV. *Відомості Верховної Ради України*. № 32. Ст. 422.

³ Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4002-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 25. Ст. 198.

крім винятків, встановлених законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України (ч. 1 ст. 365 ГПК України). Крім того, ГПК України врегульовано такі питання, як підсудність судам справ за участю іноземних осіб, звернення господарських судів із судовим дорученням до іноземного суду або іншого компетентного органу іноземної держави, зміст і форма судового доручення про надання правничої допомоги.

Підсудність справ за участю іноземних осіб визначається ГПК України, законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України (ч. 1 ст. 366 ГПК України). Водночас аналіз практики та звернення до відповідних загальних положень (статті 27–31 ГПК України) щодо підсудності спорів господарським судам вказує на необхідність уточнення та доповнення таких положень з огляду на особливості спорів за участю іноземних осіб. Зокрема, це стосується договірної підсудності справ за участю іноземних осіб, на необхідність якої неодноразово звертали увагу науковці та юристи-практики. І хоча можливість визначити господарський суд як орган, який вирішуватиме спір у договорі, стороною якого є іноземний суб'єкт господарювання, впливає з низки положень інших законів і міжнародних договорів, про що йтиметься далі, та не суперечить нормам ГПК України, окремі аспекти такої підсудності залишаються спірними.

Серед питань, які потребують уточнення, можна назвати співвідношення правил загальної підсудності та підсудності, що визначена угодою сторін, щодо перелічених вище випадків (не стосується виключної підсудності справ); визначення суду, повноважного розглядати спір, у випадку, коли відповідач є нерезидентом, а сторони визначили, що справа підлягає вирішенню у господарських судах без уточнення конкретного суду; підвідомчість спору господарському суду у випадках, якщо сторони взагалі не визначили в договорі, який суд розглядатиме спори.

ГПК України детально регламентує порядок звернення з відповідним судовим дорученням до іноземного суду або іншого компетентного органу іноземної держави (статті 367–371), що мінімізує складність здійснення окремих процесуальних дій на території іншої держави (вручення документів іноземній особі, отримання доказів, проведення окремих процесуальних дій на території іншої держави).

Важливими є також інші положення ГПК України, які встановлюють певні процесуальні особливості провадження за участю іноземних осіб. Так, у п. 8 ст. 91 ГПК України встановлено правила допуску як письмових доказів у справі іноземних офіційних документів. Сторони зовнішньоекономічного договору можуть підпорядкувати свої відносини нор-

мам права іншої країни, що певною мірою ускладнює вирішення спору господарським судом. На цей випадок у ч. 1 ст. 108 ГПК України передбачено право учасників справи подати до суду висновок експерта у галузі права щодо змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування, доктриною у відповідній іноземній державі. ГПК України встановлено певні особливості і щодо підтвердження правосуб'єктності іноземної юридичної особи, яка подає документ, що є доказом її правосуб'єктності за відповідним іноземним законом (сертифікат реєстрації, витяг із торгового реєстру тощо) (ст. 170 ГПК України).

Ще одним питанням правової основи здійснення провадження за участю іноземних осіб, що потребує визначеності, є підвідомчість справ у спорах, які виникають у зв'язку зі здійсненням господарської діяльності про оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу, а також про визнання та надання дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу, іноземного суду. Наразі розгляд відповідних справ здійснюється у порядку цивільного судочинства (ч. 8 ст. 19, розділ VIII “Провадження у справах про оскарження рішень третейських судів, оспорювання рішень міжнародних комерційних арбітражів”, розділ IX “Визнання та виконання рішень іноземних судів, міжнародних комерційних арбітражів в Україні, надання дозволу на примусове виконання рішень третейських судів” Цивільного процесуального кодексу України⁴), незважаючи на те, що за суб'єктивним складом і предметом спору переважна частина таких справ є господарськими, а отже, потребують розгляду суддями відповідної кваліфікації, на що вже зверталася увага у науковій літературі⁵.

До правової основи розгляду спорів за участю іноземних осіб господарським судом може бути віднесено і Кодекс України з процедур банкрутства⁶, розділ VIII книги третьої якого присвячено провадженню у справах про банкрутство, пов'язаних з іноземною процедурою банкрутства. Зокрема, йдеться про положення щодо провадження у справі про банкрутство боржника, який створений і здійснює діяльність відповідно до законодавства України, має місцезнаходження на території України, якщо таке провадження є основним щодо будь-якого іншого іноземного провадження.

⁴ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (дата звернення: 13.06.2020).

⁵ А Бобкова, В Новошицька, ‘Юрисдикція господарських судів’ (2017) 9 Право України 86.

⁶ Кодекс України з процедур банкрутства: Закон України від 18 жовтня 2018 р. № 2597-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 19. Ст. 74.

Важливим нормативно-правовим актом, що стосується провадження у справах за участю іноземних осіб, є Закон України “Про міжнародне приватне право” (далі – Закон), яким у ст. 2 врегульовано такі питання:

- 1) визначення застосовуваного права;
- 2) процесуальна правоздатність і дієздатність іноземців, осіб без громадянства та іноземних юридичних осіб;
- 3) підсудність судам України справ з іноземним елементом;
- 4) виконання судових доручень; визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів⁷.

До правової основи зазначеного провадження відносяться розділи XI “Провадження у справах за участю іноземних осіб” та XII “Підсудність та виконання іноземних судових доручень” Закону. Перш за все становить інтерес ст. 43, за якою сторони договору згідно зі статтями 5 та 10 Закону можуть обрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України. Обране право буде підлягати застосуванню господарським судом при вирішенні спору.

Закон закріплює перелік випадків, коли суди можуть приймати до свого провадження і розглядати будь-які справи з іноземним елементом, хоча такий перелік не є вичерпним, оскільки в ньому зазначено, що це можуть бути й інші випадки, визначені законом України та міжнародним договором України (п. 12 ч. 1 ст. 76).

Особливої уваги заслуговують правила виключної підсудності справ з іноземним елементом судам України, встановлені у ст. 77 Закону, перелік яких може бути доповнений іншими випадками, визначеними законами України, серед яких і передбачені ГПК України щодо виключної підсудності.

Водночас аналіз практики застосування Закону господарськими судами вказує на наявність у ньому колізійних норм, що визначають: право якої держави підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом щодо правового статусу фізичних та юридичних осіб, правочинів, довіреностей, позовної давності, прав інтелектуальної власності, договірних і недоговірних зобов'язань та іншого, які потребують відповідного опрацювання.

До правової основи розгляду господарським судом спорів за участю іноземних осіб відносяться і норми розділу VII “Порядок розгляду спорів

⁷ Про міжнародне приватне право (н 2).

у зовнішньоекономічній діяльності” Закону України “Про зовнішньоекономічну діяльність”⁸. Зокрема, у ст. 38 передбачено:

Спори, що виникають між суб’єктами зовнішньоекономічної діяльності, іноземними суб’єктами господарської діяльності у процесі такої діяльності можуть розглядатися судами України, а також за згодою сторін спору Міжнародним комерційним арбітражним судом та Морською арбітражною комісією при Торгово-промисловій палаті України та іншими органами вирішення спору, якщо це не суперечить чинним законам України або передбачено міжнародними договорами України⁹.

Відповідно до ст. 39:

Будь-які спори щодо застосування положень цього Закону та законів, прийнятих на виконання цього Закону, можуть бути предметом розгляду: <...>
– в господарських судах, якщо сторонами у справі виступають юридичні особи¹⁰.

До правової основи розгляду спорів з іноземним елементом можна віднести і ч. 1 ст. 8 Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж”:

Суд, до якого подано позов у питанні, що є предметом арбітражної угоди, повинен, якщо будь-яка із сторін попросить про це не пізніше подання своєї першої заяви щодо суті спору, залишити позов без розгляду і направити сторони до арбітражу, якщо не визнає, що ця арбітражна угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана¹¹.

Аналогічна норма передбачена і в п. 7 ч. 1 ст. 226 ГПК України.

Отже, на рівні законів правова основа розгляду спорів за участю іноземних осіб господарським судом представлена нормами таких законів, як ГПК України, закони України “Про міжнародне приватне право”, “Про зовнішньоекономічну діяльність”, “Про міжнародний комерційний арбітраж” та іншими, окремі положення яких потребують доповнення чи конкретизації.

Важливе значення для правової основи розгляду спорів за участю іноземних осіб господарським судом мають чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, які є части-

⁸ Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 квітня 1991 р. № 959-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 29. Ст. 377.

⁹ Там само.

¹⁰ Там само.

¹¹ Про міжнародний комерційний арбітраж (н 3).

ною національного законодавства України (ст. 9 Конституції України¹²). Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору (ст. 19 Закону України “Про міжнародні договори України”¹³, ст. 3 Закону України “Про міжнародне приватне право”).

Серед таких договорів концептуальне значення має Угода про порядок вирішення спорів, пов’язаних із здійсненням господарської діяльності (далі – Угода)¹⁴, яка регулює питання вирішення справ, що впливають із договірних та інших цивільно-правових відносин між господарюючими суб’єктами, з їх відносин із державними та іншими органами, а також виконання рішень за ними. Угода визначає, що господарюючі суб’єкти користуються на території іншої держави-учасниці правовим і судовим захистом своїх майнових прав і законних інтересів, рівним із господарюючими суб’єктами цієї держави, визначає право іноземного суб’єкта без перешкод звертатися до судів (зокрема й господарських), виступати в них, порушувати клопотання, висувати позови та здійснювати інші процесуальні дії (ст. 3).

Угода визначає умови прийняття судом відповідних спорів (ч. 1 ст. 4), встановлює правила договірної підсудності (ч. 2 ст. 4), виключну компетенцію судів (частини 3, 4 ст. 4, порядок надання взаємної правничої допомоги, яка включає вручення та пересилання документів і виконання процесуальних дій, зокрема: проведення експертизи, заслуховування сторін, свідків, експертів та інших осіб (ст. 5) тощо.

Наступним міжнародним документом, що стосується правової основи розгляду господарських спорів за участю іноземних осіб, є Конвенція з питань цивільного процесу¹⁵. Зокрема, вона регулює взаємодію судів України з судовими органами інших держав із приводу вручення судових і позасудових документів, виконання судових доручень, а також виконання за кордоном інших процесуальних дій.

Ще одним актуальним документом правової основи розгляду зазначених вище спорів є Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів¹⁶, прийняття якої стало важливим кроком

¹² Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

¹³ Про міжнародні договори України: Закон України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 50. Ст. 540.

¹⁴ Угода про порядок вирішення спорів, пов’язаних із здійсненням господарської діяльності від 20 березня 1992 р. *Офіційний вісник України*. 2005. № 12. Ст. 587.

¹⁵ Конвенція з питань цивільного процесу: Конвенція від 1 березня 1954 р. *Офіційний вісник України*. 2005. № 4. Ст. 264.

¹⁶ Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів: Конвенція від 5 жовтня 1961 р. *Офіційний вісник України*. 2003 р. № 46. Ст. 2419.

для спрощення дипломатичної або консульської легалізації іноземних офіційних документів, оскільки для того, щоб господарський суд мав можливість прийняти документи, що походять від інших країн, як належні і допустимі докази у справі за участю іноземної особи, вони повинні бути легалізовані. Відповідно до неї найбільш поширеним способом оформлення документів для їх можливого використання за кордоном стало проставлення апостиля, що спростило посвідчення автентичності підпису, ролі, в якій виступала особа, що підписала документ, та, у відповідному випадку, автентичності відбитку печатки або штампу, якими скріплені документ.

До правової основи розгляду господарських спорів за участю іноземних осіб відноситься і Конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах¹⁷. Нею врегульовано питання подання прохання Центральному Органу запитованої Держави згідно з формуляром, що додається до цієї Конвенції, без потреби легалізації або виконання інших аналогічних формальностей; порядок вручення відповідних документів, строки, наслідки неявки відповідача на відповідний виклик та ін. Зокрема, Конвенція використана в ухвалі Господарського суду міста Києва від 7 травня 2019 р. у справі № 910/24412/16¹⁸ щодо направлення копії зазначеного судового акта в перекладі на шведську мову для вручення компанії “Місен Ентерпрайзес АБ” (“Misen Enterprises AB”) у порядку, передбаченому такою Конвенцією, через Центральний орган Королівства Швеції.

Важливим документом правової основи щодо розгляду господарських спорів за участю іноземних осіб є положення Конвенції про отримання за кордоном доказів з цивільних і торгових справ¹⁹. Заявами і застереженнями до Конвенції передбачено, що названим у конвенціях центральним органом в Україні є Міністерство юстиції України, яке складає підтвердження про вручення документів і забезпечує передачу документів у цивільних або комерційних справах центральному органу юстиції іншої держави.

Опосередковано до правової основи провадження за участю іноземної особи може бути віднесено і Конвенцію про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень²⁰, зокрема, положення, які визначають поняття “письмової угоди”, вимоги до її форми, закріплюють

¹⁷ Конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах: Конвенція від 15 листопада 1965 р. *Офіційний вісник України*. 2004. № 31. Ст. 2124.

¹⁸ Ухвала Господарського суду м. Києва від 7 травня 2019 р. у справі № 910/24412/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81619309>> (дата звернення: 10.06.2020).

¹⁹ Конвенція про отримання за кордоном доказів з цивільних і торгових справ: Конвенція від 18 березня 1970 р. *Офіційний вісник України*. 2005. № 44. Ст. 2821.

²⁰ Конвенція про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень від 10 червня 1958 р. *Офіційний вісник України*. 2004. № 45. Ст. 3004.

обов'язковість арбітражної угоди та передбачають відвід державного суду у зв'язку з непідсудністю. Водночас окремі положення потребують конкретизації, на що звертає увагу Г. Цірат, відзначаючи, що мають бути визначені межі та “процесуальні конструкції”, у межах яких компетентні державні суди України можуть розглядати питання, пов'язані з дійсністю арбітражних угод. Автор пропонує сформулювати основні теоретичні підходи щодо підстав визнання арбітражних угод недійсними, до визначення підстав визнання арбітражних угод такими, що не можуть бути виконані, з позиції такого підходу, який би сприяв проведенню арбітражних проваджень і тлумачення “неясних формулювань” арбітражних угод у такий спосіб, щоб “підтримувати” ці угоди та арбітражні провадження²¹. Таку пропозицію можна підтримати з уточненням: перелічені вище положення щодо господарських спорів доцільно закріпити в ГПК України.

Окремі положення, що становлять правову основу провадження за участю іноземного елемента, містяться в Європейській конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж²², зокрема: щодо підсудності державним судам, порядку та підстав відводу державного суду за непідсудністю, правил ухвалення державним судом рішення з питання про наявність або дійсність арбітражної угоди тощо.

Ще одним міжнародним документом, який містить відповідні положення, є Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах²³, яка визначає, що термін “цивільні справи” включає у себе також справи, що стосуються вирішення економічних спорів, а положення Конвенції застосовуються також до юридичних осіб (частини 3, 4 ст. 1).

Серед норм Конвенції, що стосуються вирішення спорів з іноземним елементом у господарських судах, може бути віднесено норми, які регулюють порядок надання правничої допомоги (розділ I), зокрема її обсяг, вимоги до змісту і форми доручення про надання правничої допомоги, порядок виконання таких доручень, порядок виклику позивачів, відповідачів та інших учасників, вручення документів, визначає правила дійсності документів та ін. Розділ II регулює окремі процесуальні питання вирішення спорів з іноземними особами, зокрема визначає компетенцію органів та правила підсудності (ст. 22). На відміну від ГПК України Конвенція визначає положення щодо договірної підсудності і встанов-

²¹ Г. Цірат, ‘Особливості застосування ст. II (3) Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. у практиці українських судів’ в *Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень: 60-річна історія успіху. Збірник доповідей і статей до V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І. Г. Побірченка* (2019) 46–55.

²² Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж: Конвенція від 21 квітня 1961 р. *Офіційний вісник України*. 2004. № 44. Ст. 2940.

²³ Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 7 жовтня 2002 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/997_619> (дата звернення: 10.06.2020).

лює, що суди можуть розглядати справи й у випадках, якщо є письмова угода сторін про передачу спорів цим судам (ч. 1 ст. 23). При цьому передбачено, що виключна підсудність, що впливає із її норм та внутрішнього законодавства країни, не може бути змінена угодою сторін (ч. 2 ст. 23). Розділ III присвячено визнанню та виконанню рішень.

До правової основи зазначених відносин при розгляді конкретних спорів треба відносити і міжнародні договори про правничу допомогу з різними країнами, укладені Україною. До таких договорів, наприклад, належать договори між Україною та Федеративною Республікою Бразилія²⁴, Республікою Сенегал²⁵, Республікою Індія²⁶, Об'єднаними Арабськими Еміратами²⁷ та ін. Такі договори стосуються питань юрисдикції, виконання доручень, отримання доказів та їх юридичної сили, мирових угод, укладених сторонами спору, тощо, а також визнання та виконання судових рішень.

Важливою складовою правової основи розгляду господарських спорів за участю іноземних осіб має стати Конвенція про угоди про вибір суду²⁸, підписана Україною 21 березня 2016 р., яка досі не набрала чинності. Метою зазначеного документа є встановлення міжнародного правового режиму, який забезпечує надійність та ефективність виключних угод про вибір суду між сторонами у цивільних або комерційних справах, що досягатиметься встановленням єдиного стандарту у питаннях юридичної сили та обов'язковості угод про виключний вибір суду, сенс яких зводиться до свободи у виборі національного суду для розв'язання спорів, що виникли з зовнішньоекономічних договорів або у зв'язку з ними, коли сторони вибирають суд певної держави для розв'язання спору, що виник, виключаючи тим самим юрисдикцію іншого суду, що мав би право розглянути цей спір.

Щодо доцільності долучення зазначеної Концепції до правової основи розгляду спорів свою позицію висловило Міністерство юстиції України в роз'ясненні від 12 червня 2012 р.²⁹, де докладно зазначило характерні риси

²⁴ Договір між Україною та Федеративною Республікою Бразилія про взаємну правову допомогу та правові відносини у цивільних справах від 2 серпня 2018 р. *Офіційний вісник України*. 2020. № 12. Ст. 462.

²⁵ Договір між Україною і Республікою Сенегал про правову допомогу у цивільних та кримінальних справах від 17 червня 2013 р. *Офіційний вісник України*. 2015. № 76. Ст. 2489.

²⁶ Договір між Україною та Республікою Індія про взаємну правову допомогу у цивільних і господарських справах від 10 грудня 2012 р. *Офіційний вісник України*. 2013. № 95. Ст. 3525.

²⁷ Договір між Україною та Об'єднаними Арабськими Еміратами про взаємну правову допомогу у цивільних та комерційних справах від 26 листопада 2012 р. *Офіційний вісник України*. 2014. № 18. Ст. 572.

²⁸ Конвенція про угоди про вибір суду від 30 червня 2005 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973_004#Text> (дата звернення: 10.06.2020).

²⁹ Перспективи і наслідки підписання Україною Конвенції про угоди про вибір суду: роз'яснення Міністерства юстиції України від 12 червня 2012 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0021323-12#Text>> (дата звернення: 10.06.2020).

Конвенції та дійшло висновку, що участь України у Конвенції сприятиме залученню інвестицій до нашої держави та покращенню інвестиційного клімату, однак досі Конвенція не ратифікована.

Отже, на рівні міжнародних договорів правова основа представлена Угодою про порядок вирішення спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності, та низкою конвенцій, якими закріплені питання вручення за кордоном судових і позасудових документів, отримання за кордоном доказів із торгових справ тощо, міжнародними договорами про правничу допомогу з різними країнами та ін. При цьому напрямом розвитку українського законодавства може бути ратифікація Конвенції про угоди про вибір суду, особливо з урахуванням того, що окремі її положення стосуються тих питань, що неврегульовані законодавством України.

Правова основа розгляду справ за участю іноземних осіб представлена також нормами підзаконних нормативно-правових актів, серед яких Консульський статут України³⁰ та Інструкція про порядок консульської легалізації офіційних документів в Україні та за кордоном³¹, якими передбачено порядок легалізації іноземних документів, що подаються до офіційних органів України.

Серед підзаконних нормативно-правових актів, норми яких опосередковано стосуються розгляду спорів за участю іноземних осіб, можна назвати Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)³², яким передбачено включення до договору (контракту) пункту (розділу) про вибір суду, на розгляд якого сторони будуть передавати спори, що, серед іншого, може містити погоджений сторонами вибір матеріального і процесуального права, яке буде застосовуватися цим судом, та правил процедури судового врегулювання. Водночас зазначене положення потребує уточнення щодо вибору права у випадку передачі спору на вирішення господарському суду. Так, можливість вибору норм права іншої держави при вирішенні спору господарським судом передбачена ч. 5 ст. 11 ГПК України та статтями 5, 8 Закону України "Про міжнародне приватне право", однак у них не конкретизовано можливість вибору матеріального чи процесуального права. При цьому, якщо розгляд справ господарським судом за нормами права іншої держави вже має напрацьовану практику (постанови Касаційного господарського суду від

³⁰ Про Консульський статут України: Указ Президента України від 2 квітня 1994 р. № 127/94 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/127/94#Text>> (дата звернення: 10.06.2020).

³¹ Про затвердження Інструкції про порядок консульської легалізації офіційних документів в Україні та за кордоном: наказ Міністерства закордонних справ України від 4 червня 2002 р. № 113. *Офіційний вісник України*. 2002. № 26. Ст. 1244.

³² Про затвердження Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів): наказ Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 06 вересня 2001 р. № 201. *Офіційний вісник України*. 2001. № 39. Ст. 1784

16 січня 2019 р. у справі № 910/22947/17³³, від 10 квітня 2019 р. у справі № 911/2672/17³⁴), на можливість використання матеріального права зверталася увага і в науковій літературі (Г. Вронська³⁵), то право вибору процесуального права заперечується як законодавством (ст. 9 Закону України “Про міжнародне приватне право”), так і у науковій літературі (С. Теньков³⁶), що відповідає доктрині міжнародного права.

З огляду на зазначене Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів) потребує конкретизації в частині рекомендацій щодо формулювання розділу зовнішньоекономічного договору з урегулювання спорів у судовому порядку, зважаючи на неможливість вибору сторонами норм процесуального права при розгляді справи у господарських судах.

До правової основи розгляду господарськими судами спорів за участю іноземних осіб відносяться і конкретні господарські (зокрема й зовнішньоекономічні) договори, в яких сторони у межах, визначених законодавством і міжнародними документами, можуть врегулювати відповідні відносини.

Висновки. Таким чином, аналіз правової основи розгляду господарськими судами спорів за участю іноземних осіб вказує на застосування до таких справ національного режиму провадження, окрім особливостей, які встановлено, зокрема, у: ГПК України (щодо підсудності справ, доказування та доказів, зупинення провадження, залишення позову без розгляду, звернення із судовим дорученням тощо); інших законах (щодо процесуальної правоздатності і дієздатності іноземних осіб, підсудності, виконання судових доручень, банкрутства, застосовуваного права, визнання та виконання рішень судів тощо); підзаконних нормативно-правових актах (щодо порядку легалізації іноземних документів, вимог до змісту контрактів тощо); нормах міжнародних договорів, що стали частиною національного законодавства (щодо юрисдикції та підсудності справ, умов прийняття судом справ до розгляду, порядку надання взаємної правничої допомоги, вручення судових документів, отримання за кордоном доказів, легалізації іноземних офіційних документів, вимог до форми і змісту арбітражної угоди, мирових угод, укладених

³³ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 16 січня 2019 р. у справі № 910/22947/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/79397825>> (дата звернення: 10.06.2020).

³⁴ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 10 квітня 2019 р. у справі № 911/2672/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/81402170>> (дата звернення: 10.06.2020).

³⁵ Г. Вронська, “Чи можуть українські суди застосовувати норми права інших країн?” (*Юридическая практика*, 29.08.2019) <<https://pravo.ua/chi-mozhut-ukrainski-sudi-zastosovuvati-normi-prava-inshih-krain/?fbclid=IwAR3SA1DS-hwWu-KI-VvCQ6KvkXcpiXIV7fq7zq1ex2yggwtyuHuB8ofajqw>> (дата звернення: 10.06.2020).

³⁶ С. Теньков, “Справи з іноземним елементом і який суд вирішуватиме спір?” (*Юридичний вісник України*, 19–25.08.2006) <<https://www.zakon-i-normativ.info/index.php/component/lica/?href=0&view=text&base=1&id=304701&menu=432679>> (дата звернення: 10.06.2020).

сторонами спору, визнання та виконання судових рішень тощо); господарських договорах (щодо вибору господарського суду, який розглядатиме справу, та матеріального права).

Водночас практика застосування відповідних норм при зверненні до суду іноземних осіб вказує на необхідність подальшої конкретизації окремих положень щодо участі таких осіб у судовому процесі, а саме:

1) на рівні ГПК України:

– уточнення положень щодо підсудності спорів за участю іноземної особи, зокрема доповнення положеннями щодо договірної підсудності з нерезидентом з уточненням питання щодо необхідності врахування контрагентами при визначенні у договорі відповідного пункту правил територіальної підсудності; регламентація питання щодо визначення суду у випадку підсудності справи за місцезнаходженням відповідача, коли він є нерезидентом, а сторони визначили, що справа підлягає вирішенню в господарських судах без уточнення конкретного суду; визначення питання щодо можливості передбачити у договорі будь-який господарський суд в Україні, який буде розглядати справу, чи це може бути тільки суд за місцезнаходженням резидента України; доповнення положеннями щодо підвідомчості спору господарському суду у випадках, якщо сторони не визначили в договорі, який суд розглядатиме спори;

– розширення компетенції господарських судів за допомогою віднесення до їхньої підвідомчості справ у спорах, що виникають у зв'язку зі здійсненням господарської діяльності, про оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу, а також про визнання та надання дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу, іноземного суду;

– доповнення підставами визнання арбітражних угод недійсними та такими, що не можуть бути виконані;

2) на рівні міжнародних договорів:

– ратифікація Конвенції про угоди про вибір суду;

3) на рівні підзаконних нормативно-правових актів:

– конкретизація Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів) у частині рекомендацій із формулювання розділу зовнішньоекономічного договору щодо урегулювання спорів у судовому порядку з огляду на неможливість вибору сторонами норм процесуального права при розгляді справи у господарських судах.

Реалізація таких пропозицій сприятиме впорядкуванню законодавства щодо розгляду господарським судом спорів за участю іноземних осіб та надаватиме сторонам спору за участю іноземного елемента додаткові гарантії їхніх прав.

Подальші дослідження правової основи розгляду господарським судом спорів за участю іноземних осіб доцільно присвятити конкретизації як заявлених, так і інших напрямів удосконалення такої правової основи.

REFERENCES

Bibliography

Journal articles

1. Bobkova A, Novoshytska V, 'Iurydyktsiia hospodarskykh sudiv' ['Jurisdiction of Economic Courts'] (2017) 9 *Pravo Ukrainy* 86 (in Ukrainian).

Conference papers

2. Tsirat H, 'Osoblyvosti zastosuvannya st. II (3) Konventsii pro vyznannia ta vykonannia inozemnykh arbitrazhnykh rishen 1958 r. u praktytsi ukrainskykh sudiv' ['Specifics in Applying Article II (3) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 in the Practice of Ukrainian Courts'] v *Niu-Iorkska konventsiia pro vyznannia ta vykonannia inozemnykh arbitrazhnykh rishen: 60-richna istoriia uspihu. Zbirnyk dopovidei i statei do V Mizhnarodnykh arbitrazhnykh chytan pam'iaty akademika I. H. Pobirchenka* [New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: a 60-Year Success Story. Collected Reports and Articles for the V International Arbitration Readings in Memory of Academician I. H. Pobirchenko] (2019) 46–55 (in Ukrainian).

Newspaper articles

3. Vronska H, 'Chy mozhut ukrainski sudy zastosovuvaty normy prava inshykh krain?' ['May Ukrainian Courts Apply Provisions of Law of Other Countries?'] (*Yurydycheskaia praktyka*, 29.08.2019) <<https://pravo.ua/chi-mozhut-ukrainski-sudi-zastosovuvati-normi-prava-inshih-krain/?fbclid=IwAR3SA1DS-hwWu-KI-VvCQ6KvkXcpiXIV7fq7zq1ex2yggwtyuHuB8ofajqw>> (accessed: 10.06.2020) (in Ukrainian).
4. Tenkov S, 'Spravy z inozemnym elementom i yakyi sud vyrishuvatyme spir?' ['Cases Involving a Foreign Element and Which Court Will Resolve the Dispute?'] (*Yurydychnyi visnyk Ukrainy*, 19–25.08.2006) <<https://www.zakon-i-normativ.info/index.php/component/lica/?href=0&view=text&base=1&id=304701&menu=432679>> (accessed: 10.06.2020) (in Ukrainian).

Antonina Bobkova
Valeriia Novoshytska

LEGAL FRAMEWORK FOR CONSIDERATION OF DISPUTES INVOLVING FOREIGN PERSONS BY AN ECONOMIC COURT

ABSTRACT. Today, one of the urgent and practical tasks faced by our country is to seek the support of foreign investors in solving our socio-economic issues; in this connection

experts believe that a crucial factor for the investors is whether their rights and interests are protected, and this, for its part, depends on the state of the legal framework used for consideration of economic disputes involving investors. Foreign persons have the right to seek protection of their violated rights and interests in an economic court, and to act as defendant or other participant in litigation. At the same time, proceedings in economic courts involving a foreign person have certain specifics enshrined in various legal regulations, international treaties, and agreements of the parties, and case law indicates that there is some complexity and ambiguity in the application of provisions of relevant legislation sometimes making it impossible to effectively protect and promptly resolve a dispute. So far, the issue of the legal framework for consideration of disputes with a foreign element by economic courts has been considered by scientific community only in an indirect manner and has not become the focus of a separate study.

The article aims at generalizing the legal framework for consideration of disputes involving foreign persons by economic courts and providing a substantiation as regards the vectors of development and improvement of relevant legislation of Ukraine, with a view to making economic proceedings look more attractive for foreign investors in terms of seeking protection of their rights and legitimate interests.

Following the study, such results have been obtained: 1) generalization of the legal framework for consideration of disputes with involvement of foreign persons by economic courts, which comprises provisions of the Code of Economic Procedure of Ukraine (Ukrainian CEP), other laws and subordinate legislation, as well as provisions of international treaties which have been made a part of national legislation, and also economic agreements (contracts); 2) substantiation as regards the vectors of development and improvement of relevant legislation of Ukraine: at the level of Ukrainian CEP regarding court jurisdiction of disputes involving foreign persons; expansion of economic courts' competence by making their jurisdiction include cases commenced as regards the disputes arising in connection with implementation of economic activities, as regards challenging of international commercial arbitration awards, as well as regarding recognition and granting of permit for the enforcement of international commercial arbitration awards or decisions of foreign courts; introduction of additional grounds for recognition of arbitration agreements as invalid and unenforceable; at the level of international treaties – ratification of the Convention on Choice of Court Agreements; at the level of subordinate legislation – clarification of the Regulation on the form of foreign economic agreements (contracts) in terms of recommendations for the wording of the foreign economic agreement's clause about resolution of disputes in a court of law, given that the parties are unable to choose the rules of procedural law in case of proceedings in economic courts.

The article suggests that Ukrainian CEP and the Regulation on the form of foreign economic agreements (contracts) should be amended.

KEYWORDS: legal framework; economic court proceedings; foreign person; arbitration agreement.



Валерія Радзивілюк

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри господарського права
та господарського процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9562-8735>
vradziv@hotmail.com

DOI: 10.33498/lopu-2020-07-147



Родіон Поляков

юрист Адвокатського Об'єднання "Лекс Адванс"
rodion.pol@ukr.net

УДК 347.736

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ У ПРОЦЕДУРІ БАНКРУТСТВА (НЕПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ)

АНОТАЦІЯ. На сучасному етапі процедура банкрутства в Україні регулюється Кодексом України з процедур банкрутства (КзПБ), який набрав чинності 21 жовтня 2019 р. Це величезний, прогресивний крок у розвитку процедури банкрутства або конкурсного процесу в нашій державі. Водночас практика застосування КзПБ виявила низку описок, колізій і прогалин, які сьогодні доводиться долати правозастосовним органам. Важливу роль при цьому відіграє те, що норми КзПБ розповсюджуються як на провадження у справах про банкрутство, які відкрито після набрання ним чинності, так і до. Одним із ключових питань залишається застосування норм господарського процесуального законодавства при здійсненні процедури банкрутства.

Метою статті є висвітлення проблем застосування господарсько-процесуальних норм у процедурі банкрутства (неплатоспроможності).

Авторами встановлюється наявність колізії в частині застосування норм Господарського процесуального кодексу України (ГПК України) щодо справ про неплатоспроможність фізичних осіб. Наголошується, що при здійсненні судом основного провадження у справі про банкрутство, положення про їх розгляд за правилами загального порядку позовного провадження не застосовується з огляду на специфіку

© Валерія Радзивілюк, Родіон Поляков, 2020

процедури банкрутства. Аналізується оскарження судових рішень у процедурі банкрутства.

За результатами проведеного дослідження авторами зроблено висновки: у ГПК України містяться посилання на нечинний Закон України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”, що створює колізії для судів; передбачений у ГПК України для позовного провадження загальний порядок розгляду справи абсолютно не підходить для процедури банкрутства і на практиці взагалі не застосовується судами; статті КзПБ щодо залишення без руху або повернення заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство зовсім не стосуються недоліків самої заяви і не дають можливості застосовувати у цих випадках відповідні норми ГПК України; поширення загальних положень ГПК України без урахування особливостей процедури банкрутства для вирішення спорів майнового характеру у межах справи про банкрутство може заблокувати саму процедуру банкрутства; варто встановити чіткі умови відкриття провадження у справі про банкрутство, поставивши їх у залежність від стійкої неплатоспроможності боржника; скоротити кількість судових рішень, які підлягають апеляційному оскарженню у процедурі банкрутства через процесуальні акти, ухвалені з малозначних та організаційних питань.

Ключові слова: банкрутство; неплатоспроможність; відкриття провадження; оскарження; господарський процес.

21 жовтня 2019 р. набрав чинності Кодекс України з процедур банкрутства (далі – КзПБ)¹. Це величезний, прогресивний крок у розвитку процедури банкрутства або конкурсного процесу в нашій державі. Як і будь-який кодифікований акт, КзПБ повинен містити у собі все краще, що накопичило до цього законодавство про банкрутство України. Якщо до набуття чинності про нього були переважно позитивні відгуки, то перше ж застосування показало серйозні недоліки, які законодавець одразу почав виправляти за допомогою внесення відповідних змін.

Окремі аспекти процедури банкрутства були предметом дослідження низки вітчизняних науковців, зокрема: А. Бутирського, Б. Полякова, П. Пригузи, В. Радзивілюк.

Метою дослідження є висвітлення проблем застосування господарсько-процесуальних норм у процедурі банкрутства (неплатоспроможності).

Слід зазначити, що з процесуальних питань КзПБ помітно поступається своєму попереднику – Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” (далі – Закон про банкрутство)². У КзПБ багато описок, колізій і прогалин, які сьогодні доводиться долати правозастосовним органам. Річ у тому, що

¹ Кодекс України з процедур банкрутства: Закон України від 18 жовтня 2018 р. № 2597-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19>> (дата звернення: 24.06.2020).

² Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14 травня 1992 р. № 2343-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 31. Ст. 440.

КзПБ є спеціальним нормативно-правовим актом. Це означає, що інші норми господарського процесуального законодавства застосовуються субсидіарно, тобто настільки, наскільки це не суперечить чи є необхідним у процедурі банкрутства, а для фізичних осіб – процедурі неплатоспроможності.

У свій час Г. Шершеневич, розглядаючи зв'язок конкурсного процесу з тогочасним цивільним судочинством, вказував, що їх зв'язок існує поза будь-яким сумнівом й особливо це проявляється у німецькому праві, в частині того, що у німецькому конкурсному провадженні дотримуються правила уставу цивільного судочинства, наскільки ці правила взагалі можуть застосовуватися до провадження, і наскільки вони не змінюються правилами конкурсного уставу. Науковець зазначав, що це стосується питань підсудності, усунення суддів, представництва, доказів, оскарження постанов суду та ін.³

1. У зв'язку з прийняттям КзПБ законодавець не вніс відповідних змін до Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)⁴. У результаті чого в останньому збереглися посилання на Закон про банкрутство. Це стосується питань особливості застосування ГПК України у справах про банкрутство, порядку їх розгляду, оскарження судових рішень тощо.

Перша проблема полягає у тому, що відповідно до КзПБ щодо юридичних осіб якраз і відкриваються справи про банкрутство, а ось щодо фізичних – тільки справи про неплатоспроможність. У результаті виникає колізія в частині застосування норм ГПК України щодо справ про неплатоспроможність фізичних осіб. Друга проблема стосується самих справ про банкрутство, провадження у яких відкриті як до 21 жовтня 2019 р., так і після.

Згідно з п. 4 “Прикінцевих та перехідних положень” КзПБ подальший розгляд справ про банкрутство, відкритих незалежно від їхньої дати, здійснюється за правилами КзПБ. Виняток становлять справи про банкрутство, що перебувають на стадії санації. Таким чином, під час розгляду “нових” справ про банкрутство і неплатоспроможність, а також “старих” справ про банкрутство, що перебувають у процедурі розпорядження майна або ліквідації застосовуються норми КзПБ. А ось при розгляді “старих” справ про банкрутство, що перебувають у процедурі санації, – Закон про банкрутство.

Цю диференціацію ГПК України взагалі не враховує, зберігаючи у своїх нормах посилання на Закон про банкрутство. У результаті цього

³ Габриэль Шершеневич, *Конкурсный процесс* (Статут 2000) 106.

⁴ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>> (дата звернення: 24.06.2020).

маємо дуже заплутану ситуацію у частині осмислення логіки законодавця. Або законодавець навмисно не вніс зміни до ГПК України, маючи на увазі збереження дії Закону про банкрутство для “старих” справ, що перебувають у санації, або взагалі “забув” змінити слова “Закон про банкрутство” на “КзПБ”.

Тепер колізію, що виникла, судам доводиться долати мало не кожен день. Будь-який процесуальний документ суду, ухвалений після 21 жовтня 2019 р. і який пов’язаний із розглядом справ про банкрутство (неплатоспроможність) вже містить інформацію про вирішення колізії норм у ГПК України в частині застосування КзПБ замість Закону про банкрутство.

Так, наприклад, Північний апеляційний господарський суд, переглядаючи рішення суду першої інстанції, у постанові від 18 березня 2020 р. у справі № 927/184/13-г вказав:

<...> Суд апеляційної інстанції зазначає про наявність колізії між ч. 3 ст. 273 ГПК України в частині застосування при оскарженні в апеляційному порядку судових рішень у справах про банкрутство (неплатоспроможності) Закону “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” та частинами 1, 2 Прикінцевих та перехідних положень КзПБ. Відповідно до названих частин положень КзПБ, Закон про банкрутство втрачає силу з моменту введення в дію КзПБ. У зв’язку з чим апеляційний господарський суд усуває колізію шляхом застосування при оскарженні в апеляційному порядку судових рішень у справах про банкрутство (неплатоспроможності) нового акту – КзПБ⁵.

2. Відповідно до п. 1 ч. 4 ст. 247 ГПК України розгляд справ про банкрутство здійснюється за правилами загального порядку позовного провадження. Це означає, що на початку, відповідно до ст. 182 ГПК України, після відкриття провадження у справі потрібно проводити підготовче засідання і на ньому вирішувати питання, пов’язані із забезпеченням правильного та своєчасного розгляду справи по суті. А вже потім у судовому засіданні вирішувати сам спір.

На жаль, законодавець, поширюючи цю норму ГПК України, не брав до уваги специфіку процедури банкрутства. Проблема полягає у тому, що підготовче засідання у процедурі банкрутства проводиться до відкриття провадження у справі про банкрутство. І на ньому вирішується питання виключно про відкриття справи про банкрутство. Після підготовчого засідання, як правило, через два місяці проводиться попереднє засідання. У цей проміжок часу кредитори заявляють свої вимоги,

⁵ Постанова Північного апеляційного господарського суду від 18 березня 2020 р. у справі № 927/184/13-г <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/88406613>> (дата звернення: 24.06.2020).

а розпорядник майна складає відповідний реєстр. Потім, на попередньому засіданні, суд розглядає вимоги кредиторів, відповідно, їх визнає або відхиляє, формуючи так званий пасив боржника. А ось підсумкове судово-е засідання проводиться не раніше трьох місяців і не пізніше 170 днів із дня відкриття справи про банкрутство. Тільки на такому судовому засіданні провадження у справі, як правило, не закінчується. Тут лише вирішується питання про перехід до наступної судової процедури: санації або ліквідації. А закінчення справи про банкрутство відбувається лише при затвердженні судом звіту керуючого санацією або ліквідатора. На це йде не менше року.

Майже такий же порядок має процедура розгляду справи про неплатоспроможність фізичних осіб.

Ми навмисно детально описали етапи процедури банкрутства, щоб наочно показати, що механізм загальної процедури, визначений для позовного провадження, взагалі не може бути застосовано ані у самій процедурі банкрутства, ані навіть на будь-якій його стадії.

Це прямо говорить про те, що наявна груба помилка законодавця.

А як же тоді суди розглядають справи про банкрутство? За загальною процедурою або як?

Судова практика, на відміну від законодавця, пішла шляхом пріоритетного застосування норм Закону про банкрутство, а потім і КзПБ, при розгляді справ про банкрутство (неплатоспроможність). Інакше кажучи, п. 1 ч. 4 ст. 247 ГПК України при здійсненні судом основного провадження у справі про банкрутство не застосовується.

3. Статті 37, 38 КзПБ, які стосуються залишення без руху заяви про відкриття справи про банкрутство або її повернення, створюють плутанину у правозастосуванні.

Річ у тому, що якщо заява не відповідає вимогам ст. 34 КзПБ, то її, за рідкісним винятком, якщо дотримуватися логіки законодавця, не можна залишити без руху або повернути.

Так, у ч. 3 ст. 37 КзПБ передбачено залишення заяви про відкриття справи про банкрутство без руху з підстав, передбачених у ст. 174 ГПК України, з урахуванням вимог КзПБ.

Ці вимоги регламентовано ст. 38 КзПБ і стосуються вони випадків повернення зазначеної заяви, а саме, коли:

- заяву підписано не уповноваженою особою або вона взагалі не підписана;
- до відкриття провадження у справі про банкрутство надійшла заява про відкликання заяви про відкриття справи про банкрутство;

– заявником, до розгляду попередньої заяви, подано аналогічну заяву про відкриття провадження у справі про банкрутство.

Інших випадків повернення зазначеної заяви КзПБ не містить.

Водночас відсутність доказів (оплати судового збору; авансування винагороди арбітражному керуючому направлення боржникові копії заяви; підтвердження неплатоспроможності боржника або її загрози), якщо слідувати аналізу наведених норм, не дає право суду залишити заяву без руху або її повернути.

Така проблема виникає у справах про неплатоспроможність громадян відповідно до положень статей 113, 117 КзПБ, коли суди зобов'язані застосовувати норми, що стосуються юридичних осіб, зокрема й норми статей 37, 38 КзПБ.

4. Стаття 7 КзПБ закріпила особливий порядок розгляду спорів майнового характеру, стороною яких є боржник. Такі спори вирішуються у межах справи про банкрутство (відокремлене провадження) за правилами ГПК України.

Водночас особливість стосується лише питань підсудності, дослідження доказів у спорах адміністративного характеру і направлення справ від судів іншої юрисдикції.

Розгляд майнових спорів у справі про банкрутство виключно за нормами ГПК України відіграватиме як позитивну, так і негативну роль.

По-перше, має бути безпосередній зв'язок між строками розгляду спорів у відокремленому та основному провадженнях. Так, максимальний строк розгляду грошових вимог конкурсних кредиторів у попередньому засіданні суду згідно з системним аналізом статей 39, 44, 48 КзПБ не повинен перевищувати 70 днів ($170 - 90 - 10 = 70$).

Натомість мінімальний строк розгляду, скажімо, спору про визнання договору недійсним, пов'язаного із зазначеними грошовими вимогами, за правилами загального провадження відповідно до ст. 195 ГПК України становить 90 днів. До цього строку ще слід додати строк набуття чинності самого рішення суду, тобто ще 20 днів, що у сукупності становить 110 днів. Таким чином, тільки один позовний спір у відокремленому провадженні вже може розбалансувати всю процедуру банкрутства.

По-друге, названа стаття не передбачає пріоритетності у виборі суду при наявності у суб'єктному складі спору двох і більше боржників, щодо яких відкриті справи про банкрутство.

По-третє, ця стаття залишає відкритим питання про участь у спорі інших учасників справи про банкрутство (розпорядника майна, конкурсних і забезпечених кредиторів тощо).

По-четверте, стаття, що досліджується, зберігає загальний порядок оскарження судових рішень, закріплений статтями 255, 256, 287, 288 ГПК України. Він передбачає оскарження в апеляційному і касаційному порядку лише в одній справі позовного провадження десятка процесуальних актів. Такий порядок може взагалі заблокувати основне провадження у справі про банкрутство.

5. Стаття 8 КзПБ, яка, судячи з назви, повинна регулювати умови відкриття справи про банкрутство, фактично їх не містить. У ній говориться тільки про одну з умов, що стосується боржника. Цією умовою є загроза неплатоспроможності. Для того щоб зрозуміти волю законодавця, необхідно проводити системний аналіз статей, що відносяться до понятійного апарату (ст. 1 КзПБ), відкриття та закриття справи про банкрутство (статті 39, 90 КзПБ).

З огляду на аналіз наведених норм можна дійти висновку, що умовами відкриття справи про банкрутство є неплатоспроможність, а у випадках ініціювання провадження у справі про банкрутство боржником – також її загроза. При цьому сама неплатоспроможність не має стійкого характеру, тобто не залежить від розміру заборгованості, наявності виконавчого провадження та строку несплати боргу. Донедавна для підтвердження факту заборгованості не потрібно було навіть судового рішення.

А. Бутирський, розглядаючи концепції удосконалення законодавства про неспроможність, вказує на доцільність спрощення порядку відкриття провадження у справі про банкрутство, залишивши як необхідну умову лише наявність судового рішення про стягнення грошових коштів із боржника. Наявність такої підстави спрямована на недопущення зловживань для умисного відкриття справи про банкрутство⁶.

У цьому контексті пропонуємо розглянути судову практику. Так, у постанові від 3 червня 2020 р. у справі № 905/2030/19 Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду, аналізуючи норми КзПБ щодо відкриття провадження у справі про банкрутство за заявою кредитора, вказав:

<...> З аналізу приписів ст. ст. 34, 39 КУПБ можна дійти до висновку, що при подачі заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство не встановлюється обов'язку для кредитора-заявника (ініціюючого кредитора) додавати до такої заяви докази вжиття заходів щодо стягнення з боржника суми боргу <...>. Можна дійти висновку, що у разі відсутності належного виконання господарського грошового зобов'язання,

⁶ Андрій Бутирський, 'Концепція удосконалення законодавства про неспроможність' (2018) 6 Право України 90.

у кредитора є можливість, окрім звернення до суду з позовом до боржника, скористатися можливістю застосування щодо такого боржника процедур передбачених КУПБ для задоволення своїх кредиторських вимог у тому випадку, коли відсутній спір про право, який підлягає вирішенню у порядку позовного провадження⁷.

Зі свого боку Північний апеляційний господарський суд щодо підстав відкриття провадження у справі банкрутство та відсутності спору про право у постанові від 28 травня 2020 р. у справі № 910/2522/20 зазначив:

<...> Для відкриття провадження у справі, господарський суд повинен встановити: наявність грошових зобов'язань у боржника, строк виконання яких настав; неспроможність боржника виконати такі зобов'язання після встановленого строку; відсутність спору про право щодо таких грошових зобов'язань.

Щодо поняття “відсутність спору про право”, то, на думку апеляційного суду, КУЗПБ не дає його визначення. Більш того, законодавець не ототожнює його зі спором, який розглядається у позовному провадженні судом або перебуває на розгляді іншого юрисдикційного органу. КУЗПБ пов'язує наявність спору лише щодо самих грошових вимог, який може мати місце з самого початку при їх заявленні (потенційний спір) <...>. У такому випадку, відсутність спору щодо заявлених ініціюючим кредитором грошових вимог може підтверджуватися або рішенням суду, що набрало законної сили, або визнанням боржником таких вимог⁸.

Відсутність у КзПБ чітких умов відкриття справи про банкрутство заздалегідь віддає на “відкуп” правозастосовним органам тлумачення визначення цих умов. Це природно призведе до суперечливої судової практики, яка час від часу буде їх видозмінювати. Підміна стійкої неплатоспроможності на тимчасову може спровокувати масове ініціювання справ про банкрутство з метою несплати податків, неповернення кредитів або рейдерського захоплення підприємств.

Рішення про доцільність існування чи, навпаки, відсутність тих чи інших обмежувачів матеріально-правової підстави відкриття провадження у справі про банкрутство вітчизняний законодавець має приймати, зважаючи на принципи розумності та доцільності, враховуючи передусім необхідність сталості економічного обігу, а отже, не залишаючи поза увагою створення такого правового середовища, при якому жит-

⁷ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 3 травня 2020 р. у справі № 905/2030/19 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/89707066>> (дата звернення: 24.06.2020).

⁸ Постанова Північного апеляційного господарського суду від 28 травня 2020 р. у справі № 910/2522/20 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/89593588>> (дата звернення: 24.06.2020).

тездатні суб'єкти мали би змогу протистояти зловмисним, спрямованим проти відновлення їхньої платоспроможності, прагненням кредиторів та одночасно були б усунені будь-які можливості уникнення боржником виконання своїх обов'язків⁹.

Таким чином, відмова законодавця від встановлення у КзПБ чітких умов відкриття справи про банкрутство підриває довіру до правової системи і створює передумови для різноманітних зловживань у господарських правовідносинах.

Як слушно зазначив П. Пригуза:

<...> у традиційному розумінні завдань конкурсного права кредитори використовують процедури банкрутства для захисту своїх прав. Вони приходять у справу, аби забрати своє, поділити залишки майна боржника, який не здатний виконати грошові зобов'язання¹⁰.

6. Питання особливості оскарження судових рішень у справах про банкрутство регулюються ст. 9 КзПБ.

Конструкція цієї статті побудована таким чином, що апеляційному оскарженню підлягають практично всі судові рішення. Виняток становлять лише випадки, які прямо передбачені у ГПК України.

Такий підхід не є зовсім вдалим. Перш за все в орбіту оскарження потрапляють такі процесуальні акти, які виносяться судом першої інстанції з малозначних або організаційних питань. Наприклад, оскарження дій арбітражного керуючого у зв'язку з непроведенням засідання комітету кредиторів або ненаданням інформації про хід ліквідаційної процедури тощо.

Тому, на нашу думку, слід встановити конкретний перелік, аналогічний тому, який міститься у ГПК України щодо ухвал суду, які не підлягають апеляційному розгляду.

Що ж стосується касаційного перегляду, то його форма виключного оскарження постанов апеляційної інстанції щодо вичерпного переліку судових актів місцевого суду себе виправдала. Згідно зі ст. 9 КзПБ до таких актів суду першої інстанції, за якими апеляційна інстанція винесла постанову, законодавець відносить судові рішення про: відкриття і закриття справи про банкрутство; розгляд грошових вимог кредиторів; визнання боржника банкрутом і введення процедури ліквідації.

⁹ Валерія Радзивілюк, 'Концептуальні зміни цільової спрямованості новітнього законодавства про банкрутство' (2019) *Право України* 112.

¹⁰ Павло Пригуза, 'Як процесуальна діяльність кредиторів у справі про банкрутство стала підприємництвом' (*Закон і Бізнес*, 21.03–03.04.2020) <https://zib.com.ua/ua/141949-yak_procesualna_diyalnist_kreditoriv_u_spravi_pro_bankrutstv.html> (дата звернення: 22.06.2020).

Водночас наявні такі судові акти, ухвалення яких або істотно впливає на право власності інших осіб, або несе ризики рейдерського захоплення підприємства-боржника.

У цьому разі йдеться про акт, пов'язаний із припиненням повноважень керівника або органів управління боржника у процедурі розпорядження майном унаслідок порушення ними прав арбітражного керуючого, кредиторів і самого боржника (ч. 2 ст. 40 КзПБ). Інший акт стосується визнання угод недійсними за спеціальними підставами, передбаченими у ст. 42 КзПБ.

Тому видається раціональним включення зазначених актів до переліку судових рішень, які підлягають касаційному оскарженню. Також потребує впорядкування перегляд у касаційному порядку ухвал суду апеляційної інстанції. На нашу думку, такі акти повинні підлягати касаційному оскарженню лише у тому разі, коли вони ухвалені виключно за результатами розгляду тих судових рішень, які включені до зазначеного переліку.

Слід також сказати, що ст. 9 КзПБ, регламентуючи порядок оскарження у справах про банкрутство, не врахувала судові рішення, що ухвалюються у справах про неплатоспроможність фізичних осіб. У зв'язку з чим існує потреба врахування зазначених справ у цій нормі.

Висновки. На підставі проведеного дослідження ми дійшли таких висновків:

1. У КзПБ є багато описок, колізій і прогалин, які сьогодні доводиться долати правозастосовним органам.

2. У ГПК України містяться посилання на нечинний Закон про банкрутство, що створює колізії для судів. У зв'язку з цим слід замінити у ГПК України посилання на Закон про банкрутство, відповідно, на КзПБ.

3. Передбачений у ГПК України для позовного провадження загальний порядок розгляду справи абсолютно не підходить для процедури банкрутства і на практиці взагалі не застосовується судами. Тому п. 1 ч. 4 ст. 247 ГПК України слід виключити.

4. Статті 37, 38 КзПБ, приписи яких регламентують залишення без руху або повернення заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство, зовсім не унормовують випадки, які стосуються недоліків самої заяви і не дають можливості застосовувати у цих обставинах відповідні норми ГПК України. У зв'язку з цим у статті 37, 38 КзПБ слід додати положення, що будуть стосуватися вимог до самої заяви.

5. Поширення загальних положень ГПК України без урахування особливостей процедури банкрутства для вирішення спорів майнового характеру у межах справи про банкрутство може заблокувати саму про-

цедуру банкрутства. Необхідно: синхронізувати ці два процеси; обмежити строк розгляду майнових спорів 30 днями; скоротити кількість судових рішень щодо таких спорів, які підлягають оскарженню; чітко встановити сторін і учасників цього відокремленого процесу.

6. Варто встановити чіткі умови відкриття провадження у справі про банкрутство, поставивши їх у залежність від стійкої неплатоспроможності боржника.

7. Необхідно скоротити кількість судових рішень, які підлягають апеляційному оскарженню у процедурі банкрутства, за допомогою процесуальних актів, прийнятих із малозначних та організаційних питань. При цьому слід розширити перелік судових рішень, які підлягають касаційному перегляду, включивши туди акти, які ухвалюються щодо припинення повноважень керівника боржника або органів управління (ч. 2 ст. 40 КзПБ) і визнання збиткових та заінтересованих угод (ст. 42 КзПБ).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Shershenevych G, *Konkursnyj process [Competitive Process]* (Statut 2000) (in Russian).

Journal articles

2. Butyrskij A, 'Konceptiya udoskonalennya zakonodavstva pro nespromozhnist' ['The Concept of Improving Insolvency Law'] (2018) 6 *Pravo Ukrainy* 90 (in Ukrainian).
3. Radzyvilyuk V, 'Konceptualni zminy cilovoyi spryamovanosti novitnogo zakonodavstva pro bankrutstvo' ['Conceptual Changes in The Target Orientation of The Latest Bankruptcy Legislation'] (2019) 8 *Pravo Ukrainy* 112 (in Ukrainian).

Newspaper articles

4. Pryguza P, 'Yak procesualna diyalnist kredytoriv u spravi pro bankrutstvo stala pidpryyemnyctvom' ['As the Litigation Activity of Creditors in The Bankruptcy Case Became Business'] (*Zakon i Biznes*, 21.03–03.04.2020) <https://zib.com.ua/ua/141949-yak_procesualna_diyalnist_kredytoriv_u_spravi_pro_bankrutstv.html> (accessed: 22.06.2020) (in Ukrainian).

Valeria Radzyviliuk
Rodion Poliakov

ISSUES PERTAINING TO THE APPLICATION OF ECONOMIC PROCEDURE RULES IN BANKRUPTCY (INSOLVENCY) PROCEEDINGS

ABSTRACT. At the present stage, bankruptcy proceedings in Ukraine are regulated by the Code of Ukraine for Bankruptcy Proceedings (CBP) which is in effect since October 21,

2019. This is a huge and progressive step in the development of bankruptcy proceedings or receivership proceedings in our country. At the same time, the CBP application practice has revealed a number of clerical errors, conflicts and gaps which law enforcement agencies have to overcome today. From this perspective, it is important to note that CBP provisions apply to bankruptcy proceedings commenced after as well as before the Code's entry into force. And one of the key issues is still the application of the provisions of economic procedure legislation in implementing bankruptcy proceedings.

This article aims at highlighting the issues which pertain to the application of economic procedure rules in bankruptcy (insolvency) proceedings.

The authors have identified a conflict in the application of the provisions of the Ukrainian Code of Economic Procedure (Ukrainian CEP) with regard to insolvency cases of individuals. It is noted that when the court conducts main proceedings in a bankruptcy case, the provision for dealing with such cases under the ordinary litigation rules does not apply given the specifics of bankruptcy proceedings. The article analyzes appeals against court decisions in the bankruptcy proceedings.

Based on the results of the study, the authors come to the conclusion about current references in Ukrainian CEP to the invalid Bankruptcy Law which create conflicts for the courts; the ordinary litigation rules prescribed by Ukrainian CEP are absolutely unsuitable for bankruptcy proceedings and in practice the courts do not apply them at all; Ukrainian CEP articles on leaving without action or dismissing the request for commencement of bankruptcy proceedings have nothing to do with the shortcomings of the request as such and do not allow applying the relevant provisions of Ukrainian CEP in these cases; extended application of the general provisions of Ukrainian CEP without due regard for the specifics of bankruptcy proceedings for resolving property disputes within a bankruptcy case may block the bankruptcy proceedings as such; clear conditions should be established for commencement of bankruptcy proceedings linking them to stable insolvency of debtor; there is a need to reduce the number of court decisions subject to appeal in bankruptcy proceedings through procedural acts adopted in respect of minor and organizational issues.

KEYWORDS: bankruptcy; insolvency; commencement of proceedings; appeal; economic procedure.



Анастасія Попова

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри господарського права
та господарського процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
avropova@meta.ua

УДК 346.1:346.34

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ СПОРІВ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ІЗ ДОГОВОРІВ ПРО НАДАННЯ НЕБАНКІВСЬКИХ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

АНОТАЦІЯ. Необхідність удосконалення правового регулювання господарських процесуальних відносин у сфері розгляду спорів, що виникають із договорів про надання небанківських фінансових послуг, незначна кількість теоретичних досліджень і недостатня розробленість проблематики цієї правової категорії зумовлює актуальність зазначеної статті.

Метою статті є аналіз існуючих у правовій доктрині визначень понять правового спору, юридичного конфлікту та їх співвідношення, договорів про надання фінансових послуг, а також небанківських фінансових послуг. Запропоновано визначення спорів, що виникають із договорів про надання небанківських фінансових послуг, зроблено їхню класифікацію. Виокремлено процесуальні особливості розгляду зазначеного різновиду договірних спорів.

Зазначається, що договірний спір є складною правовою категорією, поняття якої має комплексний характер. З огляду на це спори, що виникають із договорів про надання небанківських фінансових послуг, як різновид договірних спорів, розглядаються в етимологічному, економічному, філософському та правовому аспектах.

У результаті проведеного аналізу основних концепцій розуміння правового спору запропоновано визначити спір, що виникає із договорів про надання небанківських фінансових послуг, як правовий конфлікт між учасниками господарських відносин на ринках небанківських фінансових послуг, що виникає при укладанні, зміні, розірванні, виконанні та визнанні недійсними договорів про надання небанківських фінансових послуг. Спори, що виникають із договорів про надання небанківських фінансових послуг, пропонується поділити на п'ять основних груп: 1) спори про укладання договорів; 2) спори про зміну договорів; 3) спори про розірвання договорів; 4) спори про виконання договорів; 5) спори про визнання договорів недійсними, кожна з яких – на підгрупи. Пропонується також класифікувати спори, що виникають із договорів про надання небанківських фінансових послуг, за предметною ознакою на спори, що виникають при укладанні, зміні, розірванні, виконанні та визнанні недійсними договорів про надання небанківських фінансових послуг

Анастасія Попова

із: переказу коштів; торгівлі валютними цінностями; фінансового лізингу; надання коштів у позику, зокрема й на умовах фінансового кредиту; надання гарантій і поручительств; адміністрування недержавних пенсійних фондів; адміністрування фінансових активів для придбання товарів у групах; у сфері страхування; факторингу та інших фінансових послуг.

Авторка зробила висновок, що однією зі сторін господарського процесу з вирішення спорів, що виникають із договорів про надання небанківських фінансових послуг, можуть бути не лише фінансові установи та фізичні особи – підприємці, як це зазвичай визначають, а й юридичні особи, які не мають статусу фінансової установи.

Ключові слова: правовий спір; договірний спір; договір про надання фінансових послуг; спори, що виникають із договорів про надання небанківських фінансових послуг.

Розмежування спорів за категоріями та видами має важливе значення для правильного визначення розміру судового збору, надання належних доказів, здійснення певних процесуальних дій. Крім того, статистичні дані за категоріями та видами спорів дають можливість мати конкретне уявлення про характер господарських правопорушень, проаналізувати стан укладання і виконання договорів про надання небанківських фінансових послуг. Це дає змогу вживати відповідних заходів щодо усунення правопорушень та інших недоліків у професійній фінансовій діяльності. Зазначене вище зумовлює актуальність цієї статті.

Категорію правового спору досліджували на загальнотеоретичному і господарсько-правовому рівнях такі науковці, як О. Вінник, І. Зайцев та ін. Поняття і правову природу господарського договору аналізував В. Щербина, особливості договорів про надання фінансових послуг – А. Амеліна, Н. Дроздова, С. Святошнюк. Дослідження окремих видів договорів про надання фінансових послуг проводилися, наприклад, В. Шерегі (співвідношення договорів факторингу та цесії), але комплексно не досліджувалися спори, що виникають із договорів про надання небанківських фінансових послуг (далі – НФП).

Метою дослідження є аналіз існуючих у правовій доктрині визначень понять правового спору, юридичного конфлікту та їх співвідношення, договорів про надання фінансових послуг, а також небанківських фінансових послуг.

Перш ніж перейти до виділення особливостей спорів, що виникають із договорів про надання НФП, розглянемо предмет таких спорів. Ця категорія господарських спорів виникає у зв'язку з укладанням, зміною, розірванням, виконанням і визнанням недійсними договорів про надання НФП.

У Законі України “Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг” не міститься визначення поняття договору про надання фінансових послуг, а лише зазначається, що він є договором, на підставі якого суб’єкти господарювання надають фінансові послуги (ч. 1 ст. 6)¹.

Відсутність легального визначення договору про надання фінансових послуг зумовлює різноплановість розуміння цього договору у правовій доктрині. Так, Н. Дроздова розглядає договір про надання фінансових послуг як довірчий (фідуціарний) правочин, згідно з яким послугонадавач (фінансова установа або у випадках, встановлених законом, інший суб’єкт господарювання) надає за попереднім замовленням послугоотримувача (клієнта) фінансову послугу на оплатних і професійних засадах². С. Святошнюк також визначає договір про надання фінансових послуг як правочин, на підставі якого надається фінансова послуга, яка характеризується такими ознаками: 1) споживається у процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності; 2) пов’язана з рухом об’єктів (у грошовій формі чи у формі грошових і фінансових інструментів), що мають вартість, є результатом минулих подій³.

Одним із різновидів договору про надання фінансових послуг є договір про надання НФП, предметом якого є надання фінансових послуг, крім банківських, що відповідно до ст. 47 Закону України “Про банки і банківську діяльність”⁴ дозволяється надавати виключно банкам. Чинне законодавство також не надає легального визначення договору про надання НФП, а лише визначає його окремі види, зокрема: договір лізингу (ч. 2 ст. 1 Закону України “Про фінансовий лізинг”⁵); договір страхування (ст. 16 Закону України “Про страхування”)⁶; договір факторингу (ст. 1077 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)⁷) тощо.

За своєю правовою природою договори про надання НФП є господарськими договорами, оскільки функціонують у сфері суспільного виробництва (ринки НФП), однією зі сторін є спеціальні суб’єкти господарювання (фінансові установи, фізичні особи – підприємці та юридичні

¹ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12 липня 2001 р. № 2664-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 1. Ст. 1.

² Н Дроздова, ‘Договір про надання фінансових послуг у цивільному праві України’ (автореф дис канд юрид наук, 2005) 5.

³ С Святошнюк, ‘Правова природа договорів про надання фінансових послуг та його місце у системі цивільно-правових договорів’ [2014] 19 (25) *Вісник ОНУ ім. І. І. Мечникова*. Правознавство 129.

⁴ Про банки і банківську діяльність: Закон України від 7 грудня 2000 р. № 2121-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text>> (дата звернення: 10.06.2020).

⁵ Про фінансовий лізинг: Закон України від 16 грудня 1997 р. № 723/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 16. Ст. 68.

⁶ Про страхування: Закон України від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 18. Ст. 78.

⁷ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 10.06.2020).

особи, які не мають статусу фінансової установи), змістом є взаємні права та обов'язки щодо виконання майново-господарського зобов'язання (надання НФП).

Відповідно до класифікації господарських договорів, запропонованих В. Щербиною⁸, можна виділити такі юридичні властивості договорів про надання НФП:

– за суб'єктивним складом зазначені договори є двосторонніми господарськими договорами, оскільки правами та обов'язками наділені обидві сторони договору (в загальному розумінні – одна сторона (виконавець) має обов'язок надати послугу та право на її оплату, а друга сторона (замовник) має право вимагати надання послуги і зобов'язується її оплатити (ч. 3 ст. 626 ЦК України));

– залежно від юридичної підстави ці договори є регульованими господарськими договорами, оскільки укладаються на основі вільного волевиявлення сторін;

– за змістом істотних умов договори про надання НФП є простими, оскільки мають у своєму тексті майнові елементи лише одного виду договору – договору про надання послуг;

– за предметною ознакою договір про надання НФП можна віднести до договорів про надання послуг, які у класичному розумінні ч. 1 ст. 901 ЦК України є договорами, згідно з якими одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається у процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором – договори між професійними учасниками ринків НФП або професійними учасниками та іншим учасниками ринків НФП про надання НФП, пов'язаної з фінансовими активами.

Традиційно в юридичній літературі всі господарські спори поділяються на три великі групи: 1) договірні; 2) майнові; 3) немайнові.

Спори, що виникають із договорів про надання НФП, належать до категорії договірних спорів. Договірний спір є складною правовою категорією, поняття якої має комплексний характер. З огляду на це спори, що виникають із договорів про надання НФП, як різновид договірних спорів, можуть розглядатися в етимологічному, економічному, філософському та правовому аспектах.

1. В етимологічному аспекті спори, що виникають із договорів про надання НФП, можна визначити як суперечливі судження сторін із приво-

⁸ В Щербина, *Господарське право: підручник* (5-те вид, Юрінком Інтер 2012) 283–5.

ду укладання, зміни, розірвання, виконання і визнання недійсними договорів у процесі здійснення професійної фінансової діяльності.

2. В економічному аспекті спори, що виникають із договорів про надання НФП, – це протиріччя матеріальних інтересів учасників господарських відносин на ринках НФП, що виникають при укладанні, зміні, розірванні, виконанні та визнанні недійсними договорів про надання НФП.

3. Поняття спорів, що виникають із договорів про надання НФП, у філософському аспекті пов'язане з характером протиріч, що виникають між сторонами таких господарських договорів, зокрема діалектичний.

Для визначення спору, що виникає з договорів про надання НФП, із правової точки зору за основу візьмемо концепцію І. Зайцева, який правовий спір розглядав як “конфлікт”⁹. У будь-якому суспільстві протиріччя інтересів сторін проявляються як конфлікт. Зазвичай, якщо інтереси опосередковані правами, обов'язками або охороняються законом, то йдеться про правовий (юридичний) конфлікт. Як слушно зазначає О. Вінник, ‘будь-який юридичний конфлікт є конфліктом інтересів <...> отже, конфлікт можна розглядати як різновид протиріччя, гострота якого і можливі негативні наслідки вимагають застосування спеціальних механізмів вирішення’¹⁰.

Спори, що виникають із договорів про надання НФП, можна класифікувати за різноманітними критеріями. Перш за все спори, що виникають із договорів про надання НФП, можна поділити на п'ять основних груп: 1) спори про укладання договорів; 2) спори про зміну договорів; 3) спори про розірвання договорів; 4) спори про виконання договорів; 5) спори про визнання договорів недійсними.

Зі свого боку спори про укладання договорів про надання НФП можна поділити на: спори про встановлення договірних відносин; спори щодо окремих умов договору про надання НФП (предмет, строк і ціна тощо); спори про примусове укладання договору про надання НФП (ст. 187 Господарського кодексу України (далі – ГК України)¹¹ – спори, що виникають при укладанні договорів, укладання яких є обов'язковим на підставі закону та в інших випадках, встановлених законом. Наприклад, спори про укладання окремих видів договорів обов'язкового страхування); спори про укладання за угодою сторін (за протоколом розбіжностей), тобто ті розбіжності, що залишилися неврегульованими, передаються у 20-денний строк до суду, якщо на це є згода другої сторони (ч. 5 ст. 181

⁹ И Зайцев, *Суцність хозяйственных споров* (Изд-во Саратов ун-та 1974) 23.

¹⁰ О Вінник, *Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення* (Атіка 2003) 59–60.

¹¹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 12.06.2020).

ГК України); спори про укладання договору про надання НФП на підставі укладеного між ними попереднього договору.

Спори про зміну та розірвання договорів про надання НФП поділяються на: спори, що виникли у разі недосягнення згоди щодо зміни чи розірвання договору про надання НФП; спори, що виникли у разі не одержання відповіді на пропозицію про зміну чи розірвання договору про надання НФП у встановлений строк (20 днів після одержання пропозиції з урахуванням часу поштового обігу).

Спори про виконання договорів про надання НФП поділяються на: спори про виконання належною стороною; спори про виконання належним способом; спори про виконання у належному місці тощо.

Зі свого боку спори про визнання недійсними договорів про надання НФП можна класифікувати залежно від підстав визнання господарських договорів недійсними (статті 203, 215 ЦК України, зокрема, спори про визнання недійсним договору про надання НФП, що не відповідає вимогам закону, або вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, або укладено учасниками господарських відносин на ринках НФП із порушенням хоча б одним із них господарської компетенції тощо).

За предметною ознакою спори, що виникають із договорів про надання НФП, можна поділити на спори, що виникають при укладанні, зміні, розірванні, виконанні та визнанні недійсними договорів про надання НФП: із переказу коштів; із торгівлі валютними цінностями; із фінансового лізингу; із надання коштів у позику, зокрема й на умовах фінансового кредиту; із надання гарантій та поручительств; з адміністрування недержавних пенсійних фондів; з адміністрування фінансових активів для придбання товарів у групах; у сфері страхування; із факторингу та інших фінансових послуг.

Процесуальні особливості розгляду спорів, що виникають із договорів про надання НФП, встановлюються Господарським процесуальним кодексом України (далі – ГПК України)¹².

Спори, що виникають із договорів про надання НФП, розглядаються господарським судом, зокрема, за таких умов (відповідно до постанови пленуму Вищого господарського суду України “Про деякі питання підвідомчості та підсудності справ господарським судам”¹³):

1) участь у спорі суб’єкта господарювання. За загальним правилом, встановленим у ч. 2 ст. 4 ГПК України, за захистом своїх порушених,

¹² Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>> (дата звернення: 13.06.2020).

¹³ Про деякі питання підвідомчості та підсудності справ господарським судам: постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 24 жовтня 2011 р. № 10. *Вісник господарського судочинства*. 2011. № 6. Ст. 13.

невизнаних або оспорюваних прав та законних інтересів у справах, віднесених законом до юрисдикції господарського суду, а також для вжиття передбачених законом заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням, до господарського суду можуть звернутися юридичні особи та фізичні особи – підприємці, фізичні особи, які не є підприємцями, а також державні органи, органи місцевого самоврядування. Так, однією зі сторін договору про надання НФП є спеціальний суб'єкт господарювання. Наприклад, це ілюструє практика Верховного Суду у справах про договори страхування. У постанові від 3 жовтня 2018 р. у справі № 760/15471/15-ц та в постанові від 5 грудня 2018 р. № 426/16825/16-ц Велика Палата Верховного Суду визнала, що суди правильно вважали, що спір між двома суб'єктами господарювання (страховими компаніями) повинен бути вирішений за правилами господарського судочинства¹⁴. Питання визначення суб'єктного складу є важливим не тільки для правовідносин у сфері вирішення спорів, що виникають із договору про надання НФП загалом, а й окремих його видів. Зокрема, В. Шерегі, аналізуючи практику Верховного Суду щодо розмежування договорів цесії та факторингу за суб'єктним складом, робить висновок, що відступлення права вимоги у порядку ст. 512 ЦК України може бути здійснено будь-якими особами, а факторинг можливий лише між спеціальними суб'єктами – банком та іншою фінансовою установою, з одного боку, та клієнтом (суб'єктом господарювання) – з другого¹⁵.

Хибним є твердження деяких авторів, які однією зі сторін/учасників договору про надання фінансових послуг виділяють лише банк та інші фінансові установи¹⁶. Дійсно, є окремі види договорів про надання НФП, які можуть укладатися виключно банками або іншими фінансовими установами. Наприклад, у договорі факторингу відповідно до ч. 3 ст. 1079 ЦК України фактором може бути банк або інша фінансова установа, яка відповідно до закону має право здійснювати факторингові операції.

Водночас необхідно виділити всіх професійних учасників ринків НФП, які здійснюють свою діяльність на підставі договорів про надання фінансових послуг. Згідно з чинним законодавством до таких суб'єктів належать фінансові установи, фізичні особи – підприємці, а також юридичні особи, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установа-

¹⁴ 'Огляд за результатами вивчення судової практики вирішення господарськими судами спорів, що виникли з договорів страхування' (Верховний Суд) <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Ogljad_KGS_2018_2019.pdf> (дата звернення: 10.06.2020).

¹⁵ В. Шерегі, 'Розмежування цесії та факторингу з урахуванням практики Верховного Суду' (Закон і Бізнес) <https://zib.com.ua/ua/133117-rozmezhuвання_цесії_та_факторингу_з_урахуванням_практики_.html> (дата звернення: 10.06.2020).

¹⁶ Великий енциклопедичний юридичний словник (Шемшученко Ю ред, 2-ге вид, Юридична думка 2012) 970; А Амеліна, 'Особливості договорів про надання фінансових послуг' (2019) 3 Юридичний науковий електронний журнал 53.

ми. Зокрема, серед юридичних осіб, які не є фінансовими установами, можна виділити: 1) незалежні фінансові посередники, що надають послуги з видачі фінансових гарантій у порядку та на умовах, визначених у статтях 307–315 Митного кодексу України¹⁷; 2) національний оператор поштового зв'язку (надає фінансові послуги щодо переказу коштів фізичних осіб, торгівлі валютними цінностями), пункти обміну іноземної валюти тощо; 3) юридичні особи, що надають послуги з фінансового лізингу та укладають договори з лізингоодержувачами та продавцями (постачальниками) відповідно до вимог Закону України “Про фінансовий лізинг”¹⁸.

З огляду на зазначене вище можна зробити висновок, що однією зі сторін господарського процесу з вирішення спорів, що виникають із договорів про надання НФП, можуть бути не лише фінансові установи і фізичні особи – підприємці, як це зазвичай визначають, а й юридичні особи, які не мають статусу фінансової установи;

2) наявність між сторонами, по-перше, господарських відносин, врегульованих ЦК України, ГК України, іншими актами господарського і цивільного законодавства. Зокрема, сторони спору, що виникає із договору про надання НФП, перебувають у господарських правовідносинах на ринках НФП, тобто суспільних відносинах, що врегульовані господарсько-правовими нормами законодавства про ринки фінансових послуг; по-друге, спору про право, що виникає з відповідних відносин;

3) наявність у законі норми, що прямо передбачала б вирішення спору, що виникає з договору про надання НФП, господарським судом;

4) відсутність у законі норми, що прямо передбачала б вирішення такого спору судом іншої юрисдикції.

Перелік справ, що відносяться до юрисдикції господарських судів, встановлюється ст. 20 ГПК України. З огляду на положення п. 1 ч. 1 цієї статті можна зробити висновок, що господарські суди розглядають справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні правочинів у професійній фінансовій діяльності, а також у спорах щодо правочинів, укладених для забезпечення виконання зобов'язання, сторонами якого є юридичні особи та (або) фізичні особи – підприємці.

Така категорія справ не належить до виключної юрисдикції господарських судів, оскільки з огляду на положення, закріплене у ч. 1 ст. 22 ГПК України, спори, що виникають із договорів про надання НФП, мо-

¹⁷ Митний кодекс України: Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17#Text>> (дата звернення: 12.06.2020).

¹⁸ Положення про надання окремих фінансових послуг юридичними особами – суб'єктами господарювання, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами: розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 22 січня 2004 р. № 21. *Офіційний вісник України*. 2004. № 16. Ст. 278.

жуть бути передані сторонами на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу.

Однією з особливостей вирішення спорів у справах про банкрутство є їх розгляд господарським судом без відкриття провадження у нових справах. З огляду на це справи у спорах, що виникають при визнанні недійсними договорів про надання НФП, розглядаються у межах справи про банкрутство відповідного суб'єкта професійної фінансової діяльності.

Це відповідає положенням ч. 2 ст. 7 Кодексу України з процедур банкрутства¹⁹, згідно з яким господарський суд, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство, в межах цієї справи вирішує всі майнові спори, стороною в яких є боржник; спори про визнання недійсними будь-яких правочинів, укладених боржником, тощо.

Зазначена норма кореспондується з положеннями п. 8 ч. 1 ст. 20 ГПК України, де зазначається, що господарські суди розглядають справи про банкрутство та справи у спорах із майновими вимогами до боржника, щодо якого відкрито провадження у справі про банкрутство, зокрема й справи у спорах про визнання недійсними будь-яких правочинів (договорів), укладених боржником.

Для ілюстрації зазначеного вище можна навести правову позицію Великої Палати Верховного Суду, викладену у постанові від 4 червня 2019 р. у справі №924/159/14, де предметом розгляду була позовна заява Товариства з обмеженою відповідальністю “Окрант-центр” до Державного публічного акціонерного товариства “НАК “Укragenrolizing”” про стягнення 46 530,25 грн на підставі ст. 1212 ЦК України. Підставою позову було визначено безпідставне перерахування грошових коштів у рахунок погашення лізингових платежів за договором лізингу від 18 жовтня 2007 р. № 22-07-687, за відсутності на момент перерахування грошових коштів чинного договору (розірвано). Велика Палата Верховного Суду у межах провадження у цій справі про банкрутство також зазначила, що якщо поведінка набувача, потерпілого, інших осіб або подія утворюють правову підставу для набуття (збереження) майна, ст. 1212 ЦК України може застосовуватись тільки після того, як така правова підстава у встановленому порядку скасована, визнана недійсною, змінена або припинена, зокрема й у вигляді розірвання договору²⁰.

Питання віднесення підвідомчої господарським судам справи у спорах, що виникають із договорів про надання НФП, до відання певного господарського суду вирішується за принципом територіальної юрисдикції. Так, позов у спорах, що виникають із договорів про надання НФП, пред'являється до господарського суду за місцезнаходженням чи

¹⁹ Кодекс України з процедур банкрутства: Закон України від 18 жовтня 2018 р. № 2597-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 19. Ст. 74.

²⁰ Постанова Великої Палати Верховного суду від 4 червня 2019 р. у справі № 924/159/14 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/82528155>> (дата звернення: 10.06.2020).

місцем проживання відповідача (ст. 27 ГПК України). Із цього правила є винятки, зокрема, позови у спрах, що виникають із договорів про надання НФП, у яких визначено місце виконання або виконувати які через їх особливість можна тільки в певному місці, можуть пред'являтися також за місцем виконання цих договорів (ч. 5 ст. 29 ГПК України).

Висновки. Таким чином, спір, що виникає із договорів про надання НФП, можна визначити як правовий конфлікт між учасниками господарських відносин на ринках НФП, що виникає при укладанні, зміні, розірванні, виконанні та визнанні недійсними договорів про надання НФП. Спори, що виникають із договорів про надання НФП, поділяються на п'ять основних груп, кожна з яких – на підгрупи, а також класифікуються за предметною ознакою.

Спори, що виникають із договорів про надання НФП, розглядаються господарським судом за таких умов: участь у спорі суб'єкта господарювання; наявність між сторонами господарських відносин і спору про право, що виникає з відповідних відносин; наявність у законі норми, що прямо передбачала б вирішення відповідного спору; відсутність у законі норми, що прямо передбачала б вирішення такого спору судом іншої юрисдикції. Предметом подальших досліджень буде питання вирішення спорів, що виникають із договорів про надання НФП.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Vinnyk O, *Publichni ta pryvatni interesy v hospodarskykh tovarystvakh: problemy pravovoho zabezpechennia* [Public and Private Interests in Business Companies: Issues of Legal Support] (Atika 2003) (in Ukrainian).
2. Shcherbyna V, *Hospodarske pravo: pidruchnyk* [Economic Law: Textbook] (5-te vyd, Yurinkom Inter 2012) (in Ukrainian).
3. Zajcev I, *Sushhnost' hozhajstvennyh sporov* [The Essence of Economic Disputes] (Izd-vo Sarat vn-ta 1974) (in Russian).

Encyclopedias

4. *Velykyi entsyklopedychnyi yurydychnyi slovnyk* [Great Encyclopedic Dictionary of Law] (Shemshuchenko Iu red, 2-he vyd, Yurydychna dumka 2012) (in Ukrainian).

Journal articles

5. Amelina A, 'Osoblyvosti dohovoriv pro nadannia finansovykh posluh' ['Specifics of Financial Service Contracts'] (2019) 3 Yurydychni naukovyi elektronnyi zhurnal 53 (in Ukrainian).
6. Sviatoshniuk S, 'Pravova pryroda dohovoriv pro nadannia finansovykh posluh ta yoho mistse u systemi tsyvilno-pravovykh dohovoriv' ['Legal Nature of Financial Service Contracts and Their Place in the System of Civil Law Contracts'] [2014] 19 (25) Visnyk ONU im. I. I. Miechnykova. Pravoznavstvo 129 (in Ukrainian).

Theses

7. Drozdova N, 'Dohovir pro nadannia finansovykh posluh u tsyvilnomu pravi Ukrainy' ['Financial Service Contract in Civil Law of Ukraine'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2005) (in Ukrainian).

Newspaper articles

8. Sherehi V, 'Rozmezhuвання tsesii ta faktorynhu z urakhuvanniam praktyky Verkhovnoho Sudu' ['Differentiation of Assignment and Factoring with Account Taken of the Supreme Court Case Law'] (*Zakon i Biznes*) <https://zib.com.ua/ua/133117-rozmezhuвання_cessii_ta_faktoringu_z_urahuvannyam_praktiki_.html> (accessed: 10.06.2020) (in Ukrainian).

Anastasiya Popova

PROCEDURAL FEATURES OF CONSIDERATION OF DISPUTES
ARISING FROM CONTRACTS FOR NON-BANKING FINANCIAL
SERVICES

ABSTRACT. The relevance of this article stems from the need to improve legal regulation of economic procedural relations which exist concerning consideration of disputes arising from contracts for non-bank financial services, as well as from a small number of theoretical studies and insufficient elaboration of the issues pertaining to this legal category.

This article focuses on the analysis of the definitions available today in legal doctrine with regard to the concept of legal dispute and legal conflict and their correlation, as well as financial service contracts and non-bank financial service contracts. The article also aims at proposing the definition of disputes arising from contracts for non-bank financial services and classifying them; highlighting the procedural specifics seen in consideration of this type of contractual disputes.

It is noted that a contractual dispute is a complex legal category, and its concept is of a multifaceted nature. Given this, disputes arising from non-bank financial service contracts as a type of contractual disputes are considered from the perspective of etymological, economic, philosophical and legal aspects.

As a result of analyzing the main concepts for understanding of a legal dispute, the author proposes to define the dispute arising from non-bank financial service contracts as a legal conflict between participants to economic relations on the non-bank financial service markets, which arises when non-bank financial service contracts are concluded, amended, terminated, performed and invalidated. It is suggested that disputes arising from non-bank financial service contracts should be divided into five main groups: 1) disputes regarding conclusion of contracts; 2) disputes regarding amendment of contracts; 3) disputes regarding termination of contracts; 4) disputes regarding performance of contracts; 5) disputes regarding invalidation of contracts, with each of them divided into subgroups. It is also proposed to classify the disputes arising from non-bank financial service contracts by their subject matter into disputes arising from conclusion, amendment, termination, performance and invalidation of non-bank financial service contracts for: money transfer; foreign exchange asset trading; financial leasing; lending of money, including on financial loan terms; provision of guarantees and sureties; administration of non-governmental pension funds; administration of financial assets for purchasing of goods in groups; in the field of insurance; factoring and other financial services.

The author arrives at the conclusion that in the economic proceedings aimed at resolving the disputes which arise from non-bank financial service contracts, one of the parties may be not only financial institutions and individual entrepreneurs, as it is usually defined, but also legal entities having no status of a financial institution.

KEYWORDS: legal dispute; contractual dispute; financial service contract; disputes arising from non-bank financial service contracts.



Вадим Попелюк

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри господарського права і процесу
Національного університету “Одеська юридична академія”
(Одеса, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7415-3996>
advokat.vp@gmail.com

УДК 346.91:349.4

ЩОДО ДЕЯКИХ АСПЕКТІВ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК БЕЗ ОФОРМЛЕННЯ ПРАВОВСТАНОВЛЮЮЧИХ ДОКУМЕНТІВ ЗА ПРАКТИКОЮ ВЕРХОВНОГО СУДУ

Анотація. Стаття присвячена правовому регулюванню застосування відповідальності за використання землі без оформлення правовстановлюючих документів, крім випадків самовільного заняття земельних ділянок. Визначено, що особливість застосування відповідальності за використання землі без оформлення правовстановлюючих документів, яка пов'язана з тим, що норми матеріального права різних галузей визначають правовий режим використання землі, що, відповідно, впливає на предмет і характер земельного спору.

Мета статті полягає у вивченні деяких аспектів відповідальності та практики Верховного Суду щодо стягнення збитків за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів, крім випадків самовільного заняття земельних ділянок.

Встановлено, що правопорушення за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів – це коли фактичні землекористувачі не платять за користування землею та не оформлюють відповідні документи з різних причин, що призводить до порушення суб'єктивних прав законного власника землі.

Проаналізовано, що судова практика зазнає змін щодо застосування відповідальності за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів. Так, довгий час судова практика йшла по шляху стягнення коштів, що відбувається на підставі статей 1166, 1167 Цивільного кодексу України (ЦК України) у формі неотриманої орендної плати, але за останні роки змінена на стягнення коштів без достатньої правової підстави, згідно зі ст. 1212 ЦК України. При цьому нині трапляються рішення як за першою підставою, так і за другою.

Запропоновано зміни до положень законодавства щодо стягнення збитків за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів у частині підстав стягнення та розмірів збитків.

Ключові слова: земельні спори; збитки; відповідальність за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів; відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам.

Специфіка земельних спорів проявляється у тому, що об'єктом, як правило, є земля, яка фігурує в таких спорах безпосередньо чи опосередковано. Це можуть бути спори щодо надання, вилучення, порядку використання, самовільного заняття, стягнення збитків за різні види порушень земельного законодавства, із договірних, позадоговірних відносин тощо. Найвність великої кількості спорів обумовлена не тільки відсутністю чіткого правового механізму вирішення таких спорів, а й відсутністю норм матеріального права, які встановлювали б правові підстави їх вирішення.

Одним із напрямів створення ефективного механізму вирішення земельних спорів став законопроект № 3296 “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України щодо підвідомчості спорів, що виникають у сфері земельних відносин та спорів щодо нерухомого майна”¹, який був внесений після прийняття Верховною Радою України Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення”².

Дійсно, відкриття в Україні легального ринку сільськогосподарської землі – це історична подія. Проте для правників, як учених, так і практиків, очевидно, що є чимало неврегульованих питань, які призведуть до появи ще більшої кількості спорів. До прикладу, нині в Україні розгляд земельних спорів здійснюється судами різних юрисдикцій, залежно від суб'єктного складу, предмета спору і характеру спірних правовідносин. При цьому за період існування незалежної України питання підвідомчості земельних спорів законодавчо не було врегульовано, що впливає на відсутність єдиної судової практики з таких справ.

Ця ситуація призводить до правничої невизначеності вирішення земельних спорів, зокрема щодо відповідальності за незаконне використання землі, оскільки стягнення збитків відбувається за нормами різних правових актів і формується судовою практикою, а не законодавцем.

Питання щодо відповідальності за порушення земельного законодавства та стягнення збитків є предметом дослідження багатьох науковців, а саме: Х. Джавадов розглядає цивільно-правову відповідальність за порушення земельного законодавства, зокрема й щодо стягнення збитків за незаконне використання землі; М. Мозальова – спричинення збит-

¹ Проект Закону про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України щодо підвідомчості спорів, що виникають у сфері земельних відносин та спорів щодо нерухомого майна від 31 березня 2020 р. № 3296 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68510> (дата звернення: 30.06.2020).

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення: Закон України від 31 березня 2020 р. № 552-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/552-20#Text>> (дата звернення: 30.06.2020).

ків за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів; О. Покатаєва – питання виникнення податкового обов'язку зі сплати плати за землю в разі відсутності документів на право власності або право користування земельною ділянкою; О. Дудоров, В. Захарчук, А. Шульга – щодо самовільного зайняття земельної ділянки та застосування відповідальності. Проте, незважаючи на наукові публікації з досліджуваного питання, все ж залишається низка неврегульованих аспектів, зокрема щодо застосування правового механізму при стягненні збитків за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів.

Також слід зазначити, що Верховний Суд України сформував суперечливу судову практику щодо стягнення збитків за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів: в одних справах стягнення коштів відбувається на підставі статей 1166, 1167 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)³ у формі неотриманої орендної плати, а в других – без достатньої правової підстави, згідно зі ст. 1212 ЦК України.

Фактично практика правозастосування йде шляхом найменшого опору, адже використовує загальний механізм стягнення збитків, вироблений цивільним законодавством, оскільки специфіка земельних відносин обумовлена наявністю цивільно-правових механізмів у регулюванні земельних відносин, зокрема таких цивільно-правових елементів, як шкода та збитки.

Мета дослідження полягає у вивченні деяких аспектів відповідальності та практики Верховного Суду щодо стягнення збитків за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів, крім випадків самовільного заняття земельних ділянок.

Ринкові умови використання землі як засобу виробництва підтверджують, що в системі матеріальних цінностей земля має майновий характер, що породжує певні земельні спори. Нині судова практика засвідчує, що у судів немає єдності щодо розмежування цивільної, господарської та адміністративної юрисдикцій стосовно підсудності земельних спорів, що, відповідно, впливає і на практику стягнення збитків за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів. Зокрема, незважаючи на наявність рішення Конституційного Суду України (далі – КСУ) від 1 квітня 2010 р. № 10-рп/2010⁴, суди застосовують і постанову Вищого господарського суду України “Про де-

³ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 12.06.2020).

⁴ Рішення Конституційного Суду України від 1 квітня 2010 р. № 10-рп/2010 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-10#Text>> (дата звернення: 30.06.2020).

які питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин”⁵, і постанову Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ “Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ”⁶, і постанову Вищого адміністративного суду України “Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів”⁷.

Водночас юридичне регулювання використання землі як об’єкта господарського обігу та природного ресурсу проявляється у тому, що норми матеріального права різних галузей визначають правовий режим використання землі, що також впливає на предмет, характер земельного спору та особливості застосування відповідальності, оскільки істотну роль відіграють публічно-правові норми щодо підстав застосування відповідальності.

Так, у ст. 373 ЦК України встановлено, що земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави⁸. Про це ж ідеться і в ст. 148 Господарського кодексу України (далі – ГК України)⁹ та ст. 1 Земельного кодексу України (далі – ЗК України)¹⁰. Водночас відповідно до положень статей 177 та 190 ЦК України прямо земля не віднесена ні до об’єктів цивільних прав, ні до поняття майна, але при поділі на нерухомі та рухомі речі (ст. 181 ЦК України) земельна ділянка віднесена до нерухомих речей, а визначення закріплено в положеннях ЗК України. Відповідно до ст. 79 ‘земельна ділянка – це частина земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами’¹¹.

При цьому господарська та економічна складова використання землі в Україні визначається у тому, що земельна ділянка є об’єктом плати за землю (ст. 206 ЗК України). Плата за землю є загальнодержавним податком, який справляється у формі земельного податку та орендної пла-

⁵ Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин: постанова Вищого господарського суду України від 17 травня 2011 р. № 6 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0006600-11#Text>> (дата звернення: 30.06.2020).

⁶ Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ: постанова Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 р. № 3 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0003740-13#Text>> (дата звернення: 30.06.2020).

⁷ Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів: постанова Вищого адміністративного суду України від 20 травня 2013 року № 8 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0008760-13#Text>> (дата звернення: 30.06.2020).

⁸ Цивільний кодекс України (н 3).

⁹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/conv#n2579>> (дата звернення: 30.06.2020).

¹⁰ Земельний кодекс України: Закон України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-II <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2768-14>> (дата звернення: 30.06.2020).

¹¹ Там само.

ти за земельні ділянки державної та комунальної власності (ст. 14 Податкового кодексу України)¹².

Також до економічної складової використання землі відноситься і відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам, що регулюється спеціальними актами, а саме статтями 156–157 ЗК України. Так, у ст. 156 встановлений перелік підстав для відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам. Проте серед них відсутня така підстава, як користування земельною ділянкою без правовстановлюючих документів. Натомість ст. 156 містить підставу для стягнення – це неодержання доходів у випадку тимчасового невикористання земельних ділянок. Відповідно до ст. 157 порядок визначення та відшкодування збитків власникам землі і землекористувачам встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Постановами Кабінету Міністрів України від 19 квітня 1993 р. затверджено Порядок визначення та відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам (далі – Порядок № 284)¹³ та Методика визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу (далі – Методика № 963)¹⁴.

У пункті 3 Порядку № 284 встановлено, що відшкодуванню підлягають ‘інші збитки власників землі і землекористувачів, у тому числі орендарів, включаючи і неодержані доходи, якщо вони обґрунтовані’. У ньому ж надано поняття “неодержаний дохід” – це дохід,

який міг би одержати власник землі із земельної ділянки і який він не одержав унаслідок її викупу (викупу) або тимчасового зайняття, обмеження прав, погіршення якості землі або приведення її в непридатність для використання за цільовим призначенням у результаті негативного впливу, спричиненого діяльністю підприємств, установ, організацій та громадян¹⁵.

Крім того, на локальному рівні розмір збитків визначається комісіями, створеними Київською та Севастопольською міськими, районними

¹² Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>> (дата звернення: 30.06.2020).

¹³ Про Порядок визначення та відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам: постанова Кабінету Міністрів України від 19 квітня 1993 р. № 284 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/284-93-п>> (дата звернення: 30.06.2020).

¹⁴ Про затвердження Методики визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу: постанова Кабінету Міністрів України від 25 липня 2007 р. № 963 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/963-2007-п>> (дата звернення: 30.06.2020).

¹⁵ Про Порядок визначення та відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам (н 13).

державними адміністраціями, виконавчими органами сільських, селищних, міських рад. Для прикладу, у місті Одесі діє комісія з визначення розміру та відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам з огляду на рішення виконавчого комітету Одеської міської ради від 11 серпня 2011 р. № 564, яке прийнято відповідно до ч. 6 ст. 59 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, статей 156, 157 ЗК України та Порядку № 284¹⁶.

При цьому чинним законодавством встановлено, що обов’язковою умовою фактичного використання земельної ділянки є наявність в особи, що її використовує, правовстановлюючих документів на цю ділянку, а відсутність таких документів може свідчити про правопорушення у вигляді самовільного зайняття земельної ділянки, але не завжди. Так, згідно зі ст. 125 ЗК України моментом виникнення права власності на земельну ділянку, а також права постійного користування чи права оренди земельної ділянки є державна реєстрація цих прав. Відповідно, використання земельної ділянки до встановлення її меж у натурі, одержання документа, що посвідчує право на неї, та державної реєстрації забороняється.

Проте розповсюдженими є випадки правопорушень, коли фактичні землекористувачі не платять за користування землею та не оформлюють відповідні документи з різних причин. Наприклад, власники нерухомого майна не оформлюють права користування земельною ділянкою під об’єктами нерухомості або землекористувачу земельна ділянка надана за попереднім законодавством, яке було чинне до ЗК України 2001 р., і не оформлена вже за чинним. При цьому непоодинокими є випадки, коли органи місцевого самоврядування зволікають із прийняттям відповідних рішень на користь землекористувача.

Як зазначає М. Мозольова, у разі наявності “старих” документів на земельну ділянку є очевидним факт існування “фактичного користування” земельною ділянкою, яке виникло за нормами старого земельного законодавства, що нині не відповідає вимогам законодавства щодо оформлення прав на землю та не вважається правовою підставою користування земельною ділянкою¹⁷.

Виникнення “фактичного користування” пов’язане з тим, що рішенням КСУ від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 п. 6 перехідних положень ЗК України був визнаний неконституційним. Цим пунктом було встановлено строк до 1 січня 2008 р., протягом якого громадяни та юридичні особи, що не можуть мати права постійного користування відповідно до

¹⁶ Рішення виконавчого комітету Одеської міської ради від 11 серпня 2011 р. № 564 <<https://omr.gov.ua/ru/acts/committee/109277>> (дата звернення: 30.06.2020).

¹⁷ М. Мозольова, ‘Правове дослідження деяких аспектів використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів’ (2014) 1–2 Право та інновації 110–8.

чинного ЗК України, повинні переоформити в установленому порядку право власності або право оренди на них¹⁸.

Незважаючи на це, користування земельною ділянкою без правовстановлюючих документів є правопорушенням та обмежує законного власника в правах щодо розпорядження, використання та отримання плати за використання, чим може бути завдана шкода інтересам власника, наприклад, територіальній громаді, унаслідок чого завдаються збитки у вигляді неoderжання плати за користування земельною ділянкою.

Характерною особливістю правопорушення за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів є те, що порушуються суб'єктивні права, які призводять до настання одночасно певних негативних наслідків як майнового, так і немайнового характеру.

Слід погодитися з думкою Х. Джавадова про те, що в таких випадках компенсаційний характер застосування відповідальності направлений на відновлення майнового становища потерпілої сторони незалежно від того, які були порушені норми об'єктивного права, тому що застосування відповідальності направлене саме на захист суб'єктивного права¹⁹.

Аналіз судової практики свідчить, що з цього питання Верховний Суд не мав єдиної практики щодо вирішення цієї категорії спорів. Довгий час судова практика йшла шляхом стягнення збитків через загальні підстави відповідальності за завдану майнову шкоду на підставі статей 1166, 1167 ЦК України у формі неотриманої орендної плати²⁰.

Згодом судова практика змінилася на стягнення коштів, збережених користувачем без достатньої правової підстави, згідно зі ст. 1212 ЦК України (справа № 922/2016/17)²¹. Для цього було достатньо встановити фактичного користувача земельної ділянки та розрахувати завдану власнику земельної ділянки майнову шкоду відповідно до Порядку № 284 та Методики № 963. Так, постановою від 23 травня 2018 р. у справі № 629/4628/16-ц Велика Палата Верховного Суду визначилася з цією категорією справ і віднесла їх до кондикційних, а саме: до стягнення грошових коштів, збережених користувачем без достатньої правової підстави (ст. 1212 ЦК України)²².

¹⁸ Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05#Text>> (дата звернення: 30.06.2020).

¹⁹ Х. Джавадов, *Гражданско-правовая ответственность за нарушение земельного законодательства (на опыте Украины, Азербайджана и России)* (Юридична думка 2009) 272.

²⁰ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 24 квітня 2018 р. у справі № 904/5208/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/73596398>> (дата звернення: 30.06.2020).

²¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 21 травня 2018 р. у справі № 922/2016/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/74203828>> (дата звернення: 30.06.2020).

²² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 травня 2018 р. у справі № 629/4628/16-ц(3). <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75296547>> (дата звернення: 30.06.2020).

У постанові від 20 вересня 2018 р. у справі № 925/230/17 Велика Палата Верховного Суду підтримала попередній свій висновок та зазначила, що місцеві ради як уповноважені власником землі особи могли б звернутися до суду з вимогами про повернення відповідачем несплачених ним грошових коштів за користування земельною ділянкою, але лише за період, коли право користування землею не було оформлено, і лише про стягнення безпідставно збережених грошових коштів, а не збитків²³.

Загалом Велика Палата Верховного Суду зазначила, що не є правопорушенням відсутність у власника нерухомого майна, зареєстрованого права оренди на земельну ділянку, яка має іншого власника і на якій це майно розташовано. Тому відсутні підстави застосовувати до спірних правовідносин приписи законодавства про відшкодування шкоди (збитків) власникам земельних ділянок. При цьому фактичний користувач земельної ділянки, який без достатньої правової підстави завдяки власникові цієї ділянки зберіг у себе кошти, що мав заплатити за користування нею, зобов'язаний повернути ці кошти власнику земельної ділянки на підставі ч. 1 ст. 1212 ЦК України, оскільки відносини з фактичного користування земельною ділянкою без укладеного договору оренди та недоотримання її власником доходів у вигляді орендної плати є за своїм змістом кондикційними.

Зазначена позиція Верховного Суду спростила доказову базу для органів місцевого самоврядування, оскільки останнім достатньо надати докази права власності на нерухомість фактичного користувача земельної ділянки та обґрунтувати відсутність правових підстав користування ділянкою або довести, що підстави надання землі згодом втратили силу. Водночас при такій позиції не враховано, що землекористувач міг вжити всіх належних заходів щодо оформлення договору оренди, а орган місцевого самоврядування весь цей час бездіяв, не приймаючи відповідних рішень.

Проте така практика Верховного Суду щодо несплаченої землекористувачами орендної плати, яка не є збитками, поставила під питання застосування Порядку № 284 та Методики № 963 при визначенні неотриманої орендної плати, оскільки ці акти розповсюджують свою дію саме на визначення порядку/розміру шкоди (збитків), а іншого нормативно-правового акта для визначення та доказування розміру коштів на підставі ч. 1 ст. 1212 ЦК України не прийнято.

Отже, Верховний Суд у вирішенні зазначеної категорії спорів ще не поставив крапку, оскільки у постанові від 21 січня 2019 р. у справі

²³ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 20 вересня 2018 у справі № 925/230/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77848741>> (дата звернення: 30.06.2020).

№ 902/794/17 в обґрунтування суми коштів безпідставно збереженого майна суд застосував розмір збитків, розрахованих відповідно до Порядку № 284 та Методики № 963²⁴.

Водночас у постановах від 29 травня 2019 р. у справі № 922/955/18²⁵ та від 12 червня 2019 р. у справі № 922/902/18²⁶ Верховний Суд встановив, що при вирішенні спорів цієї категорії слід перевірити, з урахуванням наданих позивачем доказів, чи є земельна ділянка, за користування якою позивач просить стягнути збережені кошти (у розмірі орендної плати), сформованим об'єктом цивільних прав. Якщо відповідна земельна ділянка не сформована як об'єкт цивільних прав, це виключає можливість обчислення розміру безпідставно збережених коштів у вигляді орендної плати за землю, що повністю відповідає положенням ст. 79 ЗК України, відповідно до якої земельна ділянка – це частина земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами. Окрім того, для визначення розміру безпідставно утримуваних коштів обов'язкова наявність Витягу з технічної документації про нормативну грошову оцінку окремої земельної ділянки, виданого Державною службою України з питань геодезії, картографії та кадастру. При цьому інформація щодо визначення меж, площі та конфігурації земельної ділянки та складений на підставі акта розрахунок, в якому враховано розмір нормативно-грошової оцінки з огляду на вартість 1 м² землі в населеному пункті, повинна не суперечити Закону України “Про оцінку земель”²⁷ та ст. 79 ЗК України. Отже, розрахунки суми втрат бюджету за користування земельною ділянкою, визначені на підставі Порядку № 284, є недоведеними, а тому відповідні позовні вимоги не підлягають застосуванню.

Таким чином, судова практика перебуває у стадії формування відносно застосування відповідальності до землекористувачів без правовстановлюючих документів у формі суми коштів безпідставно збереженого майна чи розміру збитків у формі неотриманого доходу (втраченої вигоди).

Висновки. Нині судова практика підтверджує, що використання земельної ділянки без оформлення правовстановлюючих документів є правопорушенням, оскільки користування земельною ділянкою без оформлення прав фактично обмежує право законного власника отримувати

²⁴ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 21 січня 2019 р. у справі № 902/794/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79430127>> (дата звернення: 30.06.2020).

²⁵ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 29 травня 2019 р. у справі № 922/955/18 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82130580>> (дата звернення: 30.06.2020).

²⁶ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 12 червня 2019 р. у справі № 922/902/18 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82498822>> (дата звернення: 30.06.2020).

²⁷ Про оцінку земель: Закон України від 11 грудня 2003 р. № 1378-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1378-15#Text>> (дата звернення: 12.06.2020).

вати дохід у вигляді плати за використання, і за яке повинна наступати певна юридична відповідальність, адже збитки виникають саме внаслідок використання земельної ділянки без оформлення у встановленому порядку права користування нею.

Крім того, відповідно до ст. 152 ЗК України власник земельної ділянки або землекористувач може вимагати усунення будь-яких порушень його прав на землю, навіть якщо ці порушення не пов'язані з позбавленням права володіння земельною ділянкою, і відшкодування завданих збитків. Захист прав громадян та юридичних осіб на земельні ділянки здійснюється, зокрема, завдяки відшкодуванню заподіяних збитків.

Ба більше, із правового аналізу зазначених вище норм матеріального права виходить, що саме на землекористувача покладається обов'язок вчинення певних дій, направлених на оформлення права користування земельною ділянкою. Це дає змогу зробити висновок, що у випадку неоформлення прібавовстановлюючих документів для користування земельною ділянкою з вини користувача настають правові наслідки, передбачені ст. 157 ЗК України та Порядком № 284.

Незважаючи на те, що зі змісту поняття “неодержаний дохід”, встановленого у п. 3 Порядку № 284, використання земельної ділянки без правовстановлюючих документів не є неодержаним доходом, але загалом правова природа збитків у цьому разі проявляється у тому, що сторона втрачає те, на що могла б розраховувати при належному виконанні іншою стороною обов'язків, передбачених чинним законодавством, що повністю відповідає положенням статей 22, 623 ЦК України, ст. 225 ГК України, статей 152, 156 ЗК України, а саме: доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). У будь-якому разі застосування відповідальності вирішується виключно судом з урахуванням усіх обставин справи та наявності всіх доведених ознак правопорушення.

З огляду на це назріла потреба в реформуванні законодавства щодо стягнення збитків за використання земельних ділянок без оформлення правовстановлюючих документів, зокрема: про внесення відповідних змін до ЗК України про підставу стягнення збитків без оформлення правовстановлюючих документів та додатково – відповідних змін до підзаконних актів із підстав і методики розрахунку розмірів збитків.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Dzhavadov H, *Grazhdansko-pravovaja otvetstvennost' za narushenie zemel'nogo zakonodatel'stva (na opyte Ukrainy, Azerbajdzhana i Rossii)* [Civil Liability for Violation of Land Legislation (Based on the Experience of Ukraine, Azerbaijan and Russia)] (Juridichna dumka 2009) (in Ukrainian).

Journal articles

2. Mozalova M, 'Pravove doslidzhennia deiakykh aspektiv vykorystannia zemelnykh dilianok bez oformlennia pravovstanovliuichykh dokumentiv' ['Legal Research of Some Aspects of Land Plot Use Without Execution of the Documents of Title'] (2014) 1–2 Pravo ta innovatsii 110–8 (in Ukrainian).

Vadym Popeliuk

ON CERTAIN ASPECTS OF LIABILITY FOR LAND PLOT USE WITHOUT EXECUTED DOCUMENTS OF TITLE ACCORDING TO THE SUPREME COURT CASE LAW

ABSTRACT. The article focuses on legal regulation of the application of liability in cases where land plots are used without execution of the documents of title, except for cases of unauthorized occupation of land plots. The article determines the specifics inherent in the application of liability for land plot use without execution of the documents of title stemming from the fact that the rules of substantive law of different branches determine the legal regime of land use and this, accordingly, affects the subject matter and the nature of a land dispute.

The purpose of the article is to analyze the offense involving land plot use without execution of the documents of title and the application of appropriate liability.

It is established that the offense involving land plot use without execution of the documents of title means the situation when actual land users do not pay for using the land and do not apply for execution of relevant documents for various reasons, which leads to a violation of subjective rights of the land's legal owner.

The analysis made demonstrates that in the context of application of liability for land plot use without execution of the documents of title, judicial practice is being changed. Thus, for a long time judicial practice was oriented towards monetary recovery subject to articles 1166, 1167 of the Civil Code of Ukraine (Ukrainian CC) in the form of lost rents, but in recent years it has shifted towards monetary recovery without sufficient legal grounds, subject to article 1212 of Ukrainian CC. At the same time, today decisions are made both on the former and the latter grounds.

The author suggests that changes should be made to the legislative provisions on recovery of damages for land plot use without execution of the documents of title in terms of the grounds for recovery and the amount of damage.

KEYWORDS: land disputes; damages; liability for land plot use without execution of the documents of title; reimbursement of damages to land owners and land users.



Вікторія Резнікова

докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри господарського права
та господарського процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0149-0710>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/O-4799-2018>
reznikova.vv78@gmail.com

Ірина Кравець

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри господарського права
та господарського процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7523-5045>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/O-3908-2018>
ikravets104@gmail.com



УДК 346.34+346.91

НОВІТНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЩОДО РОЗГЛЯДУ ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗДІЙСНЕННЯМ ТОРГОВЕЛЬНИХ ОПЕРАЦІЙ

АНОТАЦІЯ. Для ефективного здійснення торговельної діяльності необхідним є оформлення належним чином торговельних операцій та їх відображення у бухгалтерському обліку суб'єктів господарювання. Актуальність обраної теми зумовлює важлива роль правильного оформлення торговельних операцій, наявність великої кількості господарських спорів, пов'язаних зі здійсненням торговельних операцій, та фрагментарне дослідження зазначених питань у господарсько-правовій доктрині.

Метою статті є виокремлення та розкриття ознак торговельних операцій як виду господарських, формулювання на їхній основі доктринального визначення поняття торговельної операції, встановлення взаємозв'язку між термінами “торговельна операція” і “господарсько-торговельний договір”, виокремлення особливостей вирішення господарськими судами спорів, пов'язаних зі здійсненням та оформленням суб'єктами господарювання торговельних операцій.

Доведено, що торговельні операції є видом господарських операцій. Наведені визначення “господарська операція” та “торговельна операція” у нормативно-правових актах України. Сформульовані ознаки торговельних операцій та на їхній основі наведено авторське визначення поняття “торговельна операція”. Встановлено співвідношення та зв'язок між термінами “торговельна операція” і “господарсько-

торговельний договір”, а саме: обґрунтовано висновок, що торговельними операціями опосередковується виконання господарсько-торговельних договорів.

Аналіз і систематизація судової практики вирішення господарських спорів, пов'язаних зі здійсненням торговельних операцій, дають змогу сформулювати такі основні висновки. Реальне здійснення торговельної операції не підтверджує лише факт наявності підписаних первинних документів. Для з'ясування факту “реальності” торговельної операції (крім обставин оформлення первинних документів) суди досліджують обставини здійснення перевезення товару, поставленого за спірною видатковою накладною, обставини зберігання та використання цього товару у господарській діяльності покупця тощо. Предметом позову не можуть бути обставини, які є доказами у справі, зокрема підписання первинних документів. Відсутність у контрагента добросовісного платника податку матеріальних і трудових ресурсів не виключає можливості реального виконання ним господарської операції. Порушення правил оформлення первинних документів автоматично не спричиняє їх недійсність, але впливає на можливість доведення стороною обставин, на підтвердження яких вона подала відповідні документи.

Ключові слова: господарська операція; торговельна операція; первинний документ; господарсько-торговельний договір; торговельна діяльність; бухгалтерський облік.

Торговельна діяльність у сучасних умовах розвитку економіки є одним із найбільш поширених видів господарської діяльності, для ефективного здійснення якої важливим є правильне оформлення торговельних операцій та їх відображення у бухгалтерському обліку суб'єктів господарювання.

Існує об'єктивна необхідність виокремлення на доктринальному рівні ознак торговельних операцій, формулювання на їхній основі доктринального визначення поняття торговельної операції, встановлення співвідношення між термінами “торговельна операція” та “господарсько-торговельний договір”, дослідження проблем і новітніх тенденцій формування та розвитку судової практики вирішення господарських спорів, пов'язаних як зі здійсненням торговельної діяльності загалом, так і належним здійсненням окремих торговельних операцій зокрема.

Варто зауважити, що при виконанні нашого дослідження ми будемо виходити з вузького розуміння поняття товару. У вузькому значенні під *товаром* розуміється продукт праці, вироблений для обміну. *Товар* – це об'єкт, призначений для купівлі-продажу, з приводу якого взаємодіють покупці і продавці. *Товар* – це також продукт праці (виріб, уречевлений результат виконаних робіт, послуга), призначений для продажу, що спроможний задовольняти потреби суспільного виробництва чи населення, еквівалентна вартість якого має вираження в ціні (цінову визначеність). Товар виробляється не для власного споживання, а для обміну

і реалізується завдяки купівлі-продажу, поставки тощо¹. Торговельні операції, відповідно, розглядатимуться нами як такі, що опосередковують передачу певної продукції (як товару) у власність, господарське відання чи оперативне управління від однієї сторони договору до іншої за певну грошову суму та (або) в обмін на інший товар. Аналізу також потребує новітня судова практика вирішення господарських спорів, пов'язаних зі здійсненням торговельних операцій, які опосередковують виконання договорів купівлі-продажу, поставки, міни (бартеру) як найбільш розповсюджених видів господарсько-торговельних договорів, що ними, власне, і здійснюється договірне регулювання господарсько-торговельних відносин².

Важливість правильного оформлення торговельних операцій та коректного їх відображення у бухгалтерському обліку суб'єктів господарювання, наявність великої кількості господарських спорів, пов'язаних зі здійсненням торговельних операцій зумовили актуальність обраної теми дослідження.

Щодо ступеня наукової розробленості ознак і поняття торговельних операцій, способів подолання проблем на шляху до вирішення господарських спорів, пов'язаних зі здійсненням господарсько-торговельної діяльності загалом та (або) окремих торговельних операцій зокрема, належить визнати, що він сьогодні є недостатнім. Серед учених-правознавців питання порядку виконання господарських, зокрема й торговельних, операцій досліджували: О. Буткевич, О. Орлова, В. Резнікова, К. Смолов, К. Хрімлі та ін. Порядок здійснення та документарного оформлення торговельних операцій, записів щодо них у бухгалтерському обліку вивчали також представники економічної науки: В. Апопій, М. Барна, С. Голов, Н. Ільченко, В. Лагутін, Л. Ловінська, А. Мазаракі, І. Олексин, Н. Ситник, М. Чорна та ін. Проте у господарсько-правовій доктрині недостатньо дослідженими залишаються ознаки торговельних операцій як виду господарських операцій. Окремого аналізу потребує судова практика вирішення господарських спорів, пов'язаних зі здійсненням торговельних операцій, систематизація сформульованих із цього приводу ключових правових позицій Верховного Суду (зокрема Касаційного господарського суду в його складі), виокремлення новітніх тенденцій формування судової практики з означених питань.

Метою дослідження є виокремлення та розкриття ознак торговельних операцій як виду господарських, формулювання на їхній основі докт-

¹ Про це докладніше див.: В Резнікова та І Кравець, 'Класифікація товарів: господарсько-правовий аспект' [2019] 2 (53) Економіка та право 25–46.

² Докладніше про це йшлося у статті: В Резнікова та І Кравець, 'Поняття, види та склад торговельно-посередницьких правовідносин' (2019) 8 Право України 210–28.

ринального визначення поняття торговельної операції, встановлення взаємозв'язку між термінами “торговельна операція” і “господарсько-торговельний договір”, виокремлення особливостей вирішення господарськими судами спорів, пов'язаних зі здійсненням та оформленням суб'єктами господарювання торговельних операцій.

Господарська діяльність складається, як відомо, з господарських процесів, які, зі свого боку, поділяються на господарські операції. Господарські процеси мають дуалістичну природу. З одного боку, вони представлені господарюючими суб'єктами, які беруть у них участь, здійснюючи господарську діяльність, а з другого – ресурсами, які залучені до цих процесів і становлять їх матеріальну основу³. Дуалістична природа господарських процесів зумовлює й дуалістичну природу господарського обліку: правову природу господарського обліку, яка пов'язана також із контролем за діяльністю господарюючих суб'єктів, управління нею, та економічну природу, яка пов'язана з контролем за ефективністю використання ресурсів. У результаті економічна сторона господарського обліку розкриває ефективність господарських процесів та явищ, а правова – законність і правомірність відповідних дій. Цим господарський облік встановлює зв'язок між економікою та правом у процесі здійснення господарської діяльності. У вузькому розумінні господарська операція – це комплекс дій господарюючого суб'єкта, що орієнтовані на вирішення конкретного завдання у межах загальної господарської мети діяльності такого суб'єкта. За вказаним підходом під господарською операцією розуміється вольовий акт (спільний вольовий акт), вчинений у межах однієї із трьох стадій суспільного відтворення – виробництва, розподілу, обміну. Всі господарські операції суб'єкта господарювання є окремими фрагментами його загальної господарської діяльності незалежно від того, чи утворюють вони безпосередній предмет його діяльності. У широкому розумінні господарська операція трактується не лише як вольова дія, а й як подія, яка викликає зміни в структурі активів, зобов'язань і власному капіталі суб'єкта господарювання. За вказаним підходом більшість господарських операцій є наслідком вольових дій юридичних та фізичних осіб – учасників господарських відносин, які укладають угоди, здійснюють технологічні операції тощо. Водночас господарські операції можуть бути наявні у результаті певних подій, скажімо, явищ реальної дійсності, що трапляються незалежно від волевиявлення суб'єкта господарювання (стихійне лихо, моральний знос, інфляція тощо). Ознакою господарської операції є те, що якісно відрізняє її від інших операцій

³ В Резнікова та О Орлова, ‘Проблеми правового регулювання бухгалтерського обліку та фінансової звітності суб'єктів господарювання’ в *Актуальні проблеми господарського права (Особлива частина)* (Щербина В та Резнікова В ред, Ліра-К 2018) 394–7.

і дає можливість групувати однорідні господарські операції (наприклад, операції з реалізації продукції можуть різнитися за умовами поставок). Показники господарської операції забезпечують кількісну характеристику операції за допомогою відповідних вимірників (натуральних, трудових, грошових). Отже, господарські операції в сукупності становлять господарські процеси, які загалом формують господарський обіг засобів господарювання відповідного господарюючого суб'єкта⁴.

Визначення поняття “господарська операція” міститься у нормативно-правових актах різної юридичної сили. Зокрема, відповідно до абзацу 5 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про бухгалтерський облік та фінансову звітність” (далі – Закон) “господарська операція – дія або подія, яка викликає зміни в структурі активів та зобов'язань, власному капіталі підприємства”⁵. Схоже визначення міститься у п. 2.1 Положення про документальне забезпечення записів у бухгалтерському обліку (далі – Положення), відповідно до якого “господарські операції – це факти підприємницької та іншої діяльності, що впливають на стан майна, капіталу, зобов'язань і фінансових результатів”⁶. На нашу думку, всі господарські операції (зокрема й торговельно-посередницькі) суб'єкта господарювання є окремими фрагментами його загальної господарської діяльності незалежно від того, чи утворюють вони безпосередній предмет його діяльності⁷.

Необхідним у цілях нашого дослідження є визначення ознак торговельної операції та на їх основі – формулювання поняття торговельної операції. Перш за все підкреслимо, що терміни “господарська операція” та “торговельна операція” співвідносяться між собою як загальне та спеціальне, тобто кожна торговельна операція є господарською, але не навпаки.

У законодавстві містяться легальні визначення поняття торговельної операції. Зокрема, відповідно до п. 3 Інструкції про порядок приймання, транспортування, зберігання, відпуску та обліку нафти і нафтопродуктів на підприємствах і організаціях України “торговельна операція – операція між постачальником та споживачем, що полягає у визначенні об'єму або маси нафти і нафтопродуктів для подальших облікових операцій”⁸.

⁴ Резнікова та Орлова (н 3) 394–7.

⁵ Про бухгалтерський облік та фінансову звітність: Закон України від 16 липня 1999 р. № 996-XIV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-14>> (дата звернення: 03.06.2020).

⁶ Про затвердження Положення про документальне забезпечення записів у бухгалтерському обліку: наказ Міністерства фінансів України від 24 травня 1995 р. № 88 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0168-95>> (дата звернення: 04.06.2020).

⁷ В Резнікова, “Теоретичні проблеми регулювання посередництва у сфері господарювання України” (дис д-ра юрид наук, 2011) 46.

⁸ Інструкція про порядок приймання, транспортування, зберігання, відпуску та обліку нафти і нафтопродуктів на підприємствах і організаціях України: затверджена наказом Міністерства палива та енергетики України, Міністерства транспорту та зв'язку України, Міністерства економіки України, Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 20 травня 2008 р. № 281/171/578/155 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0805-08>> (дата звернення: 05.06.2020).

В окремих нормативно-правових актах визначені поняття окремих видів торговельних операцій, наприклад, прямого продажу як торговельної операції⁹, операцій РЕПО¹⁰, бартерних (товарообмінних) операцій¹¹ та ін.

З огляду на призначення та характер торговельних операцій, на нашу думку, обґрунтованим є виокремлення таких їх ознак:

1) торговельна операція опосередковує перехід права власності (чи похідного від нього права: господарського відання, оперативного управління) на товар від однієї сторони (продавця, постачальника) до іншої сторони (покупця);

2) перехід права власності (чи похідного від нього права: господарського відання, оперативного управління) на товар відбувається за плату (може бути виражена у грошовій або негрошовій формі);

3) метою здійснення торговельної операції для продавця (постачальника) є отримання прибутку;

4) метою здійснення торговельної операції для покупця може бути: перепродаж; інвестування; використання товару у своїй господарській діяльності як оборотного активу, для виробничого споживання (наприклад, купівля сировини для виробництва продукції); забезпечення провадження власної господарської діяльності (наприклад, купівля виробничого обладнання, оргтехніки, канцтоварів, паливно-мастильних матеріалів для експлуатації службового транспорту тощо);

5) наслідок – реальний рух активів, зміна майнового стану суб'єкта господарювання;

6) відображаються у первинних бухгалтерських документах, а також оформлюються іншими документами, що опосередковують рух матеріальних активів і грошових коштів.

Наявність зазначених ознак лише в сукупності характеризує певну господарську операцію як торговельну. Тож *торговельна операція – це господарська операція, яка опосередковує перехід права власності (чи похідного від нього права: господарського відання, оперативного управління) на товар від продавця (постачальника) до покупця на платній основі, внаслідок чого відбувається реальний рух активів, зміна майнового стану суб'єкта господарювання.*

Потрібно встановити співвідношення та зв'язок між термінами “торговельна операція” і “господарсько-торговельний договір”. На думку

⁹ Технічний регламент щодо неавтоматичних зважувальних приладів: затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 16 грудня 2015 р. № 1062 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1062-2015-%D0%BF>> (дата звернення: 04.06.2020).

¹⁰ Положення про функціонування фондових бірж: затверджене рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 22 листопада 2012 р. № 1688 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z2082-12>> (дата звернення: 09.06.2020).

¹¹ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>> (дата звернення: 09.06.2020).

К. Смолова, поняття “правочин” і “господарська операція” співвідносяться між собою як загальне та окреме, тобто поняття “правочин” передбачає вчинення як однієї, так і декількох господарських операцій, що в кінцевому підсумку призведе до виникнення прав і обов’язків учасників цієї операції та спричинить зміни у їх майновому стані, а поняття “господарська операція” є своєрідним наповнювачем змісту відповідного правочину¹². На наше переконання, із таким твердженням не можна погодитися, оскільки в такому випадку необхідно було б визначити, що кожна господарська операція є правочином, але не кожний правочин є господарською операцією. Проте підстав для ототожнення правочину та господарської операції немає, наприклад, із метою виконання договору поставки здійснюються такі торговельні операції, як передача товару, оплата товару, повернення товару. Підписання договору поставки товару покупцем автоматично не призводить до визнання доходу в бухгалтерському обліку, а призводить господарська операція – передача товару.

Отже, щодо взаємозв’язку між термінами “торговельна операція” і “господарсько-торговельний договір” можна зробити висновок, що торговельними операціями опосередковується виконання господарсько-торговельних договорів.

Однією з найбільш поширених проблем у судовій практиці, пов’язаних зі здійсненням торговельних операцій, є доведення факту “реальності” такої господарської операції. Необхідно підкреслити, що підставою для бухгалтерського обліку господарських операцій є *первинні документи* (ст. 9 Закону та п. 2.2. Положення). У пункті 44.1 ст. 44 Податкового кодексу України (далі – ПК України) наголошується:

Для цілей оподаткування платники податків зобов’язані вести облік доходів, витрат та інших показників, пов’язаних з визначенням об’єктів оподаткування та/або податкових зобов’язань, на підставі *первинних документів* (курсив наш. – В. Р., І. К.), реєстрів бухгалтерського обліку, фінансової звітності, інших документів, пов’язаних з обчисленням і сплатою податків і зборів, ведення яких передбачено законодавством¹³.

Відповідно до абзацу 11 ст. 1 Закону “первинний документ – це документ, який містить відомості про господарські операції”¹⁴. Наприклад, до первинних документів належать: видаткова накладна, товарно-транс-

¹² К. Смолов, “Співвідношення понять “правочин” та “господарська операція” в контексті здійснення адміністративного судочинства” (2016) 9 Підприємництво, господарство і право 97–8.

¹³ Податковий кодекс України (н 11).

¹⁴ Про бухгалтерський облік та фінансову звітність (н 5).

портна накладна, акт виконаних робіт, прибутковий та видатковий касовий ордер тощо. Варто зауважити, що до 3 січня 2017 р. (дата набуття чинності Закону України “Про внесення змін до деяких законів України щодо усунення адміністративних бар’єрів для експорту послуг”¹⁵) первинні документи, крім того, що містили відомості про господарські операції, також підтверджували їх здійснення. На сучасному етапі розвитку господарського законодавства та законодавства про бухгалтерський облік первинні документи лише містять відомості про господарські операції. Тобто нині лише факт наявності первинних документів не підтверджує реального здійснення господарської операції.

Судова практика виходить із презумпції, що будь-які документи (зокрема й договори, накладні, рахунки тощо) мають силу первинних документів лише в разі фактичного здійснення господарської операції.

Для з’ясування правової природи як господарської операції (спірної поставки), так і договору (укладенням якого опосередковувалося виконання цієї операції) необхідно вичерпно дослідити фактичні права та обов’язки сторін у процесі виконання операції, фактичний результат, до якого прагнули учасники такої операції, та оцінити зміни майнового стану, які відбулися у сторін у результаті цієї операції (постанови Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду (далі – КГС ВС) від 29 березня 2018 р. № 910/6986/17¹⁶, від 30 січня 2019 р. № 911/5358/14¹⁷).

Визначальною ознакою господарської, зокрема й торговельної, операції є те, що внаслідок її здійснення має відбутися реальний рух активів, отже, судам у розгляді справи належить досліджувати, окрім обставин оформлення первинних документів, наявність або відсутність реального руху такого товару (як-то: обставини здійснення перевезення товару, поставленого за спірною видатковою накладною, обставини зберігання та використання цього товару у господарській діяльності покупця). У разі дефектів первинних документів і невизнання стороною факту постачання спірного товару, сторони не позбавлені можливості доводити постачання товару іншими доказами, які будуть переконливо свідчити про фактичні обставини здійснення постачання товару (постанови КГС ВС від 4 листопада 2019 р. № 905/49/15¹⁸, від 29 листопада 2019 р.

¹⁵ Про внесення змін до деяких законів України щодо усунення адміністративних бар’єрів для експорту послуг: Закон України від 3 листопада 2016 р. № 1724-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1724-19#n20>> (дата звернення: 04.06.2020).

¹⁶ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 29 березня 2018 р. № 910/6986/17 р. <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/73250329>> (дата звернення: 08.06.2020).

¹⁷ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 30 січня 2019 р. № 911/5358/14 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/79718801>> (дата звернення: 08.06.2020).

¹⁸ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 4 листопада 2019 р. № 905/49/15 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/85393893>> (дата звернення: 23.06.2020).

№ 914/2267/18¹⁹, від 29 січня 2020 р. № 916/922/19²⁰, від 10 лютого 2020 р. № 909/146/19²¹).

У контексті зазначеного, для наочності та як приклад, заслуговує на увагу постанова КГС ВС від 1 червня 2020 р. № 906/355/19²², яка містить правову позицію, згідно з якою податкова накладна може оцінюватися лише у сукупності з іншими доказами, проте не може бути єдиним доказом, на підставі якого суд встановлює факт постачання товару покупцю та його прийняття ним, проте, оцінюючи податкові накладні у сукупності з іншими доказами у справі, суди повинні враховувати положення ПК України та фактичні дій як постачальника, так і покупця щодо відображення ними в податковому та бухгалтерському обліку постачання спірного товару. Слід зазначити, що подібні висновки вже раніше викладав КГС ВС у постановках від 4 листопада 2019 р. у справі № 905/49/15 та від 29 січня 2020 р. у справі № 916/922/19. Тому докази виконання торговельної операції мають досліджуватися судом у всій їх повноті та в сукупності.

Без реального факту здійснення господарської операції навіть за наявності первинних документів вони юридичних наслідків не створюють (тобто і в обліку відобразитися не можуть). Адже документи мають силу первинних документів для вирішення судових справ лише в разі фактичного здійснення господарської операції²³. КГС ВС наголошує, що фактичне здійснення господарської операції повинно підтверджуватися, зокрема, і реальним джерелом походження товару (його виробництва, попередньої купівлі тощо) в обсязі, зазначеному у первинному документі. Первинні документи бухгалтерського та податкового обліку (податкові накладні, акти приймання-передачі виконаних робіт (наданих послуг) тощо) не є достатніми доказами фактичного виконання операцій у сукупності з виявленими фактами щодо фіктивної діяльності контрагента без належної оцінки судом таких фактів та, відповідно, встановлення належного виконання зобов'язання за договором²⁴.

Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду (далі – КАС ВС) наголошує, що правові наслідки у вигляді виникнення пра-

¹⁹ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 29 листопада 2019 р. № 914/2267/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/85972236>> (дата звернення: 25.06.2020).

²⁰ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 29 січня 2020 р. № 916/922/19 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/87329918>> (дата звернення: 23.06.2020).

²¹ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 10 лютого 2020 р. № 909/146/19 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/87711813>> (дата звернення: 25.06.2020).

²² Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 1 червня 2020 р. № 906/355/19 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/89578746>> (дата звернення: 25.06.2020).

²³ 'Первинний документ: роль в обліку та вимоги до оформлення' (Інтерактивна бухгалтерія, 13.05.2019) <<https://interbuh.com.ua/ua/documents/ib/9310/59170>> (дата звернення: 26.06.2020).

²⁴ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 5 червня 2018 р. № 911/915/15 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/74538831>> (дата звернення: 29.06.2020).

ва платника податку на формування податкового кредиту наступають лише у разі реального (фактичного) вчинення господарських операцій з придбання товарів (робіт, послуг) із метою їх використання у своїй господарській діяльності, що пов'язані з рухом активів, зміною зобов'язань чи власного капіталу платника, та відповідають економічному змісту, відображеному в укладених платником податку договорах, що має підтверджуватись належним чином оформленими первинними документами. Аналіз реальності господарської діяльності повинен здійснюватися на підставі даних податкового, бухгалтерського обліку платника податків та відповідності їх дійсному економічному змісту. При цьому в первинних документах, які є підставою для бухгалтерського обліку, фіксуються дані лише про фактично здійснені господарські операції (постанови КАС ВС від 15 серпня 2019 р. № 810/2614/13-а²⁵, від 18 лютого 2020 р. № 803/861/15-а²⁶).

У постанові КАС ВС від 6 березня 2018 р. № 804/5444/16 зазначена правова позиція:

Якщо господарська операція фактично не відбулася, то первинні документи, складені платником податку та його контрагентом на підтвердження такої операції, не відповідають дійсності та свідчать про відсутність у сторін волевиявлення щодо реального здійснення господарської операції²⁷.

Необхідно наголосити, що відповідно до судової практики предметом позову не можуть бути обставини, які виступають доказами у справі, зокрема, підписання актів приймання-передачі, оскільки такі акти підтверджують наявність або відсутність юридичних фактів, які входять до підстав позову. Захист майнового або немайнового права чи законного інтересу відбувається через прийняття судом рішення про примусове виконання відповідачем певних дій або зобов'язання утриматись від їх вчинення. А механізми примусового виконання такого рішення як зобов'язання суб'єкта господарювання підписати певний первинний документ, наприклад, акт приймання-передачі, відсутні. Як зазначено в постанові Вищого господарського суду України від 18 січня 2017 р. № 914/1128/16²⁸ – зобов'язання відповідача підписати акти приймання

²⁵ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 15 серпня 2019 р. № 810/2614/13-а <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83691950>> (дата звернення: 29.06.2020).

²⁶ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 18 лютого 2020 р. № 803/861/15-а <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87683149>> (дата звернення: 25.06.2020).

²⁷ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 6 березня 2018 р. № 804/5444/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72693919>> (дата звернення: 25.06.2020).

²⁸ Постанова Вищого господарського суду України від 18 січня 2017 р. № 914/1128/16 <https://protocol.ua/postanova_vgsu_vid_18_01_2017_roku_u_spravi_914_1128_16> (дата звернення: 18.06.2020).

вугілля не тільки суперечить встановленим чинним законодавством способам захисту цивільних прав, а й є втручанням у господарську діяльність суб'єкта господарювання, що, як наслідок, призводить до порушення його вільного волевиявлення.

Наведену позицію підтримує і Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП ВС), яка в своїй постанові наголошує, що заявлена позивачем у цій справі вимога про зобов'язання відповідача надати акт приймання-передачі електроенергії за договором купівлі-продажу не приводить до поновлення порушеного права позивача та, у разі її задоволення, не може бути виконана у примусовому порядку, оскільки відсутній механізм виконання такого рішення. Також ВП ВС зазначає, що спори про зобов'язання надати чи підписати акт приймання-передачі товару не можуть бути розглянуті й у порядку іншого (ніж господарське) судочинства (постанова ВП ВС від 11 вересня 2018 р. № 905/1926/16; 12-187гс18²⁹).

Цікавою також є судова практика щодо того, яким чином необхідно доводити здатність контрагентів виконати прийняті на себе договірні зобов'язання, за які їм були сплачені кошти.

Зокрема, Верховний Суд України (далі – ВСУ), ставлячи під сумнів господарські операції платника податків із контрагентами, підкреслив, що у справі відсутні докази, які підтверджували б здатність контрагентів виконати прийняті на себе договірні зобов'язання, за які їм були сплачені кошти. Зокрема, судам слід було перевірити, чи має контрагент позивача управлінський та (або) технічний персонал, основні кошти, виробничі активи, складські приміщення, транспортні та інші засоби, що можуть свідчити про можливість здійснення ним операцій із поставки сировини; чи технічні умови виготовлення плівки ПЕТФ зобов'язували контрагента відшукувати саме суб'єктів господарювання, які з огляду на такі умови її виготовлення були спроможні поставити потрібну продукцію. Підлягають з'ясуванню й умови поставки сировини, зокрема, чи володіє контрагент виробничими та технологічними потужностями і має спеціально підготовлених працівників (персонал), за наявності яких може організувати та виконати поставку сировини для позивача, чи поставило воно насправді продукцію, якщо так, то як саме; що свідчить про її переміщення і доставку; як повинно було оформлятися виконання поставки; чи знав і чи не міг не знати платник податку про виробничий, технологічний і кадровий потенціал виконавця та його здатність виконати обумовлену поставку тощо (постанова ВСУ від 14 березня 2017 р. № 826/20366/13-а³⁰).

²⁹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 вересня 2018 р. № 905/1926/16; 12-187гс18 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76381805>> (дата звернення: 18.06.2020).

³⁰ Постанова Верховного Суду України від 14 березня 2017 р. № 826/20366/13-а <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66031900>> (дата звернення: 22.06.2020).

Проте в подальшому маємо діаметрально протилежну судову практику, зокрема, КАС ВС у постанові від 11 червня 2019 р. № 825/2387/18³¹ наголошує, що *відсутність у контрагента добросовісного платника податку матеріальних та трудових ресурсів не виключає можливості реального виконання ним господарської операції*, оскільки чинне законодавство не ставить умовою дійсності правочинів, а також виникнення податкових зобов'язань платника у залежність від стану податкового обліку його контрагентів, наявності чи відсутності в останніх основних фондів. Відсутність у контрагента добросовісного платника податку матеріальних і трудових ресурсів не виключає можливості реального виконання ним господарської операції та не свідчить про одержання необґрунтованої податкової вигоди покупцем, оскільки залучення працівників є можливим за договорами цивільно-правового характеру, аутсорсингу та аутстафінгу (оренда персоналу).

Така ж правова позиція зафіксована в постанові КАС ВС від 11 березня 2020 р. № 826/5678/18, а також зазначено, що основні та транспортні засоби можуть перебувати в постачальника на праві оренди або лізингу³².

Схожа позиція зафіксована в постанові КАС ВС від 21 лютого 2020 р. № 815/253/16:

Відсутність у контрагента добросовісного платника податку, яким є позивач, матеріальних та трудових ресурсів, не виключає можливості реального виконання таким платником господарської операції, та не свідчить про одержання необґрунтованої податкової вигоди покупцем, оскільки залучення інших субпідрядників (працівників чи організацій) є можливим за умовами укладених між позивачем і вказаними вище контрагентами договорів³³.

Також слід наголосити, що в судовій практиці сформувалася позиція на користь добросовісного контрагента, зокрема, зазначено, що норми податкового законодавства не ставлять у залежність достовірність даних податкового обліку платника податків від дотримання податкової дисципліни його контрагентами, якщо цей платник (покупець) мав реальні витрати у зв'язку з придбанням товарів (робіт, послуг), призначених для використання у його господарській діяльності. Порушення певними постачальниками товару (робіт, послуг) у ланцюгу постачання вимог податкового законодавства чи правил ведення господарської діяльності

³¹ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 11 червня 2019 р. № 825/2387/18 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82349303>> (дата звернення: 22.06.2020).

³² Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 11 березня 2020 р. № 826/5678/18 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88245697>> (дата звернення: 24.06.2020).

³³ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 21 лютого 2020 р. № 815/253/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87758646>> (дата звернення: 23.06.2020).

не може бути підставою для висновку про порушення покупцем товару (робіт, послуг) вимог закону щодо формування витрат і податкового кредиту, тому платник податків (покупець товарів (робіт, послуг)) не повинен зазнавати негативних наслідків, зокрема у вигляді позбавлення права на формування витрат і податковий кредит, за можливу неправомірну діяльність його контрагентів за умови, якщо судом не встановлено фактів, які свідчать про обізнаність платника податків щодо такої поведінки контрагента та згадженість дій між ними (постанови КАС ВС від 12 червня 2018 р. № 826/11879/13-а³⁴, від 30 серпня 2019 р. № 804/17176/14³⁵, від 21 лютого 2020 р. № 815/253/16³⁶, від 18 березня 2020 р. № 817/822/16³⁷ та ін.).

Документи, створені засобами обчислювальної техніки на машинних носіях, застосовуються у бухгалтерському обліку за умови надання їм юридичної сили і доказовості. Таку доказовість надають первинним документам обов'язкові та додаткові реквізити. Відповідно до п. 2.4 Положення:

Первинні документи повинні мати такі обов'язкові реквізити: найменування підприємства, установи, від імені яких складений документ, назва документа (форми), дата складання, зміст та обсяг господарської операції, одиниця виміру господарської операції (у натуральному та/або вартісному виразі), посади і прізвища осіб, відповідальних за здійснення господарської операції і правильність її оформлення, особистий підпис або інші дані, що дають змогу ідентифікувати особу, яка брала участь у здійсненні господарської операції³⁸.

Залежно від характеру операції та технології обробки даних до первинних документів можуть бути включені додаткові реквізити: ідентифікаційний код підприємства, установи з Державного реєстру, номер документа, підстава для здійснення операцій, дані про документ, що засвідчує особу-одержувача тощо.

Відповідно до ч. 2 ст. 9 Закону:

Неістотні недоліки в документах, що містять відомості про господарську операцію, не є підставою для невизнання господарської операції, за умо-

³⁴ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 12 червня 2018 р. № 826/11879/13-а <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74616885>> (дата звернення: 25.06.2020).

³⁵ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 30 серпня 2019 р. № 804/17176/14 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83943341>> (дата звернення: 24.06.2020).

³⁶ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 21 лютого 2020 р. № 815/253/16 (н 33).

³⁷ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 18 березня 2020 р. № 817/822/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88277819>> (дата звернення: 24.06.2020).

³⁸ Положення про документальне забезпечення записів у бухгалтерському обліку (н 6).

ви, що такі недоліки не перешкоджають можливості ідентифікувати особу, яка брала участь у здійсненні господарської операції, та містять відомості про дату складання документа, назву підприємства, від імені якого складено документ, зміст та обсяг господарської операції тощо³⁹.

У судовій практиці знайшло продовження це законодавче положення. Зокрема, у постанові КГС ВС від 4 липня 2018 р. № 908/733/16 вказано:

<...> неістотні недоліки в документах, що містять відомості про господарську операцію (в первинних документах), зокрема відсутність зазначення посади і прізвища особи, відповідальної за здійснення господарської операції і правильність її оформлення, за наявності на документі підпису матеріально-відповідальної особи, завіреного печаткою покупця (у даному випадку печаткою покупця, на якій зазначено конкретні адреси місць поставки товару, що дає змогу ідентифікувати особу, яка приймала товар), а також за наявності на первинних документах відомостей про дату складання документа, назву підприємства, від імені якого складено документ, зміст та обсяг господарської операції тощо, не є підставою для визнання господарської операції такою, що не відбулась, за умови, що достовірність здійснення господарських операцій за такими первинними документами підтверджена іншими належними доказами у справі, зокрема доказами, які свідчать про відображення здійснення спірних господарських операцій з поставки та отримання товару в податковому обліку господарських товариств⁴⁰.

Відсутність у видатковій накладній назви посади особи, яка отримала товар за цією накладною, за наявності її підпису у цій накладній, який засвідчений відтиском печатки самої юридичної особи, не може свідчити про те, що така особа є неуповноваженою чи що така видаткова накладна є неналежним доказом у справі. Відтиск печатки на видатковій накладній є свідченням участі юридичної особи у здійсненні господарської операції за цією накладною (постанови КГС ВС від 20 грудня 2018 р. № 910/19702/17⁴¹, від 29 січня 2020 р. № 916/922/19⁴²).

Що стосується печаток на видаткових накладних, то також є правова позиція – висновок почеркознавчої експертизи не має вирішального значення для вирішення спору, якщо видаткові накладні містять відтиск печатки особи, якщо нею не надано доказів на підтвердження втрати,

³⁹ Про бухгалтерський облік та фінансову звітність (н 5).

⁴⁰ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 4 липня 2018 р. № 908/733/16 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/75135295>> (дата звернення: 23.06.2020).

⁴¹ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 20 грудня 2018 р. № 910/19702/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/78749962>> (дата звернення: 23.06.2020).

⁴² Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 29 січня 2020 р. № 916/922/19 (н 20).

викрадення печатки, або що печатка іншим незаконним шляхом вибула з її володіння (постанова КГС ВС від 28 січня 2020 р. № 914/1019/16⁴³).

Відсутність реквізитів довіреності (на підставі якої діяли уповноважені особи відповідача при прийнятті товару) за наявності інших первинних документів, що підтверджують здійснення господарської операції з передачі товару, не може заперечувати таку господарську операцію (постанова КГС ВС від 20 грудня 2018 р. № 910/19702/17⁴⁴).

КАС ВС у своїй постанові від 21 серпня 2018 р. № 815/4295/16⁴⁵ також наголошує, що формальні помилки в первинних документах не мають бути вирішальною ознакою безтоварності здійснених господарських операцій. Оцінка господарських операцій повинна даватись на підставі комплексного, всебічного аналізу специфіки та умов укладення конкретного правочину з обов'язковим врахуванням його господарської мети, економічної доцільності, а також використання отриманих товарів чи послуг у подальшій діяльності підприємства.

І в подальшому КГС ВС підтверджує, що накладна є належним документом, який підтверджує оформлення договірних відносин між сторонами. Порушення правил оформлення первинних документів не спричиняє їх недійсність, але безпосередньо впливає на можливість доведення стороною обставин, на підтвердження яких вона подала відповідні документи (постанова КГС ВС від 4 червня 2019 р. № 915/905/16⁴⁶).

Нині судовою практикою надано цілісне правове розуміння такого документа, як акт звірки взаємних розрахунків у контексті його значення як доказу здійснення господарської операції, яке можна звести до таких основних положень: 1) сам собою акт звірки розрахунків не є належним доказом факту здійснення будь-яких господарських операцій: поставки, надання послуг тощо, оскільки не є первинним бухгалтерським обліковим документом; 2) підписання акта звірки, у якому зазначено розмір заборгованості, уповноваженою особою боржника, та підтвердження наявності такого боргу первинними документами свідчить про визнання боржником такого боргу; 3) відповідно до вимог чинного законодавства бухгалтер, який підписав акт звірки, має такі повноваження у межах здійснення ним бухгалтерського обліку та посадових обов'язків; 4) підписання відповідачем актів звірки взаємних розрахунків за відповідними договорами поставок, перериває перебіг строку позовної давності,

⁴³ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 28 січня 2020 р. № 914/1019/16 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/87329204>> (дата звернення: .15.06.2020).

⁴⁴ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 20 грудня 2018 р. № 910/19702/17 (н 41).

⁴⁵ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 21 серпня 2018 р. № 815/4295/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76035347>> (дата звернення: 30.06.2020).

⁴⁶ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 4 червня 2019 р. № 915/905/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82249333>> (дата звернення: 28.06.2020).

та є вчиненням відповідачем (боржником) дій, що свідчать про визнання ним свого боргу. У зв'язку з цим згідно з ч. 3 ст. 167 Цивільного кодексу України⁴⁷ перебіг строку позовної давності після переривання починається заново (постанови КГС ВС від 5 березня 2019 р. № 910/1389/18⁴⁸, від 18 квітня 2019 р. № 910/493/18⁴⁹).

У судовій практиці є позиції щодо того, який первинний документ є підтвердження тієї чи іншої операції, зокрема, товарно-транспортні накладні є доказом факту перевезення (переміщення) товару, натомість факт передання товару та, відповідно, набуття права власності на нього має підтверджуватись видатковою накладною (постанова КАС ВС від 12 червня 2018 р. № 826/11879/13-а⁵⁰).

Первинні документи можуть бути складені в електронному вигляді або на папері. Наголошуємо, що електронний документ, який складено відповідно до вимог чинного законодавства та містить усі необхідні реквізити, має таку ж юридичну силу, як і документ, складений у паперовому вигляді та має бути підписаний електронним підписом уповноваженої особи.

Щодо дати складання первинних документів, то відповідно до ч. 5 ст. 9 Закону 'господарські операції повинні бути відображені в облікових регістрах у тому звітному періоді, в якому вони були здійснені'⁵¹.

Керівник підприємства, установи забезпечує фіксування фактів здійснення всіх господарських операцій, що були проведені, у первинних документах та виконання всіма підрозділами, службами і працівниками правомірних вимог головного бухгалтера або особи, яка забезпечує ведення бухгалтерського обліку підприємства, щодо порядку оформлення та подання для обліку відомостей і документів.

Керівником підприємства, установи затверджується перелік осіб, які мають право давати дозвіл (підписувати первинні документи) на здійснення господарської операції, пов'язаної з відпуском (витрачанням) грошових коштів і документів, товарно-матеріальних цінностей, нематеріальних активів та іншого майна. Кількість осіб, які мають право підписувати документи на здійснення операцій із видачі особливо дефіцитних товарів і цінностей, бланків суворої звітності, повинно бути обмежено.

Первинні документи підлягають обов'язковій перевірці (у межах компетенції) працівниками, які ведуть бухгалтерський облік, за формою

⁴⁷ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 28.05.2020).

⁴⁸ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 5 березня 2019 р. № 910/1389/18 <<https://verdictum.ligazakon.net/document/80268095?ch=1032862>> (дата звернення: 28.05.2020).

⁴⁹ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 18 квітня 2019 р. № 910/493/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/81268459>> (дата звернення: 28.05.2020).

⁵⁰ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 12 червня 2018 р. № 826/11879/13-а (н 34).

⁵¹ Про бухгалтерський облік та фінансову звітність (н 5).

і змістом, тобто перевіряється наявність у документі обов'язкових реквізитів та відповідність господарської операції чинному законодавству у сфері бухгалтерського обліку, логічна ув'язка окремих показників.

Висновки. До ознак торговельних операцій можна віднести такі: торговельна операція опосередковує перехід права власності (чи похідного від нього права: господарського відання, оперативного управління) на товар від однієї сторони (продавця, постачальника) до іншої сторони (покупця); перехід права власності (чи похідного від нього права: господарського відання, оперативного управління) на товар відбувається за плату (може бути виражена у грошовій або негрошовій формі); метою здійснення торговельної операції для продавця (постачальника) є отримання прибутку; метою здійснення торговельної операції для покупця може бути: перепродаж; інвестування; використання товару у своїй господарській діяльності як оборотного активу, для виробничого споживання (наприклад, купівля сировини для виробництва продукції); забезпечення провадження власної господарської діяльності (наприклад, купівля виробничого обладнання, оргтехніки, канцтоварів, паливно-мастильних матеріалів для експлуатації службового транспорту тощо); наслідок – реальний рух активів, зміна майнового стану суб'єкта господарювання; відображаються у первинних бухгалтерських документах, а також оформлюються іншими документами, що опосередковують рух матеріальних активів і грошових коштів. Наявність зазначених ознак лише в сукупності характеризує певну господарську операцію як торговельну. Тож *торговельна операція – це господарська операція, яка опосередковує перехід права власності (чи похідного від нього права: господарського відання, оперативного управління) на товар від продавця (постачальника) до покупця на платній основі, внаслідок чого відбувається реальний рух активів, зміна майнового стану суб'єкта господарювання.*

Взаємозв'язок між термінами “торговельна операція” та “господарсько-торговельний договір” полягає у тому, що торговельними операціями опосередковується виконання господарсько-торговельних договорів.

Аналіз і систематизація судової практики вирішення господарських спорів, пов'язаних зі здійсненням торговельних операцій, дають підстави також для таких ключових висновків:

- лише факт наявності підписаних первинних документів не підтверджує реальне здійснення торговельної операції;
- оскільки визначальною ознакою торговельної операції є наявність реального руху активів, то суди досліджують, окрім обставин оформлення первинних документів, наявність або відсутність реального руху такого товару, зокрема, обставини здійснення перевезення товару, поставленого за спірною видатковою накладною, обставини зберігання та використання цього товару у господарській діяльності покупця тощо;

– предметом позову не можуть бути обставини, які виступають доказами у справі, зокрема, підписання первинних документів, оскільки такі документи підтверджують наявність або відсутність юридичних фактів, які входять до підстав позову. Механізми примусового виконання такого рішення як зобов'язання суб'єкта господарювання підписати певний первинний документ, наприклад, акт приймання-передачі відсутні;

– відсутність у контрагента добросовісного платника податку матеріальних і трудових ресурсів не виключає можливості реального виконання ним господарської операції та не свідчить про одержання необґрунтованої податкової вигоди покупцем, оскільки залучення працівників є можливим за договорами цивільно-правового характеру, аутсорсингу й аутстафінгу (оренда персоналу), а основні та транспортні засоби можуть перебувати в постачальника на праві оренди або лізингу;

– порушення правил оформлення первинних документів не спричиняє їх недійсність, але безпосередньо впливає на можливість доведення стороною обставин, на підтвердження яких вона подала відповідні документи.

REFERENCES

Bibliography

Edited book

1. Rieznikova V ta Orlova O, 'Problemy pravovoho rehuliuвання bukhgalterskoho obliku ta finansovoi zvitnosti sub'iektiv hospodariuvannia' ['Problems of Legal Regulation of Accounting and Financial Reporting of Business Entities'] v *Aktualni problemy hospodarskoho prava (Osoblyva chastyna)* [Actual Problems of Economic Law (Special Part)] (Shcherbyna V ta Rieznikova V red, Lira-K 2018) (in Ukrainian).

Journal articles

2. Rieznikova V ta Kravets I, 'Klasyfikatsiia tovariv: hospodarsko-pravovyi aspekt' ['Classification of Goods: Economic and Legal Aspect'] [2019] 2 (53) 25–46 (in Ukrainian).
3. Rieznikova V ta Kravets I, 'Poniattia, vydy ta sklad torhovelno-poserednytskykh pravovidnosyn' ['The Concept, Types and Composition of Trade and Intermediary Relations'] (2019) 8 Pravo Ukrainy (in Ukrainian).
4. Smolov K, 'Spivvidnoshennia poniat "pravochyn" ta "hospodarska operatsiia" v konteksti zdiisnennia administratyvnoho sudochynstva' ['The Relationship Between the Concepts of "Transactions" and "Business Transaction" in the Context of Administrative Proceedings'] (2016) 9 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo 97–8 (in Ukrainian).

Theses

5. Rieznikova V, 'Teoretychni problemy rehuliuвання poserednytstva u sferi hospodariuvannia Ukrainy' ['Theoretical Problems of Regulation of Mediation in the Sphere of Economy of Ukraine'] (dys d-ra yuryd nauk, 2011) (in Ukrainian).

Website

6. 'Pervynnyi dokument: rol v obliku ta vymohy do oformlennia' ['Primary Document: Role in Accounting and Design Requirements'] (*Interaktyvna bukhhalteriiia*, 13.05.2019)

НОВІТНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЩОДО РОЗГЛЯДУ ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРІВ...
<<https://interbuh.com.ua/ua/documents/ib/9310/59170>> (accessed: 26.06.2020) (in Ukrainian).

Viktoriiia Rieznikova
Iryna Kravets

LATEST TRENDS IN THE DEVELOPMENT OF JUDICIAL PRACTICE AS REGARDS CONSIDERATION OF ECONOMIC DISPUTES RELATING TO IMPLEMENTATION OF TRADING TRANSACTIONS

ABSTRACT. Efficient implementation of trading activities requires an appropriate accounting treatment of trading transactions and their recognition in accounting records of respective business entities. The relevance of the topic addressed in the article stems from the crucial role of correct accounting treatment of trading transactions, the presence of a large number of economic disputes related to implementation of trading transactions, and just a sketchy study of these issues in the economic law doctrine.

The purpose of this article is to identify and expand on the signs of trading transactions as a type of economic transactions, to formulate, on their basis, the doctrinal definition of the concept of trading transaction, to establish the linkage between the terms “trading transaction” and “economic trade contract”, to mark out the specifics arising when economic courts consider economic disputes relating to implementation of trading transactions and their record keeping by business entities.

It is proved that trading transactions are a type of economic transactions. The article also provides definitions of “economic transaction” and “trading transaction” taken from the regulatory legal framework of Ukraine. The author formulates the signs of trading transactions and, on their basis, offers own definition of the concept “trading transaction”. Besides, the author establishes the interrelation and linkage between the terms “trading transaction” and “economic trade contract”, in particular, the conclusion is made that trading transactions mediate the performance of economic trade contracts.

The analysis and systematization of case law on resolution of economic disputes relating to implementation of trading transactions allow formulating the following main conclusions. A mere availability of signed primary documents does not confirm that a trading transaction has really been carried out. To establish the fact of “reality” of a trading transaction (except for the circumstances of execution of primary documents), the courts investigate the circumstances of transportation of the goods delivered under the contested expenditure invoice, the circumstances of storage and use of the goods in economic activities of the buyer, and etc. Circumstances which are evidence in the case, in particular, signing of primary documents, may not be the subject matter of a lawsuit. Where the counterparty of a bona fide taxpayer does not have material and labor resources, this does not preclude the possibility that it really performed the economic transaction. If the rules of execution of primary documents are violated, this does not automatically entail their invalidity but affects the capability of the party to prove the circumstances in support of which it submitted the relevant documents.

KEYWORDS: economic transaction; trading transaction; primary document; economic trade contract; trading activity; accounting.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2020 • № 7 • 181-199

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

В умовах ринкової соціально-орієнтованої економіки, ускладнення відносин у сфері господарювання мета господарського процесуального права має полягати не тільки в ефективному захисті порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів окремих фізичних та юридичних осіб, а й у забезпеченні правового господарського порядку в країні. Забезпечення останнього як мети господарського судочинства означає необхідність: застосування економіко-правового підходу як методології судового пізнання та прийняття рішення у справі господарської юрисдикції; розвитку принципу пропорційності у господарському судочинстві; концентрації справ у господарській юрисдикції. Доктринальне розроблення мети господарського процесуального права має забезпечити наукове підґрунтя збереження і поглиблення спеціалізації господарського процесу на протипагу неадекватній відносинам у сфері господарювання суцільній уніфікації процесуального права України (Олена Белянєвич “Мета сучасного господарського процесуального права: доктринальний погляд”).

До системи джерел господарського процесуального права можна віднести не тільки нормативно-правові акти та міжнародні договори, які є основними (традиційними) джерелами, а й нетрадиційні (квазіджерела) (господарські договори, прецеденти тлумачення, правові звичаї, принципи права), які виникають у результаті правозастовної діяльності та є допоміжним інструментарієм, який може суттєво вплинути на упорядкування питання щодо вирішення господарського спору в судах господарської юрисдикції. Вони повинні застосовуватися на основі принципу субсидіарності відносно традиційних джерел господарського процесуального права.

Основними факторами впливу на трансформацію системи господарського процесуального права є: еволюція предмета господарського процесуального права, тобто звуження чи розширення переліку та характеру господарських спорів й інших правових питань; зміна національної правової системи, зокрема й у результаті конвергенції нетипових (для романо-германської правової сім'ї) процесуальних елементів (інститутів, механізмів, засобів захисту прав та інтересів); зміна режиму національної судової системи під впливом політичного режиму, історичного розвитку суспільства та держави, особливостей правової системи, правової культури населення тощо; посилення впровадження у міжнародний правовий простір, у результаті чого здійснюється розширення та визнання компетенції міжнародних судових установ, зокрема Європейського суду з прав людини; зміщення акцентів із формального підходу

в вирішенні господарських спорів до природних основ їх врегулювання (звичаєве право, правила ділового обігу, верховенство права) (НАТАЛЯ ІВАНЮТА, НАТАЛЯ ЗАГОРОДНЯ “Трансформація системи джерел господарського процесуального права”).

Юридична конструкція похідного позову дотепер остаточно не сформована на законодавчому рівні, і деякі питання вирішуються на рівні судової практики. У загальному вигляді похідний позов можна визначити як право акціонерів та (або) учасників юридичної особи звертатися до суду від імені та в інтересах такої юридичної особи з вимогою про відшкодування посадовою особою завданих їй діями чи бездіяльністю збитків, зокрема й після припинення повноважень такої посадової особи. І деякі недоліки та неузгодженості у регулюванні цього способу захисту необхідно усунути на законодавчому рівні найближчим часом для підвищення ефективності його застосування (ТЕТЯНА СТЕПАНОВА “Місце похідного позову в системі захисту у господарському судочинстві”).

Узагальнюючи проблеми нормативного визначення економічних спорів, можна запропонувати певні орієнтири на шляху до їх вирішення, зокрема:

1. *Економічний і правовий спір.* Визначення економічних спорів не повинно залишатися поза процесуальним законодавством. Ситуація з господарськими спорами, коли законодавці ігнорують юрисдикційність відповідних справ, є неприпустимою для економічних спорів. Вважаємо прийнятним введення у процесуальне законодавство терміна “економічно-правовий спір” на зразок “публічно-правового спору” у п. 2 ч. 1 ст. 4 Кодексу адміністративного судочинства України. При цьому потрібно буде “відсікти” економічну складову з публічно-правових спорів, щоб спори з суб’єктами організаційно-господарських повноважень не наділялися ознаками публічно-правового спору.

2. *Пов’язаність з економічною діяльністю.* Широке трактування економічного спору як “пов’язаного з економічною діяльністю” – це найкращий варіант, щоб прибрати темпоральний фактор здійснення економічної діяльності і не полишати управління, контроль, нагляд за економічною діяльністю тощо. Пов’язаність з економічною діяльністю усуває також питання доречності віднесення до юрисдикції господарських судів (судів, які розглядатимуть економічні спори) справ у спорах щодо інтелектуальної власності та приватизації комерційного майна з фізичними особами. Об’єкти інтелектуальної власності, як і приватизовані громадянами нежитлові приміщення, комерціалізуються у процесі здійснення економічної діяльності, а тому спори щодо відповідних об’єк-

тів можуть презюмуватися такими, що зумовлені майбутньою економічною діяльністю.

3. *Зміст економічної діяльності.* Незважаючи на всю самостійність господарського процесуального права, напрями його подальшого розвитку суттєво залежатимуть від подальшого розвитку економічного законодавства. Визначення поняття економічно-правового спору повинно базуватися на трактуванні економічної діяльності з майбутнього Економічного кодексу України. Вважаємо, що економічна діяльність повинна розкриватися не через процес здійснення такої діяльності (як у випадку з господарською діяльністю у чинному Господарському кодексі України (далі – ГК України)), а через результат, який досягається унаслідок її здійснення (як для ринку, так і для його суб'єктів).

4. *Економічна (не)компетентність.* Хотілось би помилятися у тому, що представники юридичної професії зазвичай не вміють мислити як економісти. Найяскравіше це проявляється тоді, коли судді не переймаються трансакційними витратами при вирішенні спору. Економічне мислення – це значно більше, аніж розуміння правил бухгалтерського обліку. Це знання особливостей маржинального аналізу, функціонування ринку та поведінки його суб'єктів, визначення ефективності та прогнозування впливу прийнятих рішень тощо. Юристи з економічних спорів мають досягти такого рівня розвитку здатності до економічної рефлексії, щоб назавжди вийти за межі поверхнево-побутового сприйняття економічних рішень як “прибуткових” або “збиткових”.

5. *Легкість словозміни.* На жаль, словозміна “господарське” на “економічне” залишається найпростішим і найзручнішим варіантом. Лише колективними зусиллями кожного, хто задіяний у судовому вирішенні економічних спорів, можна вивести існуючу господарську процесуальну форму на якісно новий рівень розвитку, передбачуваності та самодостатності (Олександр Худенко “Проблеми нормативного визначення економічних спорів”).

Можна виокремити дисциплінуючу функцію процесуальних строків у господарському судочинстві, оскільки недотримання встановлених судом строків для подання заяв, скарг і документів унеможливує їх подання у майбутньому і надає суду право вирішити спір за наявними матеріалами справи. Господарський процесуальний кодекс України (далі – ГПК України) не застосовує єдину термінологію у частині регламентації процесуальних строків, що призводить до різного розуміння таких строків у господарському судочинстві та неоднакового застосування процесуальних норм. Законодавець в одній нормі права (ст. 177 ГПК України) передбачив, що підготовче провадження може тривати

до 60 днів із дня відкриття провадження у справі, а в іншій нормі права (ст. 195 ГПК України) – що розгляд справи по суті повинен розпочатися протягом все тих же 60 днів із дня відкриття провадження у справі. З чого випливає, що початок розгляду справи по суті збігається із закриттям підготовчого засідання. Проте такий висновок суперечить положенням ч. 3 ст. 201 ГПК України. Вихід із колізії вбачається у чіткому встановленні порядку обчислення процесуальних строків. ГПК України передбачає можливість безмежного поновлення строку на апеляційне оскарження, що, безумовно, суперечить принципу правової визначеності. Вихід із такої ситуації полягає у наданні права касаційній інстанції скасувати судові рішення апеляційної інстанції, прийняті внаслідок порушення ч. 2 ст. 261 ГПК України. Вбачається необхідність у встановленні реального строку розгляду скарг на дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи органу державної виконавчої служби або приватного виконавця в один місяць із дати надходження відповідної скарги (Андрій Бутирський “Окремі аспекти застосування процесуальних строків”).

Штраф являє собою міжгалузевий правовий інститут, оскільки він має місце як у матеріальному, так і в процесуальному праві, проте виконує не зовсім одну й ту саму роль. У процесуальних галузях права слід визнати певну інтеграцію правового регулювання, яка полягає в усуненні прогалин і дублювань у правовому регулюванні одноманітних або схожих правовідносин, зокрема й процесуальних правовідносин, що виникають між судом та учасниками справи у процесі вирішення господарської справи. З урахуванням уніфікації процесуальних кодексів, що відбулася наприкінці 2017 р., нині штрафу в господарському процесі притаманні здебільшого загальні процесуальні ознаки, а саме: штраф є грошовим стягненням у дохід держави з власних коштів правопорушника; штраф стягується із правопорушника за вчинення ним процесуального правопорушення; порядок стягнення та оскарження судового рішення про застосування штрафу до порушника в галузевих процесах з огляду на схожі положення про штраф у галузевих процесуальних кодексах є однаковим; аналогічні функції штрафу в галузевих процесах, які полягають у запобіганні вчиненню процесуальних правопорушень, стимулюванні до їх виправлення у разі вчинення, а також у покаранні тих порушників, які не тільки допустили у своїй поведінці правопорушень, а й не доклали жодних або достатніх зусиль для виправлення наслідків допущених правопорушень. До спеціальних процесуальних ознак можна віднести, по-перше, те, що штраф у господарському процесі покликаний захищати права та інтереси учасників господарської справи, а також на досягнення завдань господарського судочинства, а по-друге, розміри

штрафів, передбачені за порушення адміністративних і цивільних процесуальних норм за аналогічні процесуальні правопорушення, є нижчими, аніж у господарському судочинстві. Щодо визначення судового штрафу з урахуванням його місця в господарському судочинстві, то штраф – це форма господарської процесуальної відповідальності, що полягає в накладенні господарським судом грошового стягнення у дохід держави на особу, що вчинила господарське процесуальне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 135 ГПК України, через постановлення відповідної ухвали з метою спонукання учасників процесу до добросовісного користування процесуальними правами, а також до сумлінного виконання своїх процесуальних обов’язків (Вікторія Рєзнікова, Марія Курей “Штраф як форма господарсько-процесуальної відповідальності”).

Наказне провадження є одним із проявів спрощення господарської процесуальної форми. Безспірність грошової вимоги у наказному провадженні презюмується, але не є обов’язковою умовою видачі судового наказу, оскільки господарський суд, вирішуючи питання про видачу судового наказу, має у своєму розпорядженні лише докази, надані заявником. Умовами видачі судового наказу є: 1) із заявою про видачу судового наказу може звернутися особа, якій належить право вимоги; 2) заява про видачу судового наказу подається до суду першої інстанції за загальними правилами підсудності; 3) заборгованість повинна мати грошовий характер за договором; 4) сума вимоги не перевищує 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; 5) презюмування безспірності грошової заборгованості; 6) заявником і боржником у наказному провадженні можуть бути виключно юридичні особи та фізичні особи – підприємці; 7) штрафні санкції не можуть бути предметом судового наказу. Сьогодні можемо констатувати альтернативність застосування наказного і спрощеного позовного провадження, яке може пізніше трансформуватися ще у загальне позовне провадження. Наявність такої альтернативи у заявника затягує процес і перевантажує суддів, оскільки завдяки цьому одна й та сама справа може двічі розглядатися судом – спочатку за правилами наказного, а потім спрощеного позовного провадження. У зв’язку з цим вважаємо за необхідне посилити у законодавстві імперативні засади розмежування наказного, спрощеного позовного і загального позовного провадження (Ірина Бутирська “Наказне провадження у господарському судочинстві”).

Розвиток інституту врегулювання спору за участю судді у господарському судочинстві розвантажить суддів, прискорить вирішення спорів та, як наслідок, зменшить кількість апеляційних і касаційних скарг. У деяких випадках цей інститут може бути використаний як засіб для зятя-

гування розгляду справи, відводу судді, тобто зловживання процесуальними правами. Але його треба розглядати насамперед як засіб правового виховання та впровадження правової культури не тільки учасників справи, а й зміни суспільної свідомості та переорієнтації її на вирішення спорів на засадах примирення (Людмила Ніколенко, Сергій Масловський “Деякі аспекти врегулювання спору за участю судді у господарському судочинстві”).

Робота суддею – це постійне випробування на професійну майстерність, людську мудрість і вдале вирішення конфліктних ситуацій. Бути суддею – це величезна відповідальність. Усі судді є різними, на жаль, не всім вдається уникнути помилок при ухваленні судових рішень, але не слід забувати, що судова влада виправляє власні помилки через систему апеляції, не розраховуючи на те, що кожна справу розглядатиме ідеальний суддя. Судовий процес сповнений емоцій, проте суддя має усвідомлювати своє покликання та при ухваленні судового рішення повинен залишатися неупередженим і контролювати власні емоції та поведінку (Олена Черненко “Емоційна складова судового рішення”).

Аналіз правової основи розгляду господарськими судами спорів за участю іноземних осіб вказує на застосування до таких справ національного режиму провадження, окрім особливостей, які встановлено, зокрема, у: ГПК України (щодо підсудності справ, доказування та доказів, зупинення провадження, залишення позову без розгляду, звернення із судовим дорученням тощо); інших законах (щодо процесуальної правоздатності та дієздатності іноземних осіб, підсудності, виконання судових доручень, банкрутства, застосовуваного права, визнання та виконання рішень судів тощо); підзаконних нормативно-правових актах (щодо порядку легалізації іноземних документів, вимог до змісту контрактів тощо); нормах міжнародних договорів, що стали частиною національного законодавства (щодо юрисдикції та підсудності справ, умов прийняття судом справ до розгляду, порядку надання взаємної правничої допомоги, вручення судових документів, отримання за кордоном доказів, легалізації іноземних офіційних документів, вимог до форми та змісту арбітражної угоди, мирових угод, укладених сторонами спору, визнання та виконання судових рішень тощо); господарські договори (щодо вибору господарського суду, який розглядатиме справу, та матеріального права).

Водночас практика застосування відповідних норм при зверненні до суду іноземних осіб вказує на необхідність подальшої конкретизації окремих положень щодо участі таких осіб у судовому процесі, а саме: 1) на рівні ГПК України: уточнення положень щодо підсудності спорів

за участю іноземної особи, зокрема доповнення положеннями щодо договірної підсудності з нерезидентом з уточненням питання щодо необхідності врахування контрагентами при визначенні у договорі відповідного пункту правил територіальної підсудності; регламентація питання щодо визначення суду у випадку підсудності справи за місцезнаходженням відповідача, коли він є нерезидентом, а сторони визначили, що справа підлягає вирішенню в господарських судах без уточнення конкретного суду; визначення питання щодо можливості передбачити у договорі будь-який господарський суд в Україні, який буде розглядати справу чи це може бути тільки суд за місцезнаходженням резидента України; доповнення положеннями щодо підвідомчості спору господарському суду у випадках, якщо сторони не визначили в договорі, який суд розглядатиме спори; розширення компетенції господарських судів, шляхом віднесення до їх підвідомчості справ у спорах, що виникають у зв'язку зі здійсненням господарської діяльності через оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу, а також про визнання та надання дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу, іноземного суду; доповнення підставами визнання арбітражних угод недійсними та такими, що не можуть бути виконані; 2) на рівні міжнародних договорів – ратифікація Конвенції про угоди про вибір суду; 3) на рівні підзаконних нормативно-правових актів – конкретизація Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів) в частині рекомендацій щодо формулювання розділу зовнішньоекономічного договору щодо урегулювання спорів у судовому порядку з огляду на неможливість вибору сторонами норм процесуального права при розгляді справи у господарських судах. Реалізація таких пропозицій сприятиме впорядкуванню законодавства щодо розгляду господарським судом спорів за участю іноземних осіб та надаватиме сторонам спору за участю іноземного елемента додаткові гарантії їхніх прав (Антоніна Бобкова, Валерія Новошицька “Правова основа розгляду господарським судом спорів за участю іноземних осіб”).

У Кодексі України з процедур банкрутства (далі – КзПБ) є багато описок, колізій та прогалин, які сьогодні доводиться долати правозастосовним органам. У ГПК України містяться посилання на нечинний Закон України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”, що створює колізії для судів. У зв'язку з чим слід замінити у ГПК України посилання на нього, відповідно, на КзПБ. Передбачений у ГПК України для позовного провадження загальний порядок розгляду справи абсолютно не підходить для процедури банкрутства і на практиці взагалі не застосовується судами.

Тому п. 1 ч. 4 ст. 247 ГПК України слід виключити. Статті 37, 38 КзПБ, приписи яких регламентують залишення без руху або повернення заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство, зовсім не унормовують випадки, які стосуються недоліків самої заяви і не дають можливості застосовувати у цих обставинах відповідні норми ГПК України. Відповідно до цього у зазначені статті КзПБ слід додати положення, що будуть стосуватися вимог до самої заяви. Поширення загальних положень ГПК України без урахування особливостей процедури банкрутства для вирішення спорів майнового характеру у межах справи про банкрутство може заблокувати саму процедуру банкрутства. Необхідно: синхронізувати ці два процеси; обмежити строк розгляду майнових спорів 30 днями; скоротити кількість судових рішень щодо таких спорів, які підлягають оскарженню; чітко встановити сторін та учасників цього відокремленого процесу. Варто встановити чіткі умови відкриття провадження у справі про банкрутство, поставивши їх у залежність від стійкої неплатоспроможності боржника. Необхідно скоротити кількість судових рішень, які підлягають апеляційному оскарженню у процедурі банкрутства завдяки процесуальним актам, прийнятим із малозначних та організаційних питань. При цьому слід розширити перелік судових рішень, які підлягають касаційному перегляду, включивши туди акти, які приймаються щодо припинення повноважень керівника боржника або органів управління (ч. 2 ст. 40 КзПБ) та визнання збиткових і заінтересованих угод (ст. 42 КзПБ) (Валерія Радзивілюк, Родіон Поляков “Проблеми застосування господарсько-процесуальних норм у процедурі банкрутства (неспроможності)”).

Спір, що виникає із договорів про надання небанківських фінансових послуг (далі – НФП), можна визначити як правовий конфлікт між учасниками господарських відносин на ринках НФП, що виникає при укладанні, зміні, розірванні, виконанні та визнанні недійсними договорів про надання НФП. Спори, що виникають із договорів про надання НФП, поділяються на п’ять основних груп, кожна з яких – на підгрупи, а також класифікуються за предметною ознакою. Спори, що виникають із договорів про надання НФП, розглядаються господарським судом за таких умов: участь у спорі суб’єкта господарювання; наявність між сторонами господарських відносин і спору про право, що виникає з відповідних відносин; наявність у законі норми, що прямо передбачала б вирішення відповідного спору; відсутність у законі норми, що прямо передбачала б вирішення такого спору судом іншої юрисдикції (Анастасія Попова “Процесуальні особливості розгляду спорів, що виникають із договорів про надання небанківських фінансових послуг”).

Судова практика підтверджує, що використання земельної ділянки без оформлення правостановлюючих документів є правопорушенням, оскільки користування земельною ділянкою без оформлення прав фактично обмежує право законного власника отримувати дохід у виді плати за використання і за яке повинна наступати певна юридична відповідальність, оскільки збитки виникають саме внаслідок використання земельної ділянки без оформлення у встановленому порядку права користування нею. Крім того, відповідно до ст. 152 Земельного кодексу України (далі – ЗК України) власник земельної ділянки або землекористувач може вимагати усунення будь-яких порушень його прав на землю, навіть якщо ці порушення не пов'язані з позбавленням права володіння земельною ділянкою, і відшкодування завданих збитків. Захист прав громадян та юридичних осіб на земельні ділянки здійснюється через, зокрема, відшкодування заподіяних збитків. Ба більше, з правового аналізу зазначених вище норм матеріального права випливає, що саме на землекористувача покладається обов'язок вчинення певних дій, направлених на оформлення права користування земельною ділянкою, та дає змогу зробити висновок, що у разі неоформлення правостановлюючих документів для користування земельною ділянкою з вини користувача настають правові наслідки, передбачені у ст. 157 ЗК України. Незважаючи на те, що зі змісту поняття “неодержаний дохід” використання земельної ділянки без правостановлюючих документів не є неодержаним доходом, але загалом правова природа збитків у цьому разі проявляється в тому, що сторона втрачає те, на що вона могла б розраховувати при належному виконанні іншою стороною обов'язків, передбачених чинним законодавством, що повністю відповідає положенням статей 22, 623 Цивільного кодексу України, ст. 225 ГК України, статей 152, 156 ЗК України, а саме: доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). У будь-якому разі застосування відповідальності вирішується виключно судом з урахуванням усіх обставин справи та наявності всіх доведених ознак правопорушення. З огляду на це назріла потреба в реформуванні законодавства щодо стягнення збитків за використання земельних ділянок без оформлення правостановлюючих документів, зокрема: внесення відповідних змін до ЗК України про підставу стягнення збитків без оформлення правостановлюючих документів і додатково – до підзаконних актів щодо підстави та методики розрахунку розмірів збитків (Вадим Попелюк “Щодо деяких аспектів відповідальності за використання земельних ділянок без оформлення правостановлюючих документів за практикою Верховного Суду”).

До ознак торговельних операцій можна віднести такі: торговельна операція опосередковує перехід права власності (чи похідного від нього права: господарського відання, оперативного управління) на товар від однієї сторони (продавця, постачальника) до іншої сторони (покупця); перехід права власності (чи похідного від нього права: господарського відання, оперативного управління) на товар відбувається за плату (може бути виражена у грошовій або негрошовій формі); метою здійснення торговельної операції для продавця (постачальника) є отримання прибутку; метою здійснення торговельної операції для покупця може бути: перепродаж; інвестування; використання товару у своїй господарській діяльності як оборотного активу, для виробничого споживання (наприклад, купівля сировини для виробництва продукції); забезпечення провадження власної господарської діяльності (наприклад, купівля виробничого обладнання, оргтехніки, канцтоварів, паливно-мастильних матеріалів для експлуатації службового транспорту тощо); наслідок – реальний рух активів, зміна майнового стану суб'єкта господарювання; відображаються у первинних бухгалтерських документах, а також оформлюються іншими документами, що опосередковують рух матеріальних активів і грошових коштів. Наявність вказаних ознак лише в сукупності характеризує певну господарську операцію як торговельну. Отже, *торговельна операція – це господарська операція, яка опосередковує перехід права власності (чи похідного від нього права: господарського відання, оперативного управління) на товар від продавця (постачальника) до покупця на платній основі, внаслідок чого відбувається реальний рух активів, зміна майнового стану суб'єкта господарювання. Взаємозв'язок між термінами “торговельна операція” і “господарсько-торговельний договір”* полягає у тому, що торговельними операціями опосередковується виконання господарсько-торговельних договорів.

Аналіз і систематизація судової практики вирішення господарських спорів, пов'язаних зі здійсненням торговельних операцій, дають також підстави для таких важливих висновків: лише факт наявності підписаних первинних документів не підтверджує реальне здійснення торговельної операції; оскільки визначальною ознакою торговельної операції є наявність реального руху активів, то суди досліджують, окрім обставин оформлення первинних документів, наявність або відсутність реального руху такого товару, зокрема: обставини здійснення перевезення товару, поставленого за спірною видатковою накладною, обставини зберігання та використання цього товару у господарській діяльності покупця тощо; предметом позову не можуть бути обставини, які є доказами у справі, зокрема підписання первинних документів, оскільки такі документи під-

тверджують наявність або відсутність юридичних фактів, які входять до підстав позову. Механізми примусового виконання такого рішення, як зобов'язання суб'єкта господарювання підписати певний первинний документ, наприклад, акт приймання-передачі, відсутні; відсутність у контрагента добросовісного платника податку матеріальних і трудових ресурсів не виключає можливості реального виконання ним господарської операції та не свідчить про одержання необґрунтованої податкової вигоди покупцем, оскільки залучення працівників є можливим за договорами цивільно-правового характеру, аутсорсингу та аутстафінгу (оренда персоналу), а основні та транспортні засоби можуть перебувати в постачальника на праві оренди або лізингу; порушення правил оформлення первинних документів не спричиняє їх недійсність, але безпосередньо впливає на можливість доведення стороною обставин, на підтвердження яких вона подала відповідні документи (Вікторія Рєзнікова, Ірина Кравець “Новітні тенденції розвитку судової практики щодо розгляду господарських спорів, пов'язаних зі здійсненням торговельних операцій”).

*За редакцією
координаторки актуальної теми
“Доктрина господарського процесуального права України”
докторки юридичних наук, професорки,
завідувачки кафедри господарського права та господарського процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
Вікторії Рєзнікової*

Вибрана бібліографія з актуальної теми
“ДОКТРИНА ГОСПОДАРСЬКОГО
ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ”

1. Бутирський А, *Моделі вирішення господарських спорів у країнах Східної Європи* (Прут 2013).
2. Загородня Н, *Джерела господарського процесуального права* (Дакор 2019).
3. Іванюта Н, *Функції господарського процесуального права: теоретико-практичні аспекти* (Фенікс 2018).
4. Ніколенко Л, *Перегляд судових актів у господарському судочинстві* (Юго-Восток 2013).
5. Ніколенко Л та Іванюта Н, *Господарське процесуальне право України* (Дакор 2020).
6. Степанова Т, *Процесуальний статус учасників позовного провадження у господарському судочинстві: теоретико-правові та праксеологічні аспекти* (Фенікс 2017).
7. Радзивілюк В, *Правове регулювання банкрутства юридичних осіб в Україні* (Ліра-К 2020).

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА



Петро Пацурківський

доктор юридичних наук, професор,
декан юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(Чернівці, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5081-7842>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com//rid/D-5476-2016>
p.patsurkivskyi@chnu.edu.ua

Руслана Гаврилюк

докторка юридичних наук, доцентка,
завідувачка кафедри публічного права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(Чернівці, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6750-4340>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com//rid/D-5380-2016>
r.havrylyuk@chnu.edu.ua



УДК 340.12

ЛЮДСЬКЕ ПРАВО НА МЕДІАЦІЮ

Людина – невільник власних потреб
Дам'ян Федорика

АНОТАЦІЯ. Метою статті є обґрунтування медіації як цінності у ролі одного із вроджених невід'ємних людських прав.

Предмет, мета і завдання дослідження визначили базові методологічні інструменти статті: практичну філософію та матеріальну феноменологію, які є ефективними інструментами пізнання такого “незримого”, за свідченням М. Анрі, “як сфера інтерсуб’єктивності”, а також потребний підхід, який уможливив аналіз буттєвих витоків медіації через трансцендентальні потреби індивідів у благах. Із їхньою допомогою: розкрито квінтесенцію позитивістської концепції правової природи медіації як інституту судової медіації; досліджено основи людиноцентристської концепції правової природи медіації; обґрунтовано ключові положення оцінки та висновки дослідження.

Медіація згідно з антропосоціокультурним підходом до правопізнання має подвійну правову природу. Вона зумовлена атрибутивними людині її буттєвими влас-

тивостями та буттєвим устроєм людського світу. Це апіорі відносить медіацію як цінність до вроджених і невідчужуваних людських прав. Будучи породженням основоположного (потребового) способу співбуття індивідів у соціумі та водночас системою їх взаємопов'язаних правових зобов'язань, за допомогою яких утворюється примирене суспільне середовище, медіація є також суспільним благом, тому повинна гарантуватись кожною державою. Отже, медіація – взаємний правовий самозахист індивідів. Найефективнішою натеper правовою моделлю співпраці держави і громадянського суспільства із впровадження медіації у повсякденну практику у країнах – членах Європейського Союзу зарекомендувало себе державно-приватне партнерство інституційного типу.

У позитивістській традиції правопізнання медіація розглядається як один із допоміжних засобів вдосконалення державного правосуддя.

Ключові слова: медіація; обов'язкова судова медіація; людське право на медіацію; позитивістська концепція правової природи медіації; людиноцентристська концепція правової природи медіації.

Людський світ раз за разом постає перед несподіваними та небезпечними викликами, які щоразу мають неповторну природу. Майже так само часто людству не вдається відразу достовірно розшифрувати антропосоціокультурний код відповідного історичного виклику та виробити адекватні йому відповіді, відшукати нову необхідну матрицю власної соціальної самоорганізації. У цих випадках величезні ресурси та зусилля, що витрачаються людством на подолання історичного виклику, приносять запізнiлі у часі та відносно незначні порівняно з реальними потребами результати, а знайдені рішення проблем виявляються ліками не від тих хвороб, що вразили людство. Саме так сталося у новітній людській історії з появою у багатьох країнах світу, зокрема й Україні, медіації.

У США медіація як альтернатива державному правосуддю з'явилася в останній чверті ХХ ст. у відповідь на кризу американського правосуддя, а також унаслідок системної кризи усього американського державоцентристського суспільства, яке впродовж останньої третини ХХ ст. трансформувалося у суспільство людиноцентристське.

У державах – членах Європейського Союзу (далі – ЄС) медіація як альтернатива державному правосуддю почала впроваджуватися наприкінці ХХ ст. Європейська Рада у 1999 р. закликала держави – члени ЄС до активного використання медіації¹. Як і у США, цьому також передували криза систем правосуддя держав – членів ЄС і більш глобальна системна криза державоцентристських матриць суспільного устрою цих же держав і стрімкий перехід їх до людиноцентристської моделі суспільного устрою. Точкою біфуркації і межею переходу водночас від держа-

¹ European Union: Council of the European Union, Presidency Conclusions, Tampere European Council (15–16 October 1999) <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm> (accessed: 01.04.2020).

воцентристської парадигми суспільного розвитку до його людиноцентристської парадигми послужило падіння у прямому та переносному розумінні Берлінської стіни.

Комітет Міністрів Ради Європи на межі XX–XXI ст. виробив і запропонував державам – членам ЄС низку парадигмально нових рекомендацій у сфері цивілізованого розв’язання правових спорів і конфліктів: Рекомендацію № R (98) 1 щодо медіації у сімейних справах²; Рекомендацію № R (99) 19 щодо медіації у кримінальних справах³; Рекомендацію Rec (2001) 9 щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами й сторонами – приватними особами⁴; Рекомендацію Rec (2002) 10 щодо медіації у цивільних справах⁵. У всіх цих документах медіація розглядалась як альтернативний судовому спосіб вирішення переважної більшості спорів у суспільстві.

Європейський Парламент та Рада до зазначених вище актів, спрямованих на укорінення медіації у країнах – членах ЄС, додали низку нових документів, а саме: 21 травня 2008 р. ухвалили Директиву 2008/52/ЄС “З певних аспектів медіації в цивільних та комерційних справах”⁶, у 2008 р. – першу Директиву 2009/52/ЄС з питань позасудового вирішення спорів у сфері споживання, а 21 травня 2013 р. – другу Директиву щодо альтернативного вирішення спорів у сфері споживання⁷. Світоглядний та методологічний підходи у цих документах були аналогічними таким же підходам у зазначених вище рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи.

Україна також виявилася “вагітною” медіацією. Очевидні ознаки цього з’явилися водночас із перемогою Революції Гідності, яка, як і зазначені

² Рекомендація № R (98) 1 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо медіації в сімейних справах, ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 616 засіданні заступників міністрів 21 січня 1998 р. <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/R_98_1_1998_01_21.pdf> (дата звернення: 22.06.2020).

³ Рекомендація № R (99) 19 Комітету Міністрів Ради Європи державами-членам щодо медіації в кримінальних справах, ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 679 засіданні заступників міністрів 15 вересня 1999 р. <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/R_99_19_1999_09_15.pdf> (дата звернення: 22.06.2020).

⁴ Рекомендація Rec (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами й сторонами – приватними особами, ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 762 засіданні заступників міністрів 5 вересня 2001 р. <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Rec_2001_9_2001_09_05.pdf> (дата звернення: 22.06.2020).

⁵ Рекомендація Rec (2002) 10 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо медіації в цивільних справах Ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 808 засіданні заступників міністрів 18 вересня 2002 р. <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Rec_2002_10_2002_09_18_1.pdf> (дата звернення: 22.06.2020).

⁶ Директива 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах [2008] OJ L 136, 2452008/C 3-8.

⁷ Директива 2013/11/ЄС Європейського Парламенту і Ради про альтернативне вирішення спорів у сфері споживання [2013] OJ L 165, 18062013/C 63; Регламент 2006/2004 Європейського Парламенту і Ради ЄС про співробітництво між національними органами влади по виконанню положень в галузі захисту прав споживачів [2004] OJ L 364, 9.12.2004/C 1–11; Директива 2009/22/ЄС про альтернативне вирішення спорів за участю споживачів [2009] OJ L 165, 18.6.2013, р. 63–79; Регламент (ЄС) 524/2013 Європейського Парламенту та Ради про онлайн вирішення спорів у сфері споживання [2013] OJ L 165, 18.6.2013, р. 1–12.

події у США та державах – членах ЄС, стала точкою біфуркації та межею переходу водночас українського соціуму від державоцентристської до людиноцентристської моделі суспільного розвитку. Криза судової системи в Україні виявилася ще гострішою, ніж аналогічні кризи, які передували запровадженню медіації у США та державах – членах ЄС. Підписання Україною у 2014 р. Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони створило сприятливі зовнішньополітичні передумови для впровадження у правову систему України європейської моделі медіації (ст. 1)⁸.

Проте Україна пішла іншим шляхом, трансформувавши у 2016 р. положення ст. 124 Конституції України у її редакції 1996 р., ‘юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі’⁹ на таке:

Юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи. Законом може бути визначений обов’язковий досудовий порядок урегулювання спору¹⁰.

Вітчизняний законодавець оперативно скористався з цієї конституційної новели й у жовтні 2017 р. прийняв Закон України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”¹¹. Цими змінами де-факто було задекларовано вітчизняному соціуму про народження у системі позитивного права України нового законодавчого інституту – інституту обов’язкової судової медіації. Проте на відміну від інститутів медіації США, держав – членів ЄС, які являють собою альтернативу їх правосуддю, медіація в Україні такою альтернативою не стала.

Серед низку причин цього явища вагома роль належить *недостатньому та односторонньому доктринальному розробленню правової природи феномену медіації* у вітчизняній юридичній науці. Зокрема, про це прямо пише один із відомих медіаторів України Т. Кисельова: ‘<...> медіація

⁸ Див.: Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011> (дата звернення: 01.04.2020).

⁹ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 01.04.2020).

¹⁰ Там само.

¹¹ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147%D0%B0-19>> (дата звернення: 01.04.2020).

є новим, поки що мало дослідженим явищем для правової науки України¹². Не відрізняється від наведеної вище й оцінка ступеня наукової розробленості проблеми, яка обґрунтована українськими вченими-юристами – Г. Єрмоєнко та А. Комбіковою¹³. І хоча впродовж останнього десятиліття кількість учених-правників, які розробляють проблематику медіації, помітно зросла, якісно ситуація не змінилася. Нині найактивніше розробляють проблематику медіації з позитивістських методологічних підходів Н. Мазаракі, А. Біцай, Н. Вознюк, Л. Бурова, С. Йосипенко, Н. Крестовська, Л. Романадзе, Ю. Притика, В. Землянська, О. Перепадя, А. Яценко, Н. Нестор, А. Вишневська та низка інших учених-юристів.

Р. Гаврилюк аналізує у постановочному аспекті правову природу медіації зі світоглядно та методологічно протилежних підходів – як вислід буттєвих властивостей людини¹⁴, як людське право на медіацію¹⁵, та доводить, що правова природа медіації також зумовлена буттєвим устроєм людського світу¹⁶. Однак такий антропосоціокультурний підхід до вивчення правової природи медіації нині є в Україні швидше винятком, аніж сформованою пізнавальною традицією.

Не приділили належної уваги вивченню цієї проблеми і зарубіжні вчені – вони переважно аналізують техніки і технології медіації, практичний досвід її здійснення¹⁷.

Водночас в Україні змінилося інше – з'явився чітко викристалізований суспільний запит на успішне впровадження медіації у повсякденну практику, на її адекватне наукове пізнання. Одним із переконливих свідчень цього є, зокрема, внесення упродовж останніх півтора десятка років близько двох десятків законопроектів про медіацію на розгляд Верховної

¹² Т Кисельова, 'Правове регулювання відносин із надання послуг медіації у зарубіжних країнах' (2011) 11–12 *Право України* 225.

¹³ Г Єрмоєнко та А Комбікова, 'Про проект закону "Про медіацію" в Україні' (2011) 11–12 *Право України* 223.

¹⁴ Руслана Гаврилюк, 'Правова природа медіації як вислід буттєвих властивостей людини' (2018) 3 *Право України* 128–43.

¹⁵ Р Гаврилюк, 'Медіація як засіб захисту прав людини versus право на медіацію як безпосереднє людське право' в *Права людини та публічне врядування. Збірник матеріалів всеукраїнського форуму* (Ковбас І уклад, 2018) 34–7; Р Гаврилюк, 'Право на медіацію' в Крестовська Н та Романадзе Л (ред), *Медіація у професійній діяльності юриста* (Екологія 2019) 144–51.

¹⁶ Р Гаврилюк, 'Зумовленість правової природи медіації буттєвим устроєм людського світу' (2018) 5 *Право України* 184–95.

¹⁷ N Alexander, 'The mediation metamodel: Understanding practice' [2008] 26 (1) *Conflict Resolution Quarterly* 97; N Alexander, *Global trends in mediation* (Kluwer Law International 2006); Robert Baruch Bush and Joseph P Folger, *The promise of mediation: The transformative approach to conflict* (John Wiley & Sons 2004); L Boulle and M Netic, *Mediation: principles, process, practice* (Butterworths 2001); Lon L. Fuller, 'Mediation – its forms and functions' [1970] 44 (2) *Southern California Law Review* 305; Carrie J Menkel-Meadow and Lela Porter-Love, *Mediation: Practice, policy, and ethics* (2nd ed, Wolters Kluwer Law & Business 2014); Carrie J Menkel-Meadow, 'The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices' (1995) 11 *Negotiation Journal* 217; Carrie J Menkel-Meadow, 'The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural world' (1996) 38 *William & Mary Law Review* 5; Neal Milner, 'Mediation and political theory: A critique of Bush and Folger' [1996] 21 (3) *Law & Social Inquiry* 737; John Van Winkle, *Mediation: A Path back for the Lost Lawyer* (American Bar Association 2004).

Ради України, але жоден із них не подолав навіть порогу першого читання у Парламенті.

Метою дослідження є обґрунтування медіації як цінності у ролі одного з вроджених невід’ємних людських прав. Ця мета конкретизується у таких завданнях: розкрити квінтесенцію позитивістської концепції правової природи медіації; дослідити основи людиноцентристської концепції правової природи медіації; обґрунтувати ключові положення, оцінки та висновки з предмета статті. Предмет, мета і завдання дослідження визначили базові методологічні інструменти статті, а саме: практичну філософію та матеріальну феноменологію, які є ефективними інструментами пізнання такого “незримого”, за свідченням М. Анрі, “як сфера інтерсуб’єктивності”¹⁸, а також потребний підхід, який уможливило аналіз буттєвих витоків медіації через трансцендентальні потреби індивідів у благах.

1. Позитивістська концепція правової природи медіації. Ця концепція є особливим випадком позитивістської доктрини права загалом. Нині позитивістська доктрина продовжує залишатися домінуючою в Україні. Наприкінці ХХ – на початку ХХІ ст. вона суттєво оновилася, відмовилася від низки власних крайніх, ортодоксальних постулатів попередніх історичних епох, до певної міри мімікрувала у напрямку включення у себе деяких нових загальнолюдських цінностей. Утім, у своїй основі вона продовжує залишатися незмінною: зводить багатогранний феномен права до позитивного права, а останнє тлумачить як сукупність юридичних норм та інститутів; не перестає тлумачити право в усіх його проявах як атрибут і продукт держави; визнає тільки ціннісно-нейтральне поняття права, згідно з яким його норми встановлюються державою безвідносно до будь-яких цінностей¹⁹. Це робить позитивістську доктрину права соціокультурно та інструментально обмеженою, неспроможною пояснити суспільні явища складної природи, одним із яких є медіація.

В Україні ще не сформувалася цілісна позитивістська концепція медіації. Поки що вона існує у формі еkleктичної сукупності окремих рефлексій певної частини учених-юристів, які досліджували раніше або вивчають зараз явище медіації загалом чи окремі його сторони зокрема. Аналіз їхніх досліджень правової природи медіації дає змогу виокремити як спільні для більшості із них підходи до її тлумачення, так і деякі відмінності непринципового характеру між ними.

Насамперед вітчизняних репрезентантів позитивістської концепції медіації об’єднує визнання за державою виключного права на легіти-

¹⁸ Michel Henry, *Phenomenologie matérielle* (Presses Universitaires de France 1990).

¹⁹ Див.: N Simmonds, ‘Philosophy of Law’ in *The Blackwell Companion to Philosophy* (Bunnin N and Tsui James E P eds, 1996); R Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Verlag Karl Alber Freiburg 2005).

мацію медіації як інституту вирішення спорів у формі закону. На думку Г. Єрьоменко та А. Комбікової, узаконення медіації у такий спосіб ‘підняло б рівень довіри до [цієї] послуги – адже вона визнається державою’²⁰.

Н. Вознюк, досліджуючи принципи альтернативних способів вирішення господарсько-правових спорів, резюмує, що їх сторони ‘мають керуватися чинним законодавством та положеннями договору, укладеного між ними’. Зі свого боку, умови такого договору також повинні відповідати принципу законності. Зміст останнього вчена зводить до такого: це ‘верховенство закону; єдність законності, доцільність законності, реальність законності, гарантованість законності, обов’язковість законності; зв’язок законності та демократії, контроль за її дотриманням’²¹.

Все зазначене вище фактично нівелює будь-які можливі диспозитивні норми регулювання надання послуг медіації та залишає тільки імперативні норми.

Другою спільною рисою більшості досліджень авторів, які поділяють позитивістську концепцію медіації, є позиціонування останньої як допоміжного інституту у системі державного правосуддя. Н. Мазаракі з цього приводу недвозначно зазначає: ‘<...> місце [медіації] в державній системі вирішення спорів’, а також медіація, згідно з твердженням, має водночас ‘статус складової у реалізації права на доступ до правосуддя’²². Це чітка доктринальна позиція. Її поділяє і Д. Коноваленко: ‘Україна пішла на впровадження концепції судової медіації’, за якою остання стає ‘однією зі стадій судового провадження’²³.

Аксіомою медіації є вирішення конфліктів та спорів, що виникають між суб’єктами суспільних відносин, самими їх носіями за допомогою посередника (медіатора, в іншій термінології). Чи можливе таке вирішення у процесі так званої судової медіації? Згідно з ч. 1 ст. 124 Конституції України: ‘Правосуддя в Україні здійснюють виключно суди’²⁴. Тобто все без винятку, що потрапляє на судовий розгляд, вирішується винятково судом.

У Законі України “Про судоустрій і статус суддів” уточнюється, що суди уповноважені державою діяти тільки ‘відповідно до визначених

²⁰ Єрьоменко та Комбікова (н 13) 218.

²¹ Н. Вознюк, ‘Принципи альтернативних способів вирішення господарсько-правових спорів’ (2013) 11 Право України 375.

²² Н. Мазаракі, ‘Теоретико-правові засади запровадження медіації в Україні’ (автореф дис д-ра юрид наук, 2019) 12.

²³ Дмитро Коноваленко, ‘Судова медіація – challenge для України’ (*Юридична газета online*, 26.10.2017) <<https://yur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/sudova-mediacya--challenge-dlya-ukrayini.html>> (дата звернення: 01.04.2020).

²⁴ Конституція України (н 9).

законом процедур судочинства²⁵. Стаття 15 уточнює: ‘Справи в судах розглядаються суддею одноособово, а у випадках, визначених процесуальним законом, – колегією суддів, а також за участю присяжних. Суддя, який розглядає справу одноособово, діє як суд’²⁶.

А якою є роль інших учасників судового процесу? Законодавець у зазначеному вище Законі дав вичерпну відповідь і на це запитання:

Ніхто не може бути обмежений у праві на отримання в суді усної або письмової інформації про результати розгляду його судової справи. Будь-яка особа має право на вільний доступ до судового рішення в порядку, встановленому законом²⁷.

Тобто інші учасники судового процесу є об’єктами судової процедури. Вони не мають можливості самостійно вирішувати свою справу у суді. Навіть у цивільному судочинстві, у якому діє принцип диспозитивності, згідно зі ст. 12 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) ‘суд <...> керує ходом судового процесу’²⁸, а відповідно до ст. 13 “суд розглядає справи”. І хоча згідно з цим Законом ‘кожна сторона повинна довести обставини, які мають значення для справи і на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків, встановлених цим Кодексом’²⁹, тільки суду надано право оцінювати докази на предмет відповідності чи невідповідності їх вимогам закону. Нарешті, відповідно до ст. 18 ЦПК України:

Судові рішення, що набрали законної сили, обов’язкові для усіх органів державної влади і органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, посадових чи службових осіб та громадян і підлягають виконанню на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, – і за її межами³⁰.

У межах державного правосуддя, зокрема такої його складової, як судова медіація, суб’єкти – носії протиріч і спорів фактично перетворені заздалегідь на *об’єкти державних процедур* щодо їх же конфліктів і спорів. У цій парадигмі вирішення людських конфліктів та спорів вони перестають бути носіями власних прав, а їхні природні та невідчужувані

²⁵ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>> (дата звернення: 01.04.2020).

²⁶ Там само.

²⁷ Там само.

²⁸ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів (н 11).

²⁹ Там само.

³⁰ Там само.

права різко обмежуються державою до рівня окремих повноважень, якими особи наділяються тією ж державою. Звідси так звана судова медіація зовсім протилежна парадигмі класичних (американської, європейської) моделей медіації й убезпечує не захист честі та гідності людини, що є також законодавчо легітимованим обов'язком суду, а прикриває їх припинення, нівелювання і навіть повне знищення.

Така практика перебуває у найгострішому протиріччі з вимогами системоутворюючої ст. 3 Конституції України:

Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави³¹.

Судова медіація без найменших перебільшень підпадає під матрицю так званої *об'єктної формули*, сформульованої ще у 50-х роках ХХ ст. відомим німецьким ученим-правником Г. Дюрігом: 'Людська гідність як така перебуває під ударом, якщо конкретну людину перетворюють на об'єкт, принижуючи її до статусу простого засобу, до розмінної величини'³². Прямим світоглядним джерелом, безпосереднім методологічним ключем "об'єктної формули" Г. Дюріга є *теорія об'єкта*, яку ще у ХVІІІ ст. обґрунтував І. Кант, зокрема, друга формула його категоричного імперативу – формула персональності. Ця формула категорично забороняє за будь-яких обставин утилізацію людини, перетворення її у річ. Вона вперше була обґрунтована І. Кантом у його "Основоположенні до метафізики звичаїв": 'Вчиняй так, щоб ти ніколи не ставився до людства, як у твоїй особі, так і в особі будь-кого іншого, тільки як до засобу, проте завжди водночас і як до мети'. А дещо пізніше філософ резюмує: '<...> людина – не річ, тобто не може використовуватись лише як засіб; вона повинна розглядатись з усіма своїми вчинками одночасно і як мета сама собою'³³.

Таким чином, судова медіація – не альтернатива судовому вирішенню конфліктів і спорів. Її найголовніша мета – зберегти монополію державного правосуддя у цій сфері суспільних відносин і максимально сприяти ідеології та політиці державоцентризму у суспільстві. Людині з її конф-

³¹ Конституція України (н 9).

³² Г Дюріг, 'Витяги із Архіву публічного права / Archiv des öffentlichen Rechtsn (F. Band 42, 1956) 117–157' в *Матеріали міжнародного науковопрактичного семінару "Людська гідність у праві Німеччини, Польщі та України"* (2016) 72–107.

³³ І Кант, *Сочинения на немецком и русском языках, т 3: Критика практического разума* (Камі 1997) 169.

ліктами і спорами у судовій медіації відведена роль засобу досягнення зазначеної вище мети, об'єкту державної процедури.

2. Людиноцентристська концепція правової природи медіації. Як і позитивістська концепція медіації, ця концепція також перебуває на етапі її становлення й інституційної формалізації. Вона розглядає медіацію як самостійний інститут правової системи суспільства поза межами державного правосуддя, ба більше, як інститут, альтернативний державному правосуддю. З останнім їх поєднує лише об'єкт правового регулювання – це незнищенні у межах людської природи антагоністичні протиріччя та конфлікти, які є постійним атрибутом людського буття. Як з'ясовано Р. Гаврилюк, саме ці протиріччя і конфлікти 'являють собою найголовнішу, атрибутивну людині, групу детермінант, що зумовлюють необхідність медіації як одного з ефективних засобів' їх вирішення 'зусиллями самих індивідів'³⁴.

Один із фундаторів сучасної німецької практичної філософії Т. Ренч ще наприкінці ХХ ст. довів, що жодна людина не може уникнути цих протиріч і конфліктів, оскільки в їхній основі лежать такі "смилові умови її життя", як "автономія" і "комунікативна солідарність"³⁵. Т. Ренч також обґрунтував, що автономія є конститuentом сенсу людського буття. Вона наповнюється кожним індивідом і втілюється у людській буттєвій фактичності, стверджуючи водночас і людину як продукт власного спонтанного розвитку. Автономія людини згідно з філософською моделлю вченого потенційно перебуває у надлишку і тим самим уможливорює другу смыслову умову її буття – покладання індивіда на Іншого³⁶. Але Т. Ренч у своїй концепції людського буття не пояснив, як саме уможливується перехід надлишку людської автономії із потенційного у реальний стан, що робить його *perpetum mobile* людського буття?

Антропосоціокультурна пізнавальна традиція роль такого вічного двигуна відводить потребам індивідів у благах. Саме процес задоволення потреб індивідів у благах трансформує надлишок автономії кожного зусиллями його ж самого із потенційного у дійсний стан. Один із фундаторів антропосоціокультурного підходу до пізнання А. Сміт писав: 'Дай мені те, що потрібно мені, і ти одержиш те, що потрібно тобі, – такий сенс життя'³⁷. У цій формулі він, по суті, виклав квінтесенцію трансцендентального обміну благами між людьми. 'Індивід у цьому випадку невидимою рукою спрямовується до мети, яка зовсім не входила у його

³⁴ Гаврилюк (н 14) 140.

³⁵ Томас Ренч, *Конституція моральності. Трансцендентальна антропологія і практична філософія* (Приходько В пер, Дух і Літера 2010) 99, 104.

³⁶ Там само 226.

³⁷ Адам Сміт, *Исследование о природе и причинах богатства народов* (Афанасьев В пер, Эксмо 2007) 77.

наміри³⁸. Під час цього обміну благами між індивідами надлишок автономії кожного з них переходить із потенційного у реальний стан, а також набуває буттєвого наповнення їхня комунікативна солідарність.

Значний внесок у ХХ ст. у розвиток антропосоціокультурної концепції реалізації індивідами самих себе зробили А. Алчян³⁹, Дж. Б'юкенен⁴⁰, К. Брунер⁴¹, В. Меклінг⁴², С. Лінденберг⁴³, Д. Бараш⁴⁴, Ф. Гаск⁴⁵ та ін. Вони неспростовно довели, що будь-які спроби пояснення задоволення потреб індивідів в інший спосіб, аніж той, що обґрунтовував А. Сміт, є неспроможними, а також навели цілу систему додаткових аргументів на підтвердження того, що обмін благами між індивідами відзначається спонтанністю.

Проведений Р. Гаврилюк зі світоглядних і методологічних підходів антропосоціокультурної традиції пізнання аналіз буттєвих властивостей людини засвідчив, що людські потреби у благах

задовольняються під час як безумовного (спонтанного), так і умовного обмінів індивідів ними. Спонтанний обмін між людьми благами з неминучістю трансформує надлишок людської автономії із потенційного у реальний стан. Ця нова якість надлишку людської автономії, реалізуючись у комунікативній солідарності людей, породжує внутрішньоособистісні та міжособистісні суперечності, чимало з яких переростають у протиріччя та конфлікти. Саме ці останні і являють собою найголовнішу, атрибутивну людині, групу детермінант, що зумовлюють необхідність медіації як одного з ефективних засобів вирішення таких конфліктів зусиллями самих індивідів⁴⁶.

Укоріненість правової природи медіації у буттєвих властивостях людини дає достатні підстави для висновку про те, що медіація зі світоглядних і методологічних позицій антропосоціокультурного підходу є нічим іншим, як людським правом. У зв'язку з цим на регулювання суспільних відносин із приводу медіації повною мірою поширюється Конвенція

³⁸ Сміт (н 37) 443.

³⁹ Armen A Alchian, 'Uncertainty, Evolution and Economic Theory' (1950) 58 Journal of Political Economy 211.

⁴⁰ James M Buchanan, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* (University of Chicago Press 1975).

⁴¹ Karl Brunner, 'The Perception of Man and the Conception of Society: Two Approaches to Understanding Society' (1987) 25 Economic Inquiry 372; Karl Brunner and William H Meckling, 'The Perception of Man and the Conception of Government' [1977] 9 (1) Journal of Money, Credit, and Banking 70; Karl Brunner and Allan H Meltzer, 'The Uses of Money: Money in the Theory of an Exchange' [1971] 61(5) American Economic Review 784.

⁴² William H Meckling, 'Values and the Choice of the Model of the Individual in the Social Sciences (REMM)' (1976) 4 Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 545.

⁴³ Siegwart Lindenberg, 'An Assessment of the New Political Economy: Its Potential for the Social Sciences and for Sociology in Particular' [1985] 3 (1) Sociological Theory 102.

⁴⁴ David Barrash, *The Whisperings Within* (Harper and Row 1979) 42.

⁴⁵ Фридрих А Хайек, *Пагубная самонадеянность: ошибки социализма* (Бартли У III ред, Новости 1992).

⁴⁶ Гаврилюк (н 14) 140.

про захист прав людини і основоположних свобод разом із додатковими протоколами до неї, ст. 3 Конституції України та рішення Європейського суду з прав людини.

Проте не тільки буттєвими властивостями людини детермінується правова природа медіації. Як показали подальші спеціальні поглиблені дослідження цього феномену, вона зумовлюється ще й буттєвим устроєм людського світу. Цей світ також наскрізь пронизаний неусувними тотальними суперечностями, які не повною мірою, на відміну від суперечностей буттєвих властивостей людини, породжують непереборні конфлікти між людьми та найрізноманітнішими їхніми спільнотами.

Передусім ідеться про бінарну опозиційність буттєвого устрою людського світу. Вона закладена вже в статевому розмноженні людей і щоразу продукується, за свідченням генетика Дж. Койна⁴⁷, асиметрією у розмірі протилежних людських гамет і, як довели антропологи К. Раєн та К. Джета, 'протилежними генетичними програмами <...> в обох статей'⁴⁸. Як було з'ясовано Р. Гаврилюк: 'Протилежні генетичні програми чоловіків та жінок доповнюються та ще більше ускладнюються не менш протилежними їх соціальними ролями з появою <...> сім'ї'⁴⁹.

Виникнення людських суспільств породило *суто соціальні суперечності* та їхню ієрархію, яка так само динамічна і суперечлива. Перше місце тут щоразу відвойовують собі людські потреби у благах: матеріальних/духовних; приватних/публічних; нинішніх/майбутніх; у перетворенні природи/у збереженні природи; між зростанням потреб у благах у геометричній прогресії/зростанням можливостей суспільства задовольняти їх в арифметичній прогресії тощо. Такими ж *суперечливими є функціональні соціальні ролі людей* і їхніх спільнот: дитина/дорослий, виробник/споживач, утриманець/утримувач, педагог/учень, бідний/багатий, лікар/хворий тощо. Як було доведено Р. Гаврилюк, кожна з суперечливих пар зазначеного вище типу – це 'діалектичні протилежності, які залежать одна від одної, перебувають між собою у відносинах боротьби, нерівності між сторонами'⁵⁰.

Бінарну опозиційність буттєвого устрою людського світу так само непереборно доповнює його *асиметричність*. В останньому випадку сторони таких суперечливих пар тільки бінарно сполучені (опозиційні), проте діалектично зазвичай не взаємодіють між собою. Переконливим прикладом таких суперечностей може бути асиметрична пара: фіскальна держава/платник податку. Формально їх поєднує податок, проте фактич-

⁴⁷ Джеррі Койн, *Чому еволюція правдива* (Наш формат 2015) 171.

⁴⁸ Крістофер Раєн та Касільда Джета, *Світанок сексу* (Темпора 2012) 35.

⁴⁹ Гаврилюк (н 16) 187.

⁵⁰ Там само 188.

но податок для кожної сторони цієї пари є неспівставним феноменом: для фіскальної держави стягнення податку є її суверенним правом, а для платника податку – примусовим обов'язком, який у межах зазначеної правової парадигми аж ніяк за жодних обставин не може трансформуватись у право платника податку.

Так само атрибутивно “вмонтовано” у буттєвий устрій людського світу *тотальне зіткнення людських цінностей* з огляду на можливості їх вибору кожним індивідом для себе. Це ще більшою мірою ускладнює буттєвий устрій людського світу, оскільки неодмінно супроводжується спонтанністю вчинків кожної людини у цій сфері. Відомий український філософ права А. Баумейстер із цього приводу писав: ‘Світ має таку структуру, в рамках якої можливі *раціональність і вільний вибір*’⁵¹. А Т. Ренч суттєво уточнював: ‘<...> фактичність і спонтанність перетнуті одна одною’⁵². Спонтанність заряджає свободою усіх людей і кожного індивіда, а фактичність містить у собі детермінізм, неминучість.

На підставі викладеного фактична суперечливість буттєвого устрою людського світу одним із авторів статті ще раніше була ‘розцінена як друга, також онтологічно укорінена, причина, що зумовлює необхідність медіації та задає їй правову природу’⁵³ Аналіз цієї природи за допомогою пізнавального інструментарію антропосоціокультурного підходу уможливує тільки єдиний висновок, а саме: медіація є людським правом.

Також Р. Гаврилюк належить висновок:

Медіація має подвійну правову природу, оскільки, по-перше, є породженням основоположного (потребового) способу співбуття індивідів у соціумі, а по-друге, – системою взаємопов’язаних правових зобов’язань, за допомогою яких утворюється замирене суспільне середовище. Її можна визначити як взаємний правовий самозахист індивідів⁵⁴.

Отже, оскільки медіація подвійно є людським правом, вона, безсумнівно, належить до феномену суспільних благ, а тому повинна гарантуватися кожному державою, незалежно від матеріального становища, світоглядних переконань чи політичних уподобань особи тощо. Звідси регламентуюча роль держави у здійсненні медіації має бути великою, проте це аж ніяк не повинно призводити до одержавлення медіації, чим є феномен судової медіації.

Також протиправно йти по шляху розвитку медіації як комерційної послуги. Саме такий підхід до розвитку медіації вітчизняний законодавець,

⁵¹ Андрій Баумейстер, Тома Аквінський: *вступ до мислення. Бог, буття і пізнання* (Дух і Літера 2012) 185.

⁵² Ренч (н 35) 143.

⁵³ Гаврилюк (н 16) 186.

⁵⁴ Гаврилюк (н 14) 140.

який нерідко діє непослідовно, заклав у Законі України “Про соціальні послуги”. Хоча законом де-юре передбачено можливість фінансування надання соціальних послуг коштом державного та місцевих бюджетів, спеціальних фондів, коштів підприємств, установ та організацій, коштів благодійної допомоги (пожертвувань) та інших джерел, рекомендаційний характер цього припису в умовах постійного дефіциту публічних коштів де-факто нівелює його, робить символічним⁵⁵.

Якщо піти по шляху розвитку медіації як комерційної послуги, то оплачувати її доведеться, головним чином, споживачам (користувачам) цієї послуги, що прямо суперечитиме природі медіації як публічного блага. Поки що вітчизняний законодавець фактично віддав регулювання оплати послуг із медіації на відкуп медіаторів-підприємців. Це неодмінно матиме своїм наслідком появу багатьох додаткових проблем у розвитку медіації в Україні, стане однією із суттєвих перепон на шляху її просування у повсякденне життя, не сприятиме позитивним змінам у соціумі щодо сприйняття ним медіації як прогресивного правового інституту та конкретних медіаторів як носіїв добра.

Європейський, зокрема і міжнародний, досвід розвитку медіації переконливо демонструє, що більшість держав, у яких медіація стала самодостатнім дієвим правовим інститутом, застосовували комбінований підхід до її впровадження, тобто реалізовували *модель державно-приватного партнерства*. За такого підходу держава бере на себе зобов’язання із забезпечення усім реального доступу до медіації, гарантування її належної якості, але не диктує, який саме зміст слід вкладати у конкретні форми та види медіації, у способи її здійснення на практиці. Держава вирішує це разом з усіма стейкхолдерами медіації, враховуючи при цьому, що замовником медіації як способу вирішення спорів та конфліктів є громадянське суспільство загалом, а конкретних медіаційних процедур – особи, які потрапили у конфліктні життєві ситуації. Приватним партнерам у цій моделі медіації відводиться роль рушійної сили державно-приватного партнерства, наповнювача його реальним буттям.

Держави – члени ЄС із двох типів державно-приватного партнерства, рекомендованих у 2004 р. Європейською Комісією у “Зеленій книзі з державно-приватних партнерств і закону співтовариства з публічних контрактів та концесій”⁵⁶, впроваджують медіацію у суспільну практику за другим типом державно-приватного партнерства – державно-приватним партнерством інституційного типу. У його межах у більшості євро-

⁵⁵ Про соціальні послуги: Закон України від 17 січня 2019 р. № 2671-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2671-19>> (дата звернення: 01.04.2020).

⁵⁶ Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions. COM (2004) 0327 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004DC0327>> (accessed: 22.06.2020).

пейських держав були сформовані нові юридичні особи, співзасновниками яких стали на партнерських засадах як держави в особі відповідних інституцій, так і особи приватного права.

За європейськими мірками Україна поки що тільки “вагітна” не імітаційною, а справжньою медіацією. Вона продовжує перебувати на початковому етапі її розвитку. Головною перешкодою на шляху впровадження медіації у повсякденну практику нині є відверто виражена суспільна недовіра до медіації як інституту внаслідок скепсису щодо її спроможності і така ж недовіра потенційних клієнтів медіації до більшості потенційних медіаторів. Ці медіатори поки що виступають переважно від власного імені. Жодний суспільно авторитетний інститут не гарантує, за окремими винятками, якості їх фахової підготовки як медіаторів та якості їх потенційних послуг, не забезпечує належного захисту прав споживачів їхніх послуг, не виконує багатьох інших важливих функцій. Ця недовіра має як об’єктивні причини, так і суб’єктивні чинники. Саме тому на старті офіційного запровадження інституту медіації як самодостатньої правової процедури реалізації права особи на медіацію так важливо не посилити цю недовіру, а здолати її. Подібні етапи в утвердженні медіації як самостійного правового інституту проходили багато країн.

Висновки. Медіація згідно з антропосоціокультурним підходом до правопізнання має подвійну правову природу. Вона зумовлена атрибутивними людині її буттєвими властивостями та буттєвим устроєм людського світу. Це апіорі відносить медіацію як цінність до вроджених і невідчужуваних людських прав. Будучи породженням основоположного (потребового) способу співбуття індивідів у соціумі та водночас системою їх взаємопов’язаних правових зобов’язань, за допомогою яких утворюється примирене суспільне середовище, медіація є також суспільним благом, тому повинна гарантуватись кожною державою. Отже, медіація – це взаємний правовий самозахист індивідів. Нині найефективнішою правовою моделлю співпраці держави та громадянського суспільства з упровадження медіації у повсякденну практику у країнах – членах ЄС зарекомендувало себе державно-приватне партнерство інституційного типу.

У позитивістській традиції правопізнання медіація розглядається як один із допоміжних засобів удосконалення державного правосуддя.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Alexander N, *Global trends in mediation* (Kluwer Law International 2006) (in English).
2. Alexy R, *Begriff und Geltung des Rechts* (Verlag Karl Alber Freiburg 2005) (in German).
3. Barrash D, *The Whisperings Within* (Harper and Row 1979) (in English).
4. Baruch B R A and Folger J P, *The promise of mediation: The transformative approach to conflict* (John Wiley & Sons 2004) (in English).
5. Boulle L and Nestic M, *Mediation: principles, process, practice* (Butterworths 2001) (in English).
6. Buchanan J M, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* (University of Chicago Press 1975) (in English).
7. Menkel-Meadow C J and Porter-Love L, *Mediation: Practice, policy, and ethics* (2nd ed, Wolters Kluwer Law & Business 2014) (in English).
8. Michel H, *Phenomenologie materielk* (Presses Universitaires de France 1990) (in French).
9. Simmonds N E, *Philosophy of Law "The Blackwell Companion to Philosophy"* (1996) (in English).
10. Winkle J V, *Mediation: A Path back for the Lost Lawyer* (American Bar Association 2004) (in English).
11. Baumaiter A, *Toma Akvinskyi: vstup do myslennia. Boh, buttia i piznannia [Thomas Aquinas: An Introduction to Thinking. God, Being and Knowledge]* (Dukh i Litera 2012) (in Ukrainian).
12. Kant I, *Sochinenija na nemeckom i ruskom jazykah [Works in German and Russian], t 3* (Kamj 1997) (in Russian).
13. Rench T, *Konstytutsiia moralnosti. Transtsendentalna antropolohiia i praktychna filosofiia [The Constitution of Morality. Transcendental Anthropology and Practical Philosophy]* (Prykhodko V per, Dukh i Litera 2010) (in Ukrainian).

Edited and translated books

14. Coyne J, *Chomu evoliutsiia pravdyva [Why Evolution is True]* (per z anhl, Nash format 2015) (in Ukrainian).
15. Havryliuk R, 'Pravo na mediatsiiu' ['Right on Mediation'] v Krestovska N ta Romanadze L (red), *Mediatsiia u profesiinii diialnosti yurysta [Mediation in the Professional Activity of a Lawyer]* (Ekolohiia 2019) (in Ukrainian).
16. Hayek F A, *Pagubnaja samonadejannost': oshibki socializma [The Fatal Conceit: The Errors of Socialism]* (per z anhl, U Bartli III red, Novosti 1992) (in Russian).
17. Ryan K ta Jetha K, *Svitanok seksu [Sex at Dawn]* (Tempora 2012) (in Ukrainian).
18. Smith A, *Issledovanie o prirode i prichinah bogatstva narodov [An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations]* (Afanas'ev V per, Jeksno 2007) (in Russian).

Journal articles

19. Alchian AA, 'Uncertainty, Evolution and Economic Theory' (1950) 58 Journal of Political Economy 211 (in English).
20. Alexander N, 'The mediation metamodel: Understanding practice' [2008] 26 (1) Conflict Resolution Quarterly 97 (in English).
21. Brunner K and Meckling H W, 'The Perception of Man and the Conception of Government' [1977] 9 (1) Journal of Money, Credit, and Banking 70 (in English).

22. Brunner K and Meltzer A H, 'The Uses of Money: Money in the Theory of an Exchange' [1971] 61 (5) American Economic Review 784 (in English).
23. Brunner K, 'The Perception of Man and the Conception of Society: Two Approaches to Understanding Society' (1987) 25 Economic Inquiry 372 (in English).
24. Fuller L L, 'Mediation – its forms and functions' [1970] 44 (2) Southern California Law Review 305 (in English).
25. Lindenberg S, 'An Assessment of the New Political Economy: Its Potential for the Social Sciences and for Sociology in Particular' [1985] 3 (1) Sociological Theory 102 (in English).
26. Meckling W H, 'Values and the Choice of the Model of the Individual in the Social Sciences (REMM)' (1976) 4 Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 545 (in English).
27. Menkel-Meadow C J, 'The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices' (1995) 11 Negotiation Journal 217 (in English).
28. Menkel-Meadow C J, 'The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural world' (1996) 38 William & Mary Law Review 5 (in English).
29. Milner N, 'Mediation and political theory: A critique of Bush and Folger' [1996] 21 (3) Law & Social Inquiry 737 (in English).
30. Havryliuk R, 'Zumovlenist pravovoi pryrody mediatsii buttievym ustroiem liudskoho svitu' ['The Conditionality of the Legal Nature of Mediation in the Human Being'] (2018) 5 Pravo Ukrainy 181 (in Ukrainian).
31. Havryliuk R, 'Pravova pryroda mediatsii yak vyslid buttievykh vlastyvostei liudyny' ['The Legal Nature of Mediation as an Expression of Human Existence'] (2018) 3 Pravo Ukrainy 128 (in Ukrainian).
32. Kyselova T, 'Pravove rehuliuвання vidnosyn iz nadannia posluh mediatsii u zarubizhnykh krainakh' ['Legal Regulation of Relations on Provision of Mediation Services in Foreign Countries'] (2011) 11–12 Pravo Ukrainy 225 (in Ukrainian).
33. Vozniuk N, 'Pryntsypy alternatyvnykh sposobiv vyrishennia hospodarsko-pravovykh sporiv' ['Principles of Alternative Ways of Resolving Commercial Disputes'] (2013) 11 Pravo Ukrainy 373 (in Ukrainian).
34. Yeromenko H ta Kombikova A, 'Pro proekt zakonu "Pro mediatsiiu" v Ukraini' ['About the Draft Law "On Mediation" in Ukraine'] (2011) 11–12 Pravo Ukrainy 217 (in Ukrainian).

Conference papers

35. Havryliuk R, 'Mediatsiia yak zasib zakhystu prav liudyny versus pravo na mediatsiiu yak bezposerednie liudske pravo' ['Mediation as a Mean of Protecting Human Rights Versus the Right to Mediation as a Direct Human Right'] v *Prava liudyny ta publichne vriaduvannya. Zbirnyk materialiv vseukrainskoho forumu [Human Rights and Public Governance]* (Kovbas I uklad, 2018) (in Ukrainian).
36. Diurih H, 'Vytiahy iz Arkhivu publichnoho prava / Archiv des öffentlichen Rechtsn (F. Band 42, 1956) 117–157' ['Extracts from the Public law Archive'] v *Materialy mizhnarodnoho naukopraktychnoho seminaru "Liudska hidnist u pravi Nimechchyny, Polshchi ta Ukrainy" [Materials of the International Scientific Seminar "Human Dignity in the Law of Germany, Poland and Ukraine"]* (2016) (in Ukrainian).

Thesis abstracts

37. Mazaraki N, 'Teoretyko-pravovi zasady zaprovadzhennia mediatsii v Ukraini' ['Theoretical and Legal Principles of Mediation in Ukraine'] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, 2019) (in Ukrainian).

Newspaper articles

38. Konovalenko D, 'Sudova mediatsiia – challenge dlia Ukrainy' ['Judicial Mediation – Challenge for Ukraine'] (*Yurydychna hazeta online*, 26.10.2017) <<https://yur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/sudova-mediatsiya--challenge-dlya-ukrayini.html>> (accessed: 01.04.2020) (in Ukrainian).

Petro Patsurkivskyi
Ruslana Havryliuk

HUMAN RIGHT TO MEDIATION

A human being is a slave to own needs
Damjan Federica

ABSTRACT. The purpose of the article is to substantiate mediation as a value seen as one of the innate and inalienable human rights.

The subject matter, purpose and objectives of the research have determined the basic methodological tools of the article: practical philosophy and material phenomenology, which are efficient tools for cognition of such “an invisible” phenomenon, according to M. Henri, “as the sphere of intersubjectivity”, and also the need-based approach making it possible to analyze the existential origins of mediation through transcendental needs of individuals for the good. With the help of this, the author: elaborates on the quintessence of the positivist concept of the legal nature of mediation as an institution of court mediation; investigates into the foundations of the human-centered concept of the legal nature of mediation; and provides substantiation for the key assessment points and the conclusions of the study.

Under the anthroposociocultural approach to cognition, mediation has a dual legal nature. It stems from the existential features attributable to man and the existential arrangement of the human world. This a priori refers mediation as a value to innate and inalienable human rights. Being a product of the fundamental (need-based) way of co-existence of individuals in society and, at the same time, a system of their interrelated legal obligations which contribute to ensuring a reconciled social environment, mediation is also a public good, and thus it must be guaranteed by each State. Therefore, mediation is a mutual legal self-defense of individuals. At the moment, from the perspective of introducing mediation into everyday practice in the member States of the European Union, public - private partnership of an institutional type has proved to be the most effective legal model of cooperation of the State and civil society.

In the positivist tradition of legal knowledge, mediation is regarded as one of the auxiliary means for improving of State justice.

KEYWORDS: mediation; mandatory court mediation; human right to mediation; positivist concept of the legal nature of mediation; human-centered concept of the legal nature of mediation.

ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА



Ірина Софінська

докторка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри конституційного та міжнародного права
Навчально-наукового інституту права,
психології та інноваційної освіти
Національного університету “Львівська політехніка”
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3853-7626>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/T-1252-2017>
iryna.d.sofinska@lpnu.ua

УДК 342.71+ 342.11.7

ГРОМАДЯНСТВО, МІГРАЦІЯ ТА (НЕ)СВОБОДА
ПЕРЕСУВАННЯ У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Анотація. Ціннісне наповнення громадянства у XXI ст. стає крихким, без твердої основи, спонукає до переосмислення всього конструкту як державами, так і людьми. Повсюдна і перманентна міграція є відповіддю на сучасні цивілізаційні та глобалізаційні виклики (переважно антропогенного характеру) і соціально-економічну диспропорцію, мотиваційною візією зміни життєвої парадигми для кожного. У суспільстві в результаті міграції розвивається колективна ідентичність, підвищується (не)толерантність до мігрантів, знижується рівень участі громадян у реалізації партисипативної демократії та зацікавлення у її реальних результатах, нетривіальному впливі на формування державної політики. Гарантування людських прав і свободи пересування, пріоритет захисту прав біженців та шукачів притулку, посилення участі громадянського суспільства у життєдіяльності держави (прийнятті важливих державно-правних рішень) потрапили у тимчасову пастку залежності від поширення *COVID-19* у Європі та світі. Відбувається стрімке сегментування гарантованої свободи пересування у межах Європейського Союзу як простору з відкритими кордонами, вводяться тимчасові обмеження на переміщення осіб, відновлюється прикордонний контроль.

Мета статті полягає у здійсненні правничих рефлексій щодо гарантування свободи пересування як засадничого елементу реалізації прав людини, зокрема й у сфері громадянства та правничої ідентичності особи.

У статті відображені релевантні напрацювання тих науковців (Е. Балібара, К. Барнард, Гр. де Бурки, Дж. Г. Г. Вейлера, К. Йоппке, Р. Кассена, П. Креґа, Дж. Макбрайда, Л. Орґада, Дж. Паломбелли, О. Поєдинок, Р. Спано, П. Спіро, А. Шахар та інших), у чю орбіту наукових досліджень потрапили актуальні питання у сфері громадянства та свободи пересування, пов'язані з народовладдям і правовладдям, гарантуванням прав людини та міграційною трансформацією “південь-північ” і “схід-захід”.

Дійсність під неминучим впливом глобалізаційних і глокалізаційних чинників вимагає переосмислення загальних принципів громадянства та дискримінаційних механізмів у контексті реалізації свободи пересування.

Ключові слова: громадянство; свобода пересування; міграція; права людини; Європейський Союз.

Громадянство – це багатогранна, дискусійна та універсальна концепція, яка передбачає винятковість громадян конкретної держави, їх відмінність (привілейованість) від інших і диверсифікацію їхніх прав та обов'язків¹. Проблеми універсалізації громадянства як абсолютного, невід'ємного та невідчужуваного конструкту пов'язані з витворенням державної політики, здатної виокремити “постійний та ефективний зв'язок між особою і державою” від звичайної територіальної приналежності, враховуючи свободу пересування, інклюзивність та інтеграцію у суспільство².

Враховуючи глобальні геополітичні, соціально-економічні та демографічні зміни після закінчення Другої світової війни, ст. 13 Загальної декларації прав людини 1948 р. передбачає:

1. Кожна людина має право вільно пересуватися і обирати собі місце проживання у межах кожної держави.
2. Кожна людина має право покинути будь-яку країну, включаючи й свою власну, і повертатися у свою країну³.

Схоже формулювання, більш деталізоване, є у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 р., де у ст. 12 передбачено:

1. Кожному, хто законно перебуває на території будь-якої держави, належить, у межах цієї території, право на вільне пересування і свобода вибору місця проживання.
2. Кожна людина має право покидати будь-яку країну, включаючи свою власну⁴.

Універсалізм свободи пересування виявився крихким, оскільки у 2020 р. сильно “похитнувся” під впливом поширення COVID-19 у Європі та світі. Закриті кордони, встановлені тимчасові обмеження на

¹ N Dorsen et al, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (Thompson West 2003) 563–7, 593–7, 620–4.

² G Palombella, ‘Structures and process in the constitutional self: Coping with the future?’ [2010] 8 (3) *International Journal of Constitutional Law* 656–64.

³ Universal Declaration of Human Rights, 10.12.1948 <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights>> (accessed: 20.05.2020).

⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, 16.12.1966 <<https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf>> (accessed: 20.05.2020).

в'їзд, а *de facto* заборона туристичних мандрів (*non-essential travel*), які, щоправда, не стосуються біпатридів, громадян Європейського Союзу (далі – ЄС) та членів їхніх сімей, іноземців, які мають дозвіл на проживання в ЄС, а також трудових мігрантів, які мають дозвіл на роботу в ЄС.

Джерельною базою статті стали фундаментальні напрацювання науковців (Е. Балібара, К. Барнард, Гр. де Бурки, Дж. Г. Г. Вейлера, К. Йоппке, Р. Кассена, П. Крега, Дж. Макбрайда, Дж. Паломбелли, Л. Оргада, О. Поєдинок, Р. Спано, П. Спіро, А. Шахар та інших), які протягом десятиліть досліджують актуальні питання у сфері громадянства та свободи пересування, правової ідентичності особи та гарантування прав людини, які пов'язані передусім із опрідметненням глобалізаційних і цивілізаційних викликів (переважно антропогенного характеру) та унаочненням наслідків міграційної трансформації у Європі по осі “південь-північ” і “схід-захід”⁵.

Мета дослідження полягає у здійсненні правових рефлексій у контексті гарантування свободи пересування як засадничого елементу реалізації прав людини, зокрема й у сфері громадянства та правової ідентичності особи.

Громадянство – це не нудна, догматична, позбавлена душі, теорія, а саме життя; з усіх земних речей – річ найважливіша та найвартісніша⁶. У середині ХХ ст. громадянство вважалося “основним правом людини, яке є нічим іншим, як правом мати права”, читаючи Х. Арендт у “Витках тоталітаризму” 1951 р. чи окрему думку судді Е. Уоррен на рішення Верховного суду США у справі *Perez v. Brownell* 1958 р.⁷. Однак вже на початку ХХІ ст. з'явилося неоднозначне дискусійне твердження, що сучасне громадянство “більше не є правом (абсолютним та невідчужуваним), а винятково привілеєм”⁸, оскільки набуття громадянства конкретної держави надає особі додаткові преференції, гарантії безпеки, можливості покращити власний добробут і визначити цілковиту перспективу на майбутнє, а також вільно пересуватися у реаліях сьогодення.

Громадянство – це постійний у часопросторі правовий та ефективний зв'язок між державою та особою, без зазначення етнічного походження особи, який передбачає певний набір взаємних прав, обов'язків і привілеїв⁹. В орбіті державно-правної політики у сфері громадянства

⁵ A Shachar and R Bauböck and I Bloemraad and M Vink (eds), *The Oxford Handbook of Citizenship* (Oxford University Press 2017).

⁶ Shaw Desmond, *Citizenship* (Hodder and Stoughton Limited 1922) 1–4.

⁷ P Spiro, ‘The (Dwindling) Rights and Obligations of Citizenship’ [2013] 21 (899) *William & Mary Bill Rights Journal* 899–923.

⁸ M Gibney, ‘Theresa May must not further erode Britons’ rights to citizenship’ (*The Guardian*, 14.11.2013) <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/14/theresa-may-erode-britons-citizenshipright>> (accessed: 21.04.2020).

⁹ І Софінська, *Філософсько-правова візія доктрини громадянства* (Каменяк 2018) 346.

нещодавно з'явилися два дієві інструменти (механізми), протилежні за сутністю, але тотожні за бажаними результатами: *push*-тактика та *pull*-стратегія.

Push-тактика (виштовхування) у сфері громадянства є двофакторною і полягає у відмові держави, по-перше, надавати громадянство небажаним мігрантам (*unworthy migrants*) чи, по-друге, утримувати власних громадян, які постійно проживають і працюють за кордоном, після народження набули альтернативне громадянство іншої держави, стали біпатридами. Для держав, у яких заборонене подвійне громадянство (передусім власних громадян, які набули після народження альтернативне громадянство іншої держави та вчинили експатріацію), властива денационалізація (припинення громадянства, набутого особою від народження). До таких держав – членів ЄС належать Австрія, Данія, Естонія, Ірландія, Іспанія, Латвія, Литва, Нідерланди, Німеччина, Словаччина, Чехія¹⁰. Винятковими підставами збереження первинного громадянства, набутого особою від народження, є набуття альтернативного громадянства від народження (у випадку кумулятивного застосування права крові *ius sanguinis* та *ius soli* чи подвійного права крові *ius sanguinis*) або після народження у зв'язку з усиновленням чи одруженням.

Pull-стратегія (притягування) у сфері громадянства характерна для більшості держав Європи, оскільки ґрунтується на бажанні (потребі) держави збільшити кількість власних громадян, запросивши багатих, висококваліфікованих, знаменитих мігрантів, обіцяючи їм полегшену процедуру подальшого набуття альтернативного громадянства у зв'язку з натуралізацією (чи навіть октроювання громадянства) без обов'язкової денационалізації. Якщо деякі держави – члени ЄС дозволяють власним громадянам бути біпатридами незалежно від способу набуття альтернативного громадянства (Бельгія, Греція, Італія, Люксембург, Польща, Португалія, Румунія, Словенія, Угорщина, Фінляндія, Франція, Хорватія та Швеція), то інші з цією ж метою запроваджують спеціальні (дуже привабливі) інвестиційні програми (Болгарія, Кіпр та Мальта)¹¹.

На наднаціональному рівні у Європі регламентування свободи пересування у межах ЄС присутнє у засадничих договорах (Маастрихтському договорі 1992 р.¹² та Лісабонському договорі 2009 р.¹³), Хартії

¹⁰ 'Global Database on Modes of Loss of Citizenship' (GLOBALCIT, 2017) <<http://globalcit.eu/loss-of-citizenship>> (accessed: 20.05.2020).

¹¹ Ch Joppke, 'Liberal Citizenship Is Duty-Free' in Ferrera M and Baubock R (ed), *Should EU citizenship be duty-free?* (EUI Working Paper RSCAS 2017/60, European University Institute 2017) 8–12.

¹² Treaty on European Union, signed at Maastricht on 7 February 1992, *Official Journal of the European Communities*, C 191, Volume 35, 29 July 1992, 115 p.

¹³ *Blackstone's EU Treaties and Legislation 2009–2010* (Foster N ed, Oxford University Press 2009) 632–3.

фундаментальних прав 2000 р.¹⁴ та Директиві про право громадян ЄС та членів їхніх сімей вільно пересуватися та проживати на території держав – членів ЄС 2004 р. (статті 2, 4, 5)¹⁵. Договір про функціонування ЄС (у контексті Лісабонського договору 2009 р.) декларує запровадження громадянства ЄС, додаткового до громадянства будь-якої держави – члена ЄС (ст.20-1), прав на вільне пересування та вибір місця проживання (статті 20-2а, 21-1)¹⁶. Ідеться про 17 млн громадян держав – членів ЄС, які завдяки свободі пересування проживають в іншій державі ЄС (зокрема й 3,7 млн тих, які проживають в Об'єднаному Королівстві).

Враховуючи доступну інформацію агентства *Eurostat*, загалом у 27 державах – членах ЄС, станом на 1 січня 2019 р., проживало понад 446 млн мешканців¹⁷. Середньостатистичний зріз показує, що серед них 92,4 % (понад 470,5 млн) власних громадян, 3,3 % – громадян інших держав – членів ЄС (13,3 млн), 4,9 % – громадян інших держав, які не належать до ЄС (21,8 млн)¹⁸. Враховуючи свободу пересування в ЄС, кількісно найбільше іноземних громадян офіційно проживає в Німеччині (10,1 млн), Італії (5,3 млн), Франції (4,9 млн) та Іспанії (4,8 млн).

Отже, серед теперішніх 27 держав – членів ЄС найменше власних громадян проживає у Люксембурзі (52,4 %), враховуючи скупчення важливих установ ЄС саме у цій державі, 39,3 % громадян інших держав – членів ЄС скористалися свободою пересування та постійно проживають у герцогстві. Румунія та Польща є найбільш гомогенними державами – членами ЄС, оскільки у них проживає понад 99 % власних громадян¹⁹. Однак така ситуація не суперечить свободі пересування осіб і вільного вибору місця проживання, а згодом набуття ними альтернативного громадянства іншої держави, зокрема й власними громадянами Польщі чи Румунії. Обидві держави не вимагають обов'язкової денационалізації у зв'язку з набуттям їхніми громадянами після народження альтернативного громадянства внаслідок натуралізації. За даними агентства *Eurostat*, серед держав – членів ЄС мігранти з Румунії наймасовіше проживають

¹⁴ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 07.12.2000, *Official Journal*, C 326, 26.10.2012, pp. 391–407.

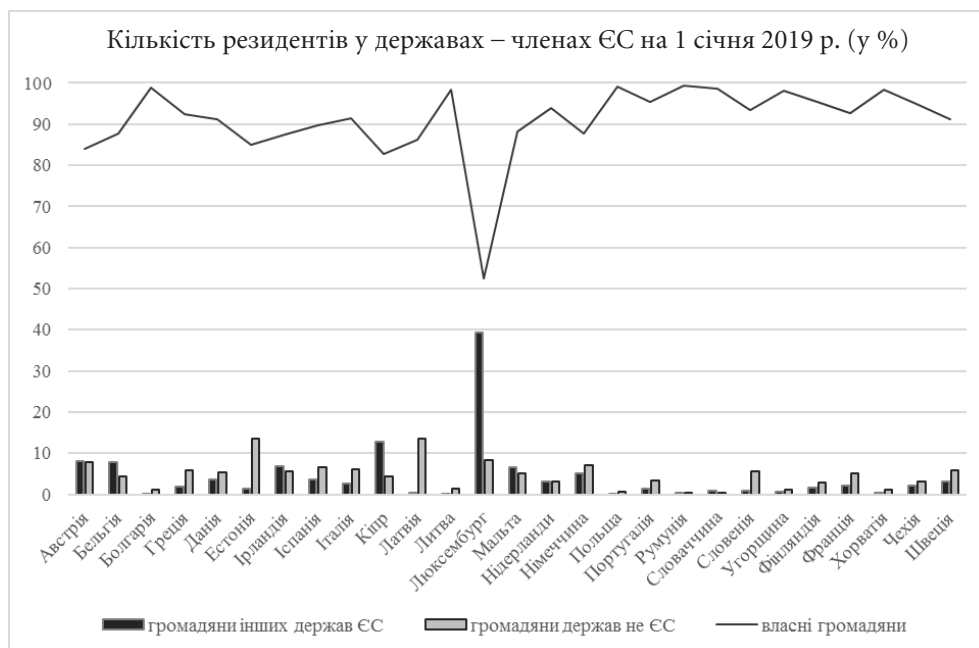
¹⁵ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (Text with EEA relevance), *Official Journal*. L 158, 30.4.2004, p. 77–123.

¹⁶ Blackstone's (n 13) 632–3.

¹⁷ Детальніше див.: 'Population on 1 January – persons' (*Eurostat*) <<https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tps00001&plugin=1>> (accessed: 20.05.2020).

¹⁸ 'Key figures on Europe. Statistics Illustrated (2018 edition)' (*Publications Office of the European Union*, 2018) <<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/9309359/KS-EI-18-001-EN-N.pdf/0b8d8b94-541d-4d0c-b6a4-31a1f9939a75>> (accessed on: 20.05.2020).

¹⁹ 'Migration and migrant population statistics' (*Statistics Explained*) <<https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/1275.pdf>> (accessed: 20.05.2020).



в Австрії, Бельгії, Іспанії, Італії, Німеччині, Португалії та Угорщині, а мігранти з Польщі – у Данії, Німеччині та Швеції, де згодом набувають альтернативного громадянства у зв'язку з натуралізацією²⁰.

Відносний баланс щодо кількості мешканців – громадян інших держав – членів ЄС та громадян інших держав (не ЄС) – спостерігаємо в Австрії, Нідерландах, Румунії та Угорщині. Варто відзначити, що у Люксембурзі мешканців – громадян інших держав – членів ЄС більше, ніж мешканців – громадян інших держав (не ЄС) майже у п'ять разів (наприклад, у Бельгії – удвічі, на Кіпрі – утричі)²¹. Однак у Латвії та Естонії ситуація протилежна, бо кількість мешканців – громадян інших держав (не ЄС) значно більша, ніж громадян інших держав – членів ЄС (найімовірніше ідеться про визнаних негромадян, вихідців із Радянського Союзу, які у 90-х роках не отримали громадянство відповідних балтійських держав у зв'язку з натуралізацією). Схожа ситуація і в інших державах – членах ЄС. Наприклад, у Словенії – ушестеро, у Греції – утричі, в Італії та Франції – удвічі більше громадян інших держав (не ЄС)²².

²⁰ Migration (n 19).

²¹ *The EU in the world: 2018 edition* (Publications Office of the European Union 2018) 160 <<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/9066251/KS-EX-18-001-EN-N.pdf/64b85130-5de2-4c9b-aa5a-8881bf6ca59b>> (accessed: 20.05.2020).

²² Migration (n 19).

Така ситуація у сфері громадянства та правової ідентичності особи зумовлена передусім впливом суттєвих геополітичних змін, перманентних цивілізаційних, міграційних і глобалізаційних викликів, соціально-економічною асиметрією та фінансовою диспропорцією, трансформацією парадигми наявних цінностей²³. Незважаючи на те, що право на свободу пересування не належить до засадничих (абсолютних) людських прав, воно вважається однією з найважливіших граней свободи людини, як і фундаментом для реалізації інших прав та свобод, пов'язаних із громадянством.

Завдяки акцептуванню свободи пересування як “наріжного каменю” права ЄС²⁴ 4 % громадян ЄС працездатного віку (20–64 роки) проживають не у державі власного громадянства, від 1 % німців до 19,7 % румун²⁵. Серед громадян ЄС найчастіше свободою пересування користуються, окрім румун, громадяни Литви (15 %), Хорватії (14 %), Португалії (13,9 %), Латвії (12,9 %) та Болгарії (12,5 %)²⁶. Окрім німців найменше свободою пересування в ЄС (живуть в іншій, ніж держава власного громадянства) користуються громадяни працездатного віку Франції та Швеції (1,3 %). Достовірно відомо, що свободою пересування, на відміну від міграції, користуються передусім люди з вищою освітою (Греція, Італія, Німеччина, Словаччина, Угорщина та Чехія). Громадяни держав – членів ЄС, які на підставі свободи пересування живуть в іншій державі ЄС, працевлаштовані порівняно з їхніми співгромадянами, які страждають від безробіття (бельгійці, греки, іспанці, італійці, поляки, словаки, французи чи хорвати)²⁷.

Підтвердження візії свободи пересування знаходимо також у ст. 45 Хартії фундаментальних прав 2000 р.: “Кожен громадянин ЄС має право на вільне пересування та вибір місця проживання в межах території держав – членів ЄС”²⁸. Свобода пересування та вибору місця проживання може бути гарантована відповідно до засадничих договорів громадянам третіх держав, які на легальних підставах проживають на території держав – членів ЄС.

Основна мета прийняття Директиви про право громадян ЄС та членів їхніх сімей вільно пересуватися та проживати на території держав –

²³ É Balibar, ‘At the Borders of Citizenship: A Democracy in Translation?’ [2010] 13 (3) *European Journal of Social Theory* 315–22; É Balibar, *Citizenship* (Scott-Railton T trans, Polity 2015).

²⁴ *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms* (Ced B, Oxford University Press 2019); Paul Craig and Gráinne De Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford University Press 2015).

²⁵ ‘4% of EU citizens of working age live in another EU Member State’ (*Eurostat Newsrelease*, 87/2018, 28.05.2018) <<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/8926076/3-28052018-AP-EN.pdf/48c473e8-c2c1-4942-b2a4-5761edacda37>> (accessed: 20.05.2020).

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Blackstone’s (n 13) 117.

членів ЄС 2004 р. полягала у наділенні кожного громадянина ЄС (ст. 2-1) первинним, індивідуальним і фундаментальним правом на вільне пересування у межах території держав – членів ЄС, яке пов'язане зі статусом громадянина ЄС і поширюється на членів його сім'ї (ст. 2-2)²⁹. Будь-які обмеження та передумови реалізації права на вільне пересування громадян ЄС та членів їхніх сімей повинні бути чітко визначені й антидискримінаційні, застосовані відповідно до права ЄС (статті 27 і 29)³⁰.

Комісія ЄС використала цілий спектр *soft-law* інструментів у сфері гарантування свободи пересування у час поширення COVID-19, намагаючись створити єдині керівні ідеї щодо ефективного застосування законодавства ЄС у сучасних умовах і сприяти узгодженому підходу всіх держав – членів ЄС щодо цього питання. Насправді така координація дій держав – членів ЄС не вважається потрібною, оскільки Суд справедливості ЄС ще у 2012 р. визнав, що держави – члени ЄС мають свободу розсуду (дискреційні повноваження) у ситуаціях, схожих на нинішню, яка створює підстави для дерогації (наприклад, громадське здоров'я), враховуючи те, що конкретні обставини можуть бути в кожній державі – члені ЄС різними (пункти 22, 23 рішення³¹).

10 березня 2020 р. глави держав – членів ЄС чи глави їхніх урядів висловили сподівання про координацію необхідних спільних заходів та проведення тісної й ефективної комунікації з Комісією ЄС з метою запровадження тимчасових обмежень пересування в ЄС. Як результат, 16 березня Комісія ЄС затвердила *soft-law* інструмент, закликаючи держави – члени ЄС ввести тимчасові обмеження в'їзду до ЄС (*non-essential travel*)³².

17 березня 2020 р. Комісія ЄС, на пропозицію її президента У. фон дер Ляєн, встановила тимчасові обмеження в'їзду до ЄС іноземців, окрім громадян ЄС, Європейської зони вільної торгівлі (далі – ЄЗВТ) та Об'єднаного Королівства, а також власників дозволів на постійне місце проживання в ЄС, довгострокових віз, членів сім'ї громадян ЄС та інших, строком на 30 днів³³. Згодом дія цих обмежень була продовжена до 15 травня 2020 р., оскільки 8 квітня 2020 р. Комісія ЄС рекомендувала державам – членам ЄС продовжити тимчасові обмеження в'їзду до ЄС ще на 30 днів³⁴. Усі

²⁹ Blackstone's (n 13) 202–7.

³⁰ Ibid.

³¹ P. I. v Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid, Judgment of the Court (Grand Chamber). 22 May 2012 <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009CJ0348&dangl=en&type=TEXT&ancre=>> (accessed: 20.05.2020).

³² COVID-19: Temporary Restriction on Non-Essential Travel to the EU. Communication to the European Parliament, the European Council and the Council, COM(2020) 115 of 16.03.2020. <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/EN/COM-2020-115-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>> (accessed: 20.05.2020).

³³ Guidance on the implementation of the temporary restriction on non-essential travel to the EU, on the facilitation of transit arrangements for the repatriation of EU citizens, and on the effects on visa policy, *Official Journal of the European Union*, 30.03.2020.

³⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council on the assessment of the application of the temporary restriction on non-essential travel to the EU, COM(2020)

держави – члени ЄС, окрім Болгарії, Ірландії та Швеції, запровадили такі тимчасові обмеження на в'їзд протягом 13–22 березня 2020 р.³⁵. Наразі тимчасові обмеження в'їзду до ЄС із третіх країн продовжені до 1 липня 2020 р., враховуючи епідеміологічну ситуацію в середині ЄС та ззовні.

Положення ст. 2 Протоколу № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)³⁶ безпосередньо стосуються свободи пересування (пункти 1–2) та їх обмежень (пункти 3–4)³⁷, які відображають бажання досягти справедливого балансу (аргументованої пропорційності) між загальними інтересами суспільства та гарантуванням основних прав людини. Для того щоб такі обмеження не вважалися свавільними, вони повинні, по-перше, бути передбачені законом, по-друге, бути необхідними в демократичному суспільстві, і, по-третє, мати легітимну мету (бути в інтересах національної чи громадської безпеки, для підтримання публічного порядку, запобігання злочину, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб)³⁸. Врахування цих критеріїв стає підставою для Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у вирішенні питань, чи було порушення прав людини.

Також охорона здоров'я вважається законною метою обмеження права на повагу до приватного та сімейного життя, передбаченого у ст. 8 Конвенції, а також свободи пересування, свободи вибору місця проживання або виїзду з будь-якої держави, включно із державою свого громадянства, відповідно до ст. 2 Протоколу № 4 до Конвенції³⁹. Аби таке обмеження не виглядало свавільним, має бути відомо, що розповсюдження інфекційної хвороби є небезпечним для громадського здоров'я чи безпеки, а затримання інфікованої людини є останньою можливістю запобігти поширенню цього захворювання, оскільки менш суворі заходи виявилися недостатніми для захисту суспільних (громадських) інтересів. Вжиті заходи повинні бути пропорційними до очікувань.

148 final, 08.04.2020 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0148&from=EN>> (accessed: 20.05.2020).

³⁵ 'Coronavirus Pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications', *Bulletin 1/2020*, Fundamental Rights Agency, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020. P. 22–23 <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin_en.pdf> (accessed: 20.05.2020).

³⁶ Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto. ETS No. 046, Strasbourg, 16.09.1963 <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168006b65c>> (accessed: 08.06.2020).

³⁷ The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Convention on Human Rights, 4 November 1950 <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> (accessed: 25.05.2020).

³⁸ N Arenas Hidalgo, 'Liberty of Movement within the Territory of a State (Article 2 of Additional Protocol No. 4 ECHR)' in *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* (Javier García Roca, Pablo Santolaya ed, Nijhoff 2012) 608–23.

³⁹ J McBride, 'An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements' (*ECHR blog*, 27.03.2020) <<http://echrblog.blogspot.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>> (accessed: 15.05.2020).

У випадку з поширенням *COVID-19* необхідно визначити, чи встановлені державами обмеження передбачають позбавлення свободи, чи є лише обмеження свободи пересування, передбаченим у ст. 2 Протоколу № 4 до Конвенції. Як неодноразово підкреслював ЄСПЛ, позбавлення свободи не є тотожним обмеженню свободи, і для того щоб визначити, чи особа була позбавлена будь-якої зі своїх свобод (у нашому випадку – свободи пересування), точкою відліку має слугувати конкретна ситуація, враховуючи цілий спектр важливих індикаторів: вид обмеження, його тривалість, наслідки та спосіб застосування відповідного заходу. Пропорційність цих обмежень, як щодо їхньої мети, так і тривалості, залежатиме від їх продемонстрованої важливості для запобігання поширенню вірусу, а також від впливу на здійснення необхідних для життя речей, наприклад, закупівлі продуктів харчування та зняття готівки, оплати проживання тими особами, які не встигли (не мали змоги) вчасно повернутися до їхнього місця проживання⁴⁰.

Застосування Естонією та Латвією дерогації (відступу від застосування певних положень Конвенції відповідно до її ст. 15 у випадках війни або суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації) стосується заборони в'їзду усіх або деяких осіб, які не є громадянами цих держав чи не мають дозволу на постійне місце проживання у них⁴¹. Стаття 3-2 Протоколу № 4 до Конвенції передбачає, що жодна особа не може бути позбавлена права в'їзду на територію держави, громадянином якої вона є⁴². Враховуючи відступи від застосування певних положень Конвенції, здійснені обома державами, право громадян на в'їзд у державу свого громадянства не є порушеним і відповідає конвенційному праву на повагу до приватного та сімейного життя, яке передбачене у ст. 8⁴³. Латвія окремо закрила міжнародні пасажирські перевезення, встановила вимогу щодо скасування, відкладення та непланування усіх відряджень у ті держави, які постраждали від поширення *COVID-19*, та закликала своїх громадян утриматися від закордонних поїздок.

Науковці переконані, що обсяг будь-яких обмежень, встановлених компетентними органами публічної влади держав – членів ЄС у відповідь на загрозу поширенню *COVID-19*, може бути визнаний як необґрунтоване та свавільне втручання у конвенційні права та свободи

⁴⁰ McBride (n 39).

⁴¹ Станом на 25 травня 2020 р. 10 держав – членів Ради Європи із 47 протягом березня-квітня 2020 р. відступили від застосування певних положень Конвенції відповідно до ст. 15, серед них три держави – члени ЄС (Естонія, Латвія та Румунія). Детальніше див.: 'Notifications under Article 15 of the Convention in the context of the COVID-19 pandemic' (Council of Europe) <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354?fbclid=IwAR0EBUBIpCNHyomcsgTs5D3p6IgePracZmtTcROkH-4eVF8ZZy29uQtYryY>> (accessed: 25.05.2020).

⁴² Protocol (n 36).

⁴³ Convention (n 37).

людини незалежно від того, чи є посилання на відступ від застосування певних положень Конвенції, задекларований державою – членом ЄС, чи ні⁴⁴. М. Гнатовський підсумовує, що ‘у випадку з пандемією COVID-19 Європейський суд з прав людини (якщо буде нагода) оцінюватиме відповідність ЄКЗПЛ [Конвенції] заходів, вжитих як державами, які заявили про дерогацію, так і тими, хто промовчав’⁴⁵.

Очевидну конкуренцію щодо предметності та визначення позбавлення свободи спостерігаємо у рішенні Великої палати Суду справедливості ЄС від 14 травня 2020 р. у з’єднаних справах C-924/19 PPU і C-925/19 PPU⁴⁶, де було визнано перебування заявників у транзитній зоні Рьошке – на кордоні між Угорщиною та Сербією позбавленням свободи у контексті інтерпретації застосованих директив ЄС у сфері міграції. Заявники родом з Ірану та Афганістану⁴⁷, мандруючи західнобалканським міграційним шляхом у ЄС, потрапили у “транзитну зону” Рьошке, де подали заяви про отримання притулку в Угорщині. Заяви були відхилені (визнані неприйнятними), рішення компетентних угорських органів влади передбачало реадмісію⁴⁸ (примусове переміщення/повернення) заявників до Сербії, звідки вони й потрапили у “транзитну зону”.

Однак Сербія відмовилася прийняти заявників, мотивуючи своє рішення тим, що передумови реадмісії нелегальних мігрантів, вихідців із третіх країн (*third country nationals*), передбачені у Договорі про реадмісію між ЄС та Сербією⁴⁹, у цьому випадку не були дотримані. 18 грудня 2019 р. Національне агентство у справах чужинців подало запит на отримання від Суду справедливості ЄС попереднього рішення. Конкурентність щодо предметності та визначення позбавлення свободи полягає у тому, що попередньо, восени 2019 р., Велика палата ЄСПЛ у справі *Ilias and Ahmed v. Hungary (Application no. 47287/15)*⁵⁰ дійшла висновку, що ситуація заявників, які перебували у схожій ситуації у тій самій транзит-

⁴⁴ McBride (п 39).

⁴⁵ ‘Вплив COVID-19 на міжнародне право. Правники аналізують виклики, відслідковують тенденції, роблять прогнози (частина перша)’ (*Радіо свобода*, 16.04.2020) <https://www.radiosvoboda.org/a/coronavirus-mizhnarodne-pravo/30555879.html?fbclid=IwAR12zMwVxQYXxNt_Dq0x52oxkEEeWVzLj4aсЕНAZuKz9V5yEj-vRE7nmes> (звернення: 20.05.2020).

⁴⁶ Press Release No 60/20. 14.05.2020. The placing of asylum seekers or third-country nationals who are the subject of a return decision in the Röske transit zone at the Serbian-Hungarian border must be classified as ‘detention’. Court of Justice of the European Union <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200060en.pdf>> (accessed: 20.05.2020).

⁴⁷ Упродовж 2019 р. саме громадяни Афганістану та Ірану найчастіше отримували притулок в Угорщині, незважаючи на жорсткі вимоги та 91,5 % відмов. Лише 3,1 % заявників отримали статус біженця, 4,4 % – право на додатковий захист та 1 % – гуманітарний захист.

⁴⁸ Під час карантину, спровокованого поширенням COVID-19, реадмісії нелегальних мігрантів були відкладені або їхня кількість (зокрема з Бельгії, Болгарії, Естонії, Кіпру, Литви, Мальти, Словаччини, Хорватії та Чехії) значно зменшилася.

⁴⁹ Agreement between the European Community and the Republic of Serbia on the readmission of persons residing without authorisation, annexed to the Council Decision of 8 November 2007. *OJ*. 2007. L 334. P. 45.

⁵⁰ *Ilias and Ahmed v. Hungary*. Judgment of Grand Chamber. App no. 47287/15. 21 November 2019 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-198760>> (accessed: 20.05.2020).

ній зоні протягом 23 днів, не могла розглядатись як позбавлення свободи (у розумінні ст. 5 Конвенції).

Правове протистояння у визначеності, аргументованості та опроектованості пропорційності принципу, який зараз є найважливішим, враховуючи прийняті обмеження щодо свободи пересування, продовжується не лише по юрисдикційній осі “Суд справедливості ЄС – ЄСПЛ”, а й “Суд справедливості ЄС – конституційний суд держави – члена ЄС” у контексті застосування принципів пропорційності та субсидіарності⁵¹. Традиційно одним із найважливіших “акторів” у таких справах є Федеральний конституційний суд Німеччини, який не вперше критикує та опротестовує примат права ЄС над національним правом (рішення у справах *Solange I* 1970 р.⁵², *Solange II* 1973 р.⁵³), враховуючи застосування базових принципів ЄС: пропорційності та субсидіарності⁵⁴. Ще в ті далекі часи було очевидним і зрозумілим, що практично неможливо, щоб національні суди держав – членів ЄС визнали верховенство права ЄС без жодної гарантії захисту прав людини⁵⁵. У нещодавньому рішенні Федеральний конституційний суд Німеччини фіналізував сенс принципу пропорційності, винятково враховуючи три кумулятивні (а не атрибутивні) фактори: тест на відповідність застосованого заходу законній меті; тест на необхідність, якщо поставлена мета не могла бути досягнута так само ефективно в результаті менших витрат; отриманий результат повинен бути пропорційним *stricto sensu* до самих витрат⁵⁶.

ЄС усіляко намагається стримати збільшення нелегальної міграції до держав-членів, застосовуючи стратегію аутсорсингу міграції, будуючи стіни та електрифіковані огорожі, здійснюючи за допомогою агентства *FRONTEX* патрулювання морських територій, відновлюючи прикордонний контроль тощо. З метою стримування міграційних потоків 10 держав – членів ЄС із 27 будують на внутрішніх і зовнішніх кордонах стіни та огорожі, починаючи з 1993 р. (зокрема, будівництво електрифікованої огорожі з колючим дротом на кордоні між Угорщиною та Сербією було спровоковане міграційною кризою 2015 р.). Міграційна криза 2015 р. порушила фундаментальний принцип ЄС “єдність у різноманітті” і спровокувала сильний розкол серед держав – членів ЄС, оскільки Комісія ЄС

⁵¹ R Spano, ‘Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity’ [2014] 14 (3) Human Rights Law Review 487–502.

⁵² BVerfGE 37, 271 – Solange I, <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>> (accessed: 20.05.2020).

⁵³ BVerfGE 73, 339 – Solange II <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html#Opinion>> (accessed: 20.05.2020).

⁵⁴ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 – 2 BvR, pp. 859/15, paras. (1-237) <http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html> (accessed: 20.05.2020).

⁵⁵ J H H Weiler, ‘The Transformation of Europe’ (1991) 100 Yale Law Journal 2418.

⁵⁶ P Eleftheriadis, ‘Germany’s Failing Court, Verfassungsblog on matters constitutional’ (18.05.2020) <<https://verfassungsblog.de/germanys-failing-court>> (accessed: 20.05.2020).

прийняла рішення⁵⁷ допомогти Італії та Греції, здійснивши перерозподіл мігрантів. Польща, Румунія, Словаччина та Угорщина проголосували “проти”, а Фінляндія утрималася. Згодом Словаччина та Угорщина подали позов проти Комісії ЄС до Суду справедливості ЄС про анулювання прийнятого рішення. Однак позов був відхилений у 2017 р.⁵⁸

Цього разу, у травні 2020 р., позитивне для заявників-мігрантів рішення Суду справедливості ЄС у з’єднаних справах *C-924/19 PPU* і *C-925/19 PPU*⁵⁹ свідчить про те, що позиціонування ЄС як простору, привітного до мігрантів, продовжується всупереч *push*-тактиці (виштовхування), яку використовує офіційна влада Угорщини, водночас із застосуванням права вето, коли йдеться про перерозподіл мігрантів серед держав – членів ЄС. У відповідь на таке “ризикове та шкідливе для безпеки ЄС” рішення Суду справедливості ЄС офіційна влада Угорщини полегшила умови перебування мігрантів у “транзитних зонах” (замість металевих контейнерів створили центри-приймачі), пришвидшила виконання стратегії аутсорсингу міграції екстратериторіально⁶⁰.

Висновки. Варто відзначити: незважаючи на те, що держави – члени ЄС вочевидь будуть переглядати ступінь відкритості чи закритості зовнішніх кордонів⁶¹ і ставлення до мігрантів (біженців, шукачів притулку), а також до тих, хто в’їжджає на їхню територію та виїжджає з неї, поширення *COVID-19* навряд чи здатне пригальмувати міжнародну міграцію (насамперед у контексті реалізації свободи пересування робітниками та студентами)⁶². Свобода пересування у зовнішніх кордонах ЄС нині доступна громадянам держав – членів ЄС та членам їхніх сімей, біпатридам, іноземцям, які мають дозвіл на проживання у ЄС⁶³, а також трудовим мігрантам, які мають дозвіл на роботу в ЄС. Наявність громадянства однієї з держав – членів ЄС (ЄЗВТ) у час поширення *COVID-19* є важливим привілеєм, гарантуючи такій особі свободу пересування в Європі.

⁵⁷ Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece. *Official Journal of the European Union*. 2015. L 248. P. 80.

⁵⁸ Slovak Republic (C-643/15) and Hungary (C-647/15) v Council of the European Union. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 September 2017. *Official Journal of the European Union*. C 374/4. 6.11.2017.

⁵⁹ Press Release No 60/20. 14.05.2020 (n 46).

⁶⁰ ‘Hungary Moves to Close Border Camps After E.U. Court Ruling, by Benjamin Novak’ (*The New York Times*, 22.05.2020 <<https://www.nytimes.com/2020/05/22/world/europe/hungary-migrant-camps.html>> (accessed: 25.05.2020).

⁶¹ Andrew Rettman, ‘Nine EU states close borders due to virus’ (*EUobserver*, 16.03.2020) <<https://euobserver.com/coronavirus/147742>> (accessed: 20.05.2020).

⁶² St Coutts, ‘Citizenship, Coronavirus and Questions of Competence’ (*European Papers: European Forum*, 25.04.2020) <http://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2020_1_012_Stephen_Coutts.pdf> (accessed: 20.05.2020).

⁶³ Починаючи з березня 2020 р., Португалія, а також Бельгія, Болгарія, Греція, Данія, Ірландія, Іспанія, Італія, Литва, Мальта, Нідерланди, Німеччина, Франція, Люксембург, Польща, Словаччина та Угорщина продовжили дію дозволів на проживання у цих державах, виданих іноземцям, якщо строк закінчувався під час карантину.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Balibar É, *Citizenship* (Scott-Railton T trans, Polity 2015) (in English).
2. Desmond S, *Citizenship* (Hodder and Stoughton Limited 1922) (in English).
3. Dorsen N et al, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (Thompson West 2003) (in English).
4. Sofinska I, *Philosofsko-pravova viziia doktryny hromadianstva [Philosophical and Legal Vision of Citizenship Doctrine]* (Kameniar 2018) (in Ukrainian).

Edited books

5. Arenas HN, 'Liberty of Movement within the Territory of a State (Article 2 of Additional Protocol No. 4 ECHR)' in *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* (Roca G and Santolaya P ed, Nijhoff 2012) 608–23 (in English).
6. Barnard C, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms* (Oxford University Press 2019) (in English).
7. *Blackstone's EU Treaties and Legislation 2009–2010* (Foster N ed, Oxford University Press 2009) (in English).
8. Craig P, De Búrca Gráinne, *EU Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford University Press 2015) (in English).
9. Joppke Ch, 'Liberal Citizenship Is Duty-Free' in Maurizio F and Rainer B (ed), *Should EU citizenship be duty-free?* (EUI Working Paper RSCAS 2017/60, European University Institute 2017) 8–12 (in English).
10. Shachar A and Bauböck R and Bloemraad I and Vink M (eds), *The Oxford Handbook of Citizenship* (Oxford University Press 2017) (in English).

Journal articles

11. Balibar É, 'At the Borders of Citizenship: A Democracy in Translation?' [2010] 13 (3) *European Journal of Social Theory* 315–22 (in English).
12. Palombella G, 'Structures and process in the constitutional self: Coping with the future?' [2010] 8 (3) *International Journal of Constitutional Law* 656–64 (in English).
13. Spano R, 'Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity' [2014] 14 (3) *Human Rights Law Review* 487–502 (in English).
14. Spiro P, 'The (Dwindling) Rights and Obligations of Citizenship' [2013] 21 (899) *William & Mary Bill Rights Journal* 899–923 (in English).
15. Weiler J H H, 'The Transformation of Europe' (1991) 100 *Yale Law Journal* 2418 (in English).

Newspaper articles

16. 'Hungary Moves to Close Border Camps After E.U. Court Ruling, by Benjamin Novak' (*The New York Times*, 22.05.2020) <<https://www.nytimes.com/2020/05/22/world/europe/hungary-migrant-camps.html>> (accessed: 25.05.2020) (in English).
17. Coutts St, 'Citizenship, Coronavirus and Questions of Competence' *European Papers: (European Forum*, 25.04.2020) <http://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2020_I_012_Stephen_Coutts.pdf> (accessed: 20.05.2020) (in English).
18. Gibney M, 'Theresa May must not further erode Britons' rights to citizenship' (*The Guardian*, 14.11.2013) <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/14/theresa-may-erode-britons-citizenshipright>> (accessed: 21.04.2020) (in English).
19. Rettman A, 'Nine EU states close borders due to virus' (*EUobserver*, 16.03.2020) <<https://euobserver.com/coronavirus/147742>> (accessed: 20.05.2020) (in English).

Websites

20. '4% of EU citizens of working age live in another EU Member State' (*Eurostat Newsrelease*, 28.05.2018) <<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/8926076/3-28052018-AP-EN.pdf/48c473e8-c2c1-4942-b2a4-5761edacda37>> (accessed: 20.05.2020) (in English).
21. 'Global Database on Modes of Loss of Citizenship' (*GLOBALCIT*, 2017) <<http://globalcit.eu/loss-of-citizenship>> (accessed: 20.05.2020) (in English)/
22. 'Migration and migrant population statistics' (*Statistics Explained*) <<https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/1275.pdf>> (accessed: 20.05.2020) (in English)
23. Eleftheriadis P, 'Germany's Failing Court, Verfassungsblog on matters constitutional' (18.05.2020 <<https://verfassungsblog.de/germanys-failing-court>> (accessed: 20.05.2020) (in English).
24. 'Key figures on Europe. Statistics Illustrated (2018 edition)' (*Publications Office of the European Union*, 2018) <<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/9309359/KS-EI-18-001-EN-N.pdf/0b8d8b94-541d-4d0c-b6a4-31a1f9939a75>> (accessed: 20.05.2020) (in English).
25. McBride J, 'An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements' (*ECHR blog*, 27.03.2020) <<http://echrblog.blogspot.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>> (accessed: 15.05.2020) (in English).
26. The EU in the world: 2018 edition (*Publications Office of the European Union*, 2018) <<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/9066251/KS-EX-18-001-EN-N.pdf/64b85130-5de2-4c9b-aa5a-8881bf6ca59b>> (accessed: 20.05.2020) (in English).
27. 'Vplyv COVID-19 na miznarodne pravo. Pravnyky analizuiut' vyklyky, vidslidkovujut' tendentsii, robliat' prohnozy' ['Inluemce of COVID-19 on International Law. Lawyers Analyze Challenges, Track Trends, Make Forecasts (Part One)'] (*Radio svoboda*, 16.04.2020) <https://www.radiosvoboda.org/a/coronavirus-mizhnarodne-pravo/30555879.html?fbclid=IwAR12zMwVxQYXxNt_Dq0x52oxkEEeWVzzLj4acENAZuKz9VSyEj-vRE7nmes> (accessed: 20.05.2020) (in Ukrainian).

Iryna Sofinska

CITIZENSHIP, MIGRATION AND (LACK OF) FREEDOM
OF MOVEMENT IN THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT. The values comprising the content of citizenship in the twenty-first century becomes fragile, loses solid foundation, and encourages States as well as individuals to a rethinking of the entire construct. Widespread and permanent migration is a response to modern civilizational and globalization challenges (mostly of an anthropogenic nature) and to socio-economic disparity, and is also a motivational vision of a change in the life paradigm for everyone. As a result of migration, we see that in society there is a blurring of collective identity, an increased (non-) tolerance to migrants, a lowered level of citizens' involvement in the implementation of participatory democracy and a declined interest in its real results, non-trivial influence on the formulation of the State policy. Assurance of human rights and the freedom of movement, prioritized protection of the rights granted to refugees and asylum seekers, and enhancement of civil society involvement in the life of the State (making of important State and legal decisions) have fallen into a temporary trap of dependence on the spread of COVID-19 in Europe and the world. There is a rapid segmentation of the guaranteed freedom of movement within the European Union as a

space with open borders, temporary restrictions on movement of individuals are being introduced, and border control is being restored.

The article focuses on legal reflections as regards the assurance of the freedom of movement as a fundamental element of human rights, including in the area of citizenship and legal identity of an individual.

The article reflects relevant accomplishments of those scientists (E. Balibara, K. Barnard, Gr. de Burki, J. G. G. Weiler, K. Joppke, R. Kassen, P. Kreg, J. McBride, L. Orhad, J. Palombelli, O. Poiedynok, R. Spano, P. Spiro, A. Shahar and others) whose scientific research orbit included topical issues of citizenship and freedom of movement in connection with people's rule and the rule of law, assurance of human rights and the migration transformation "North-South" and "East-West".

Under the inevitable influence of globalization and glocalization factors, reality calls for a rethinking of the general principles of citizenship and discriminatory mechanisms in the context of implementation of the freedom of movement.

KEYWORDS: citizenship; freedom of movement; migration; human rights; European Union.

ПИТАННЯ КРИМІНОЛОГІЇ



Еміль В. Пливачевський

доктор наук, професор, доктор габілітований,
викладач Поліцейської академії в Щитно
(Щитно, Республіка Польща)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4191-981X>
e.plywaczewski@uwb.edu.pl

Андрій Бутирський

доктор юридичних наук, доцент,
суддя Господарського суду Чернівецької області
(Чернівці, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3225-7017>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/T-6709-2018>
a.butyrskiy@chnu.edu.ua



УДК 343.9

ГЕНЕЗИС РОЗВИТКУ ЕКОНОМІЧНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ У ПОЛЬЩІ

АНОТАЦІЯ. Проблема економічної злочинності є транснаціональною, з якою ведуть боротьбу практично всі держави світу. У зв'язку з цим пошук нових шляхів подолання економічної злочинності в Україні можна здійснювати не лише опираючись на національний досвід, а й запозичуючи найкращі практики наших найближчих сусідів. Польща є однією з держав, де проблеми економічної злочинності також стоять напрочуд гостро. Водночас польські наукові школи мають значні напрацювання у галузі кримінології, тому актуальним видається дослідження економічної злочинності у Республіці Польща та досвіду польських колег у боротьбі з цим явищем, і вироблення на цій основі пропозицій щодо перспектив боротьби з економічною злочинністю в Україні.

Метою статті є комплексне осмислення генезису розвитку економічної злочинності у Республіці Польща, виявлення позитивного досвіду польських кримінологів у боротьбі з економічною злочинністю та вироблення на цій основі рекомендацій для їх впровадження в Україні.

Наголошено, що економічна злочинність у Польщі в умовах ринкової економіки зазнала суттєвої трансформації, і сьогодні характерною є велика кількість нових форм злочинності, а самі механізми незаконної діяльності постійно трансформуються. Політичні, економічні та соціальні наслідки злочинів значно перевищують ті, які ми могли спостерігати в умовах централізованої планової економіки. Зміни рівня злочинності відбуваються не лише внаслідок зміни реального масштабу злочинності, а й як результат нового кримінального законодавства, готовності людей повідомляти про злочини до поліції, готовності поліції реєструвати повідомлення про правопорушення тощо.

Автори доходять висновку, що по суті в Україні та Польщі схожі проблеми у сфері боротьби з економічною злочинністю. Особливу небезпеку становить транснаціональна економічна злочинність, оскільки існуючі кордони мало стримують розширення сучасної злочинності, і це робить злочинність однією з головних загроз соціальній та економічній стабільності континенту. У зв'язку з цим Україні важливо не тільки в теорії запозичувати досвід Республіки Польща у боротьбі з економічною злочинністю, а й активно співпрацювати як державам-сусідам. Напрямами такої співпраці у сфері боротьби з економічною злочинністю можуть бути: підвищення ефективності роботи прикордонних і митних органів, оперативна взаємна правнича допомога у кримінальних справах, гармонізація українського та польського законодавства у сфері розслідування економічних злочинів і відповідальності за їх вчинення.

Ключові слова: економічна злочинність; організована злочинність; Республіка Польща; протидія злочинності.

За результатами дослідження 2018 р., 48 % українських організацій постраждали від випадків економічних злочинів та шахрайства протягом останніх двох років, порівняно з 43 % у 2016 р. Хабарництво та корупція залишаються одним із основних видів економічних злочинів, негативний вплив яких зазнають українські організації – 73 % респондентів відповіли, що їхні організації стали жертвами випадків хабарництва та корупції протягом останніх двох років¹. Проблема економічної злочинності є транснаціональною, з якою ведуть боротьбу практично всі держави світу. У зв'язку з цим пошук нових шляхів подолання економічної злочинності в Україні можна здійснювати не лише опираючись на національний досвід, а й запозичуючи найкращі практики наших найближчих сусідів. Польща є однією з держав, де проблеми економічної злочинності також стоять напрочуд гостро. Водночас польські наукові школи мають значні напрацювання у галузі кримінології, у зв'язку з чим актуальним видається дослідження економічної злочинності у Республіці Польща та запозичення досвіду польських колег у боротьбі з цим явищем, а також

¹ 'Всесвітнє дослідження економічних злочинів та шахрайства 2018 року: результати опитування українських організацій. Виведення шахрайства з тіні?' (PWC) <<https://www.pwc.com/ua/uk/survey/2018/pwc-gecs-2018-ukr.pdf>> (дата звернення: 22.06.2020).

вироблення на цій основі пропозицій щодо перспектив боротьби з економічною злочинністю в Україні.

Щодо ступеня наукового розроблення проблематики економічної злочинності, то серед учених-правознавців, які досліджували проблеми кримінології загалом та економічної злочинності зокрема, слід відзначити: П. Андрушка, І. Даньшина, О. Джужу, К. Ескріджа, О. Костенка, К. Маслія, Е. Сатерленда та ін. Водночас актуальним залишається дослідження зарубіжного досвіду боротьби з економічною злочинністю, зокрема досвіду Республіки Польща.

Метою дослідження є комплексне осмислення генезису розвитку економічної злочинності у Республіці Польща, виявлення позитивного досвіду польських кримінологів у боротьбі з економічною злочинністю та вироблення на цій основі рекомендацій для їх впровадження в Україні.

Як відомо, перші кримінологічні дослідження економічної злочинності були проведені американським кримінологом Е. Сатерлендом, який у 1939 р. ввів поняття “білокомірцевої” злочинності (злочини керівників банківських установ, різних комерційних фірм, державних службовців тощо)².

Якщо говорити про злочинність загалом, то наслідком політичних та економічних змін у 1989–1990 рр. у Польщі, серед іншого, був небувалий ріст рівня злочинності (за даними поліції, кількість злочинів на той час була найвищою з кінця Першої світової війни). Пік рівня злочинності припав на 1990 р., коли кількість зросла з 547 589 зареєстрованих злочинів у 1989 р. до 883 340 зареєстрованих злочинів (зростання на 61,3 %)³. Проте найбільша кількість правопорушень (1 390 089) зафіксована у 2001 р. (тоді як у 1999 р. – 1 121 545, а у 2000 р. – 1 266 910).

У перші роки трансформаційного періоду можна побачити зростання негативних тенденцій у загальній структурі злочинності. Так, слід відзначити, що:

– зросла небезпека стати жертвою злочину проти життя та здоров'я; те саме стосується правопорушень проти власності, коли проти жертв застосовуються агресія, насильство та жорстокість. Також зростає кількість випадків використання зброї злочинцями проти жертв і працівників поліції, які намагаються допомогти жертвам;

² Д. Харко, ‘Кримінологічні проблеми щодо визначення поняття та ознак сучасної економічної злочинності як фактора тінізації економіки України’ (2010) 55 Актуальні проблеми держави і права 598.

³ Emil W. Pływaczewski, ‘Główne problemy przestępczości w Polsce’ in *Current Problems of Penal Law and Criminology* (Emil W ed, Pływaczewski) (Temida 2, Białystok 1998) 341–361; Wojciech Cebulak and Emil W Pływaczewski, ‘Case Study Exporting the Problems of Crime and Crime Control in Poland’ in Barak G (ed), *Crime and Crime Control. A Global View* (Greenwood Press 2000) 163–75.

– кількість злочинів, суть яких полягає у “визначенні балів”, також зростала; до них належать такі злочини, як вбивство, пограбування, напади, а також тероризм. З’явилася нова кримінологічна категорія найважливіших злочинів: вбивства на замовлення, які часто вчиняються професійними найманими вбивцями;

– зросла професіоналізація злочинності та кількість злочинних груп; більше злочинів, як насильницьких, так і проти власності, вчинялися групами злочинців, які демонструють високий рівень організації та планування⁴;

– зростає участь іноземних громадян у злочинних діях; це стосується, зокрема, громадян Співдружності Незалежних Держав, які діють у злочинних групах Польщі⁵;

– процес моральної деградації неповнолітніх триває з тривожною швидкістю; прямий симптом цього процесу можна виявити у великій кількості незаконних дій, вчинених неповнолітніми;

– Польща також зазнала світової тенденції злочинності, пов’язаної з незаконним обігом наркотиків⁶.

I. Маслій криміналізацію економіки визначає як

соціальний деструктивний процес, в межах якого легальні економічні інститути набувають рис тінювих та/або кримінальних у зв’язку з поширенням правопорушень або злочинів економічної спрямованості, корисливо мотивованих посягань на законну діяльність суб’єктів господарювання, що завдають негативних наслідків у вигляді матеріальної шкоди⁷.

Водночас економічна злочинність у Польщі в умовах ринкової економіки зазнала суттєвої трансформації, і сьогодні характерна велика кількість нових форм злочинності, а самі механізми незаконної діяльності зазнають постійних змін. Політичні, економічні та соціальні наслідки злочинів значно перевищують ті, які ми могли спостерігати в умовах централізованої планової економіки⁸. Зміни рівня злочинності відбуваються не лише внаслідок зміни реального масштабу злочинності,

⁴ Emil W Plywaczewski, ‘Organized Crime in Poland’ (1997) 3 *Transnational Organized Crime* 109–25; Emil W Plywaczewski, ‘The Challenges of Policing Democracy in Poland’ in *Challenges of Policing Democracies. A World Perspective* (Dilip K Das and Otwin Marenin ed, Gordon and Breach Publishers 2000) 143–72.

⁵ Irena Rzeplińska, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce* (2000); Irena Rzeplińska, ‘Offences by Foreigners’ in Siemaszko A (ed), *Crime and Law Enforcement in Poland on the threshold of the 21st century* (2000) 150–5.

⁶ Див.: Katarzyna Laskowska, *Nielegalny handel narkotykami w Polsce* (1999); Krzysztof Krajewski, ‘Drug-Related Offences’ in Siemaszko A (ed), *Crime and Law Enforcement in Poland on the threshold of the 21st century* (2000) 105–11.

⁷ Ігор Маслій, ‘Інституційний механізм протидії криміналізації економіки’ (дис канд юрид наук, 2015) 178.

⁸ Brunon Hołyst, ‘Economic Crime in Poland during the Period of Changes in the Social and Economic System (Selected Problems)’ (1996) 10 *EuroCriminology* 201; Oktawia Górniok, *Przestępczość gospodarcza* (Naukowe PWN 1994).

а й як результат нового кримінального законодавства, готовності людей повідомляти про злочини до поліції, готовності поліції реєструвати повідомлення про правопорушення тощо.

І. Базярук зазначає:

Злочини економічної спрямованості вирізняються різноманітністю, високоінтелектуальним характером, швидкою адаптацією злочинців до нових форм та методів підприємницької діяльності, опануванням нових технологій здійснення господарських операцій⁹.

Спостерігачі та аналітики справедливо відзначають, що зростання організованої злочинності спричинено, головним чином, ослабленням наглядової функції держави, а також криміногенними особливостями ринкової економіки, незважаючи на її очевидні численні переваги. Водночас підкреслюється загострення багатьох криміногенних факторів, сформованих у попередні часи. Враховуючи зазначені фактори, а також трансформаційні процеси у міжнародному житті, збільшення рівня злочинності можна спостерігати в усіх посткомуністичних країнах. Той факт, що країни Європи відкриті для економічного та туристичного обміну, полегшує виникнення і розширення міжнародної злочинності. Це супроводжується зростаючим значенням проблем, пов'язаних з організованою злочинністю у багатьох країнах.

Зародження організованих злочинних груп у Польщі відбувалося ще в 1970-х роках. Однак, враховуючи, що при комуністичному режимі прибутки таких організацій, імовірно, були недостатньо великими, такі злочинні групи не потрапляли у поле зору поліцейських і податкових органів. З часом невеликі групи злочинців поступово почали об'єднуватися по всій країні, займаючись насамперед рекетом. Потім вони перейшли до крадіжок і транспортування викрадених автомобілів, після чого почали займатися ще більш вигідними операціями, пов'язаними з алкоголем і наркотиками. Врешті-решт на перший план вийшли дві основні групи: мафії Прушкува та Воломіна. Але саме Прушківський клан отримав найбільший вплив і створив найбільшу загрозу для суспільства. Згідно з повідомленням Головного штабу поліції багато підприємців у Прушкуві, а також інших регіонах Варшави були паралізовані страхом. Поліція виявилася неефективною через брак коштів та застарілі закони, які не визначали покази засуджених чи обвинувачених членів банди як доказ у суді.

⁹ І Базярук, 'Економічна злочинність та її ознаки' (2008) 2 Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ 279–84.

У подальшому мафія почала контрабанду горілки із Західної Європи, яку реалізувала у власних розважальних закладах і ресторанах по всій країні. Це було просте й одночасно геніальне поєднання. Продаж контрабандного алкоголю на великій дискотеці був еквівалентом гігантських операцій із відмивання грошей. Пізніше рекетири Прушкува вийшли з-під контролю, захопивши не лише великі частини Варшави, а й великі частини країни. Простіше кажучи, мафія Прушкува мала свої інтереси чи не в усіх сферах економіки. У Варшаві данину платили не тільки малий і середній бізнес, а й навіть інші злочинці.

Якщо говорити про структуру злочинності, яка була у компетенції Центрального слідчого бюро (аналог американського ФБР), то, починаючи з 2000 р., вона була така: контрабанда, продаж і розповсюдження наркотиків; контрабанда та продаж зброї і вибухових матеріалів; викрадення та збройні пограбування, зокрема й автомобілів, що здійснюють міжнародні вантажні перевезення; махінації з податком на додану вартість.

Як і в багатьох інших країнах, у Польщі кримінальна статистика, надана поліцією, не може бути основою для визначення структури організованої злочинності, оскільки така статистика передбачає *традиційну* реєстрацію злочинів. Така статистика не може бути правильним інструментом, який би належним чином дослідив організовану злочинність – наскільки це можливо зараз – у якісному та кількісному вимірі¹⁰. Досі єдиним джерелом статистичної інформації у Польщі про організовану злочинність є результати аналізу, проведеного працівниками спеціальних підрозділів поліції, які були спеціально сформовані для контролю над цим видом злочинності. Основою діяльності цих працівників поліції є їхні оперативні навички, на основі яких служба контролю за злочинами визначила 11 ознак організованої злочинності, які характеризують її як явище. На початковому етапі експерти запропонували проєкт визначення поняття організованої злочинності, яка характеризувалась як “злочинне об’єднання, організоване з метою отримання прибутку шляхом вчинення постійних і різних правопорушень; цілі організованої злочинності досягаються за допомогою корупції, шантажу, терору та застосування сили і зброї”. Серед п’яти *основних* ознак, що характеризують цей вид злочинності, слід відзначити:

– гроші, які потребують відмивання, їх отримання розглядається як головна мета організацій групової діяльності;

¹⁰ Див.: Emil W Pływaczewski, ‘Możliwości statystycznego ujęcia przestępczości zorganizowanej’ [1994] 1 (33) Przegląd Policyjny 76; Zbigniew Rau, *Przestępczość zorganizowana i jej zwalczanie w Polsce* (Zakamycze 2002).

– мультизлочинність (тракується як спосіб отримання та накопичення грошей через вчинення великої кількості різних за характером злочинів, зокрема з метою приховання злочинної діяльності та забезпечення безпеки організації загалом);

– так зване “кришування бізнесу”, що здійснюється корумпованою державною економічною та фінансовою адміністрацією, а також установами, що забезпечують підтримання громадського порядку;

– спеціально організована структура (вид підприємства);

– відмивання грошей здійснюється за сприяння експертів із фінансів, банківської справи, права та інформатики.

Організована злочинна діяльність супроводжується чотирма видами “супутньої” злочинної діяльності:

– активізація злочинної діяльності, яка включає фальсифікацію документів, що використовуються для вчинення організованих злочинних діянь¹¹;

– посилення злочинної діяльності, яка служить меті зміцнення становища злочинних груп на певній території або в певній сфері діяльності (економічна, торговельна або службова діяльність). Ця злочинна діяльність здійснюється у формі так званого “злочинного терору”¹²;

– отримання стабільних прибутків від злочинної діяльності, найчастіше у вигляді відмивання грошей;

– корумпована система, завдяки якій створюється економічна, адміністративна та політична “захисна парасолька” для діяльності організованих злочинних груп і для організованої злочинної економічної діяльності¹³.

Послідовні етапи “злочинної кар’єри” у сфері організованої економічної злочинності можна охарактеризувати таким чином:

По-перше, незаконне придбання гігантських статків, що в західних країнах часто забирає десятки років, за дуже короткий проміжок часу – від декількох місяців до двох років.

По-друге, легалізація прибутку, отриманого з нелегальних джерел, та їх вкладення у легальні підприємства, які є “захисним екраном” для злочинної діяльності, яка є основним джерелом прибутку (відмивання коштів).

¹¹ Можна навести декілька прикладів, щоб проілюструвати, як за допомогою підробленого посвідчення особи можна вчиняти численні злочини та отримувати великі прибутки, навіть не здійснюючи жодної економічної, торговельної чи службової діяльності.

¹² Злочинний терор найчастіше набуває форми шантажу та викрадення осіб з метою отримання викупу, розміщення та підризу вибухових матеріалів або знесення закладів ресторанного типу. Див.: Janusz Kaczmarek та Magdalena Kierszka, *Porwania dla okupu* (Wolters Kluwer 2008).

¹³ Див.: Emil W Pływaczewski, ‘Organised Crime in Poland: Its Development from “Real Socialism” to Present Times’ in Fijnaut C and Paoli L (eds), *Organised Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond* (Springer 2004) 467.

По-третє, створення мережі зв'язків, що дасть можливість отримати важливі “соціальні зв'язки” за допомогою організації офіційних зустрічей або заходів (наприклад, ювілеїв, благодійних заходів) за участю осіб з політико-адміністративних кіл. На такі заходи запрошують також людей зі світу науки, розваг і засобів масової інформації.

По-четверте, таємне фінансування виборчих кампаній відомих осіб, сподіваючись згодом отримати вигідні посади або вигідні економіко-фінансові рішення.

По-п'яте, набуття повноважень (через отримання мандата депутата чи сенатора), що, як наслідок, дає змогу уникнути кримінального покарання за попередні незаконні економіко-фінансові операції та прийняти закони, які, залишаючи прогалини або умисно створюючи колізії у законодавстві, полегшують відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності. Це може призвести до отримання монополії в певних сферах економіки і, як наслідок, до отримання реальної економічної сили на відповідній території¹⁴.

Аналіз стану загрози від діяльності визнаних злочинних угруповань (підготовлених, серед іншого, на основі статистичних даних, що надсилаються з місцевих підрозділів організованої злочинності поліції) свідчить про те, що у 2017 р. у Польщі було 858 злочинних груп, 7 103 учасників. У цей період було ліквідовано 176 груп та 800 обвинувальних актів направлено до прокуратур відповідно до ст. 258 Кримінального кодексу Республіки Польща (участь в організованій злочинній групі).

Серед найбільш розповсюджених загроз, за кількістю залучених груп та за характером вчинюваних діянь, можна виділити: злочини, пов'язані з виробництвом, торгівлею та контрабандою наркотиків; збройні вимагання, викрадення людей з метою викупу; крадіжки автомобілів, легалізація та контрабанда їх через кордон; виробництво та розповсюдження фальшивих грошей; масштабна контрабанда товарів; відмивання грошей¹⁵; торгівля зброєю, вибуховими речовинами та радіоактивними матеріалами; виготовлення та розповсюдження фальшивих документів; отримання прибутку від проституції (торгівля людьми); бомбовий тероризм; розкрадання приватної власності та утримання викраденого майна¹⁶.

¹⁴ Див.: Hubert Kołdecki, 'Warunki skutecznego zwalczania przestępczości ekonomicznej w Polsce' in Karol Sławik (ed), *Today's criminal activity. Problems of criminal law, criminal process and criminology* (Szczecin 1996).

¹⁵ Див.: Emil W Pływaczewski, 'Poland: Counteracting Money Laundering in Central Europe' [2000] 4 (1) *Journal of Money Laundering Control* 70–7; Joanna Sieńczyło-Chlabicz and Wojciech Filipkowski, 'The Polish Financial Intelligence Unit: A New Institution in the Polish Legal System' [2001] 5 (2) *Journal of Money Laundering Control* 150–7.

¹⁶ Див.: Emil W Pływaczewski (ed), *Przestępczość zorganizowana* (C H Beck 2011) 65.

Стосовно зазначеного вище списку, то три основні тенденції в організованій злочинній діяльності в Польщі вважаються значущими у країнах Балтійського моря: а) виробництво, торгівля та транзит наркотиків і пошук нових каналів контрабанди міжнародними бандами; б) крадіжки автомобілів та часто пов'язане з ними незаконне вивезення до східних сусідів Польщі; транзит у тому ж напрямку автомобілів, викрадених у Західній Європі; в) незаконний транзит мігрантів через Польщу до Західної Європи та Скандинавії¹⁷.

Крім того, багато закінчених кримінальних проваджень свідчать, що найкраще організовані та найефективніші злочинні угруповання з наднаціональними структурами – це банди крадіїв автомобілів. У злочинних групах, основна діяльність яких – крадіжка автомобілів та їх контрабанда через кордон, до складу членів, крім поляків, входять переважно громадяни Білорусі, України, Литви, Росії та Німеччини, і, меншою мірою, Латвії, Естонії, Вірменії, Казахстану, Болгарії, Бельгії, Голландії, Чехії, Італії та колишньої Югославської Республіки¹⁸. Після вступу Польщі до ЄС у травні 2004 р. її східні кордони стали кордонами Союзу, і цей факт, безперечно, сприяв транскордонній злочинності в регіоні, сусідньому з країнами колишнього Радянського Союзу. У перший період після вступу Польщі до ЄС спостерігалася низка якісних змін, переважно в галузі економічної злочинної діяльності. Відсутність митного контролю на внутрішніх кордонах сприяє введенню в обіг підроблених або контрабандних товарів, що надходять з однієї країни на територію іншої. Це стосується, наприклад, цигарок, алкоголю, текстилю, палива та інших товарів. У цьому контексті слід підкреслити, що лібералізація правил перетину кордонів ЄС повинна бути збалансована необхідністю забезпечення безпеки зовнішніх кордонів, запобіганням нелегальній міграції та іншим формам прикордонної злочинності. Інше завдання – протидіяти проникненню організованих злочинних чи терористичних груп на територію ЄС.

Що стосується протидії економічній злочинності, то така робота насамперед повинна бути направлена на прогнозування основних напрямів, масштабів та наслідків розвитку цього виду злочинності. Очікується, що подальший розвиток злочинності буде відповідати тенденціям, що мають місце в країнах із встановленою демократичною системою. Також передбачається, що зміни в тенденціях і характерних ознаках злочинності не будуть занадто кардинальними. Це, сподіваємося, означає, що вони, ймовірно, не будуть особливо небезпечними.

¹⁷ Див.: Nathalie Siron and Piet Van Baeveghem, *Trafficking in Migrants through Poland. Multidisciplinary research into the phenomenon of transit migration in the candidate Member States of the EU, with a view to the combat of traffic in persons* (Maklu 1999).

¹⁸ Див.: Magdalena Perkowska, *Przestępczość graniczna cudzoziemców* (С Н Beck 2013).

На жаль, загалом не можна будувати оптимістичних прогнозів щодо подальшого розвитку організованої злочинності в Польщі, особливо економічної. Якщо припустити, що насильницькі злочини продовжуватимуть домінувати в загальній структурі злочинів, слід очікувати подальших негативних явищ у цій галузі. Кількість типових насильницьких злочинів буде поступово зменшуватися, на користь дійсно серйозних діянь, спричинених агресивною та жорстокою поведінкою осіб, що вчиняють злочини, посиленням жорстокості, що застосовується ними, та використанням зброї під час вчинення злочинів. Поділ злочинності на насильницьку та майнову все більше зменшуватиметься у сфері організованої злочинності. Це відбудеться у результаті поєднання цих видів злочинності, а також все більшої диверсифікації кримінальних методів. При цьому важливо пам'ятати, що економічна злочинність (включаючи підпільну економіку, відмивання грошей, податкові правопорушення, злочини проти банків та галузі цінних паперів) буде залишатися серйозною загрозою правовому порядку в країні.

Останні звіти поліції показують, що основною проблемою злочинності в Польщі є економічна злочинність, особливо податкові злочини. Наприклад, у 2017 р. серед 480 розслідувань, проведених Центральним слідчим бюро поліції (*Centralne Biuro Śledcze Policji*), 64 % склали розслідування стосовно злочинів, пов'язаних із податками (переважно шахрайські податкові збори)¹⁹.

Особливо складно усвідомити, що процес проникнення у різні сфери економічного життя організованими злочинними групами триватиме. Це є результатом, серед іншого, факту, що правова інфраструктура не наздоганяє процес економічних змін. Бажання кримінального світу взяти на себе відповідальність за деякі сфери економіки буде дедалі сильнішим, а також бажання інвестувати нелегальний прибуток в економіку. Прогнози щодо злочинності, пов'язаної з наркотиками, також негативні, оскільки цей вид злочинності та наркоманія продовжуватимуть зростати. Наркотики, що виробляються в країні, особливо синтетичні, набуватимуть значення²⁰. Свобода міжнародного економічного обміну та міграції людей сприятиме зростанню злочинності на міжнародному рівні²¹.

¹⁹ 'Odzyskane miliardy. Rozmowa z insp. Adamem Cieślakiem, zastępcą komendanta Centralnego Biura Śledczego Policji' (*Policja*, July 2018) <<https://gazeta.policja.pl/997/informacje/161298,Odzyskane-miliardy.html>> (accessed: 22.06.2020).

²⁰ 'Przestępczość w Polsce związana z narkotykami w latach 1985–1999' (*Komenda Główna Policji*, March 2000) 9.

²¹ Emil W Pływaczewski, 'Organized Crime: A Perspective from Poland and Eastern Europe' in *Organized Crime. World Perspectives* (Jay S Albanese and Dilip K Das and Arwind Verma eds, Prentice Hall 2003) 130.

Висновки. Таким чином, проаналізувавши досвід Республіки Польща щодо боротьби з економічною злочинністю, доходимо висновків, що, по суті, в наших державах схожі проблеми у цій сфері. Особливу небезпеку становить транснаціональна економічна злочинність, оскільки існуючі кордони мало стримують розширення сучасної злочинності, і це робить злочинність однією з головних загроз соціальній та економічній стабільності континенту. Як слушно зазначають Є. Гузик-Макарук, Е. В. Пливачевський та В. Філіпковський:

Обмеження поліцейської співпраці лише межами країн – партнерів Шенгену та Європейського Союзу було б помилкою, особливо коли стрімке зростання злочинних груп у посткомуністичній Європі потребує залучення цих країн до процесу створення єдиної європейської стратегії внутрішньої безпеки. Також важливо гармонізувати правові стандарти у сфері екстрадиції, протидії відмиванню грошей та злочинності, пов'язаної з наркотиками²².

У зв'язку з цим важливо не тільки в теорії запозичувати Україні досвід Республіки Польща у боротьбі з економічною злочинністю, а й активно співпрацювати нашим країнам як державам-сусідам. Напрямами такої співпраці у сфері боротьби з економічною злочинністю можуть бути: підвищення ефективності роботи прикордонних і митних органів, оперативна взаємна правнича допомога у кримінальних справах, гармонізація українського та польського законодавства у сфері розслідування економічних злочинів і відповідальності за їх вчинення.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Górniok O, *Przestępczość gospodarcza* (Naukowe PWN 1994) (in Polish).
2. Kaczmarek J та Kierszka M, *Porwania dla okupu* (Wolters Kluwer 2008) (in Polish).
3. Laskowska K, *Nielegalny handel narkotykami w Polsce* (1999) (in Polish).
4. Perkowska M, *Przestępczość graniczna cudzoziemców* (C H Beck 2013) (in Polish).
5. Rau Z, *Przestępczość zorganizowana i jej zwalczanie w Polsce* (Zakamycze 2002) (in Polish).
6. Rzeplińska I, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce* (2000) (in Polish).
7. Siron N and Baeveghem P Van, *Trafficking in Migrants through Poland. Multidisciplinary research into the phenomenon of transit migration in the candidate Member States of the EU, with a view to the combat of traffic in persons* (Maklu 1999) (in English).

²² Ewa M Guzik-Makaruk and Emil W Pływaczewski and Wojciech Filipkowski, 'Evaluation of the Recommended Changes in the Scope of the Criminalization of Money Laundering – a Comparative Law Approach' [2015] 7 (2) Internal Security 185.

Edited books

8. Cebulak W and Pływaczewski E, 'Case Study Exporting the Problems of Crime and Crime Control in Poland' in Barak G (ed), *Crime and Crime Control. A Global View* (Greenwood Press 2000) (in English).
9. KołECKI H, 'Warunki skutecznego zwalczania przestępczości ekonomicznej w Polsce' in Sławik K (ed), *Today's criminal activity. Problems of criminal law, criminal process and criminology* (Szczecin 1996) (in English).
10. Krajewski K, 'Drug-Related Offences' in Siemaszko A (ed), *Crime and Law Enforcement in Poland on the threshold of the 21st century* (2000) (in English).
11. Pływaczewski E (ed), *Przestępczość zorganizowana* (C H Beck 2011) (in Polish).
12. Pływaczewski E, 'Główne problemy przestępczości w Polsce' in *Current Problems of Penal Law and Criminology* (Pływaczewski E W ed, temida 2, Białystok 1998) (in Polish).
13. Pływaczewski E, 'Organised Crime in Poland: Its Development from "Real Socialism" to Present Times' in Fijnaut C and Paoli L (eds), *Organised Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Polices in the European Union and Beyond* (Springer 2004) (in English).
14. Pływaczewski E, 'Organized Crime: A Perspective from Poland and Eastern Europe' in *Organized Crime. World Perspectives* (Albanese J S and Das D K and Verma A eds, Prentice Hall 2003) (in English).
15. Pływaczewski E, 'The Challenges of Policing Democracy in Poland' in *Challenges of Policing Democracies. A World Perspective* (Dilip K Das and Marenin O ed, Gordon and Breach Publishers 2000) (in English).
16. Rzeplińska I, 'Offences by Foreigners' in Siemaszko A (ed), *Crime and Law Enforcement in Poland on the threshold of the 21st century* (2000) (in English).

Journal articles

17. Guzik-Makaruk E and Pływaczewski E and Filipkowski W, 'Evaluation of the Recommended Changes in the Scope of the Criminalization of Money Laundering – a Comparative Law Approach' [2015] 7 (2) *Internal Security* 185 (in English).
18. Hołyst B, 'Economic Crime in Poland during the Period of Changes in the Social and Economic System (Selected Problems)' (1996) 10 *EuroCriminology* 201 (in English).
19. Pływaczewski E, 'Możliwości statystycznego ujęcia przestępczości zorganizowanej' [1994] 1 (33) *Przegląd Policyjny* (in Polish).
20. Pływaczewski E, 'Organized Crime in Poland' (1997) 3 *Transnational Organized Crime* 109–25 (in English).
21. Pływaczewski E, 'Poland: Counteracting Money Laundering in Central Europe' [2000] 4 (1) *Journal of Money Laundering Control* 70–7 (in English).
22. Sieńczyło-Chlabicz J and Filipkowski W, 'The Polish Financial Intelligence Unit: A New Institution in the Polish Legal System' [2001] 5 (2) *Journal of Money Laundering Control* 150–7 (in English).
23. Baziaruk I, 'Ekonomichna zlochynnist ta yii oznaky' ['Economic Crime and its Signs'] (2008) 2 *Naukovyi visnyk Lvivskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav* 279–84 (in Ukrainian).
24. Kharko D, 'Kryminolohichni problemy shchodo vyznachennia poniattia ta oznak suchasnoi ekonomichnoi zlochynnosti yak faktora tinizatsii ekonomiky Ukrainy' ['Criminological Issues of Defining the Concept and Features of Modern Economic Crime as the Factor Making Ukrainian Economy Come Into the Shadow'] (2010) 55 *Aktualni problemy derzhavy i prava* 598 (in Ukrainian).

Theses

25. Maslii I, 'Instytutsiinyi mekhanizm protydyi kryminalizatsii ekonomiky' ['Institutional Mechanism for Combating Criminalization of the Economy'] (dys kand yuryd nauk, 2015) (in Ukrainian).

Newspaper articles

26. 'Odzyskane miliardy. Rozmowa z insp. Adamem Cieślakiem, zastępcą komendanta Centralnego Biura Śledczego Policji' (*Policja*, July 2018) <<https://gazeta.policja.pl/997/informacje/161298,Odzyskane-miliardy.html>> (accessed: 22.06.2020) (in Polish).
27. 'Przestępczość w Polsce związana z narkotykami w latach 1985–1999' (*Komenda Główna Policji*, March 2000) 9 (in Polish).

Websites

28. 'Vsesvitnie doslidzhennia ekonomichnykh zlochyniv ta shakhraistva 2018 roku: rezultaty opytuvannia ukrainskykh orhanizatsii. Vyvedennia shakhraistva z tini' ['World Economic Crimes and Fraud Survey 2018: Survey Results of Ukrainian Organizations. Taking Fraud out of the Shadows'] (*PWC*) <<https://www.pwc.com/ua/uk/survey/2018/pwc-gecs-2018-ukr.pdf>> (accessed: 22.06.2020).

Emil W. Plywaczewski
Andrii Butyrskiy

THE GENESIS OF ECONOMIC CRIME DEVELOPMENT IN POLAND

ABSTRACT. The problem of economic crime is transnational, and almost all states worldwide are combating it. In this regard, new ways to overcome economic crime in Ukraine may be searched for not only based on national experience, but also drawing upon the best practices of our closest neighbors. Poland is one of the countries where economic crime problems are also particularly relevant. At the same time, Polish scientific schools have significant accomplishments in the area of criminology, and thus it is of immediate interest to study economic crime in the Republic of Poland and the experience of Polish colleagues in combating this phenomenon and, on this basis, to develop proposals regarding the prospects of combating economic crime in Ukraine.

The article aims at achieving a comprehensive understanding of the genesis of economic crime development in the Republic of Poland, and also focuses on highlighting positive experience of Polish criminologists in combating economic crime and, on this basis, aims at developing recommendations for their implementation in Ukraine.

It is noted that in the market economy environment, economic crime in Poland has undergone significant transformation, and today there is a wide range of new forms of crime, with the mechanisms of illegal activities being transformed on an ongoing basis. The political, economic, and social consequences of crime are far greater than we could have expected in a centrally planned economy. Crime rates are changed not only due to changes in the real scale of crime, but also as a result of new criminal legislation, readiness of citizens to report crimes to the police, and readiness of the police to record crime reports, and so on.

The authors conclude that in fact Ukraine and Poland face similar problems with regard to combating economic crime. Transnational economic crime is particularly dangerous, since the borders existing today do little to deter the expansion of modern crime, and this makes crime one of the main threats to social and economic stability of the continent. In this regard, it is important for Ukraine not only to draw upon the experience of the Republic of Poland in combating economic crime, but also to actively cooperate as neighboring States. There may be the following areas of such cooperation in combating economic crime: enhancement of efficiency of border and customs authorities, prompt mutual legal assistance in criminal cases, harmonization of Ukrainian and Polish legislation in the area of investigation of economic crimes and liability for their commission.

Keywords: economic crime; organized crime; Republic of Poland; combating crime.

ІСТОРИКО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ



Володимир Нікіфоренко

кандидат наук з державного управління,
перший заступник Голови Державної прикордонної
служби України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1452-2312>
volodymyr.doctor@i.ua

УДК 351.746.1

УЗАГАЛЬНЕННЯ ІСТОРИЧНИХ ПЕРІОДІВ ФОРМУВАННЯ
ТА РОЗВИТКУ В УКРАЇНІ СИСТЕМИ
ІНТЕГРОВАНОГО УПРАВЛІННЯ КОРДОНАМИ

Анотація. Забезпечення ефективності системи управління державним кордоном у контексті реалізації державної політики у сфері інтегрованого управління кордонами потребує поглибленого пізнання і розуміння змінних станів об'єктів безпеки державного кордону та суб'єктів інтегрованого управління кордонами.

Метою статті є узагальнення історичних періодів формування та розвитку в Україні системи інтегрованого управління кордонами.

У статті наведено основні етапи розвитку в Україні прикордонної політики та запровадження європейських механізмів інтегрованого управління кордонами. Окреслено основні проблеми та напрями діяльності щодо зміцнення прикордонної безпеки. При визначенні етапів розвитку прикордонної політики врахований національний досвід із питань: удосконалення законодавчої і нормативно-правової бази України у прикордонній сфері; імплементації європейських механізмів інтегрованого управління кордонами; виконання прикордонним відомством правоохоронних повноважень; запровадження кримінального аналізу та аналізу ризиків. Акцентовано увагу, що запровадження механізмів інтегрованого управління кордонами обумовлено необхідністю знаходження компромісу між підвищенням свободи пересування через державний кордон осіб, транспортування товарів та забезпечення адекватної протидії транскордонній злочинності. Наведено основні наукові категорії, що використовуються у теорії інтегрованого управління кордонами. Зокрема: механізми інтегрованого управління кордонами; принципи прикордонної політики; підстави, повноваження та способи діяльності її суб'єктів; об'єкти інтегрованого управління кордонами; методи та інструменти інтегрованого управління кордонами; функції інтегрованого управління кордонами; модель охорони державного кордону та її базові складові; система показників та індикаторів ефективності реалізації прикордонної політики; системи удосконалення якості прикордонного

менеджменту та соціальної відповідальності. Відзначено, що залишаються недостатньо дослідженими: методологія інтегрованого управління кордонами; механізми та інструменти реалізації прикордонної політики; модель охорони державного кордону та її базові складові; процедури та технології прикордонного менеджменту; система показників та індикаторів ефективності реалізації прикордонної політики. Акцентовано увагу щодо необхідності удосконалення: розподілу завдань і функцій між суб'єктами забезпечення прикордонної безпеки; приведення завдань і функцій Державної прикордонної служби України у відповідність до її місії; імплементації у прикордонному менеджменті рекомендацій міжнародних стандартів щодо постійного удосконалення якості діяльності та соціальної відповідальності організацій.

На основі історичного аналізу передумов формування та розвитку в Україні системи інтегрованого управління кордонами в процесах державотворення встановлено шість історичних періодів, які суттєво відрізнялися принципами організації охорони державного кордону, а також розкрито зміст кожного з наведених періодів.

Ключові слова: правоохоронна діяльність; інтегроване управління кордонами; прикордонний менеджмент; прикордонна політика; механізми державного управління; прикордонна безпека; етапи розвитку прикордонної політики.

Формування управлінських концепцій, стратегій, державних програм розвитку, що лежать в основі регулювання суспільних процесів, що забезпечуватимуть цілісність, недоторканність і суверенітет держави, сягають у глиб століть. Тому особливої актуальності набуває пошук шляхів підвищення ефективності системи управління державним кордоном, основним завданням якої є забезпечення недоторканності державного кордону та охорони суверенних прав України.

Отже, періодизація історії теорії та практики управління у прикордонній сфері – це узагальнення історичних періодів формування та розвитку в Україні ефективної системи управління державним кордоном у контексті реалізації державної політики у сфері інтегрованого управління кордонами для впорядкування масиву емпіричної та теоретичної інформації за часовою протяжністю з метою поглиблення пізнання й розуміння змінних станів об'єктів безпеки державного кордону та суб'єктів інтегрованого управління кордонами.

Проблеми інтегрованого управління кордонами досліджували М. Литвин, П. Шишолін, Дж. Маршалек-Кава, Д. Плека, Ш. Іштван, А. Махнюк, Ю. Михайлова Г. Магас, А. Ігнат'єв, Д. Хруст, І. Кукін та ін.

Водночас наукові публікації, що пов'язані з питаннями узагальнення історичних періодів формування та розвитку в Україні системи інтегрованого управління кордонами, які є найбільш актуальними для забезпечення національної безпеки України у прикордонній сфері, практично відсутні, що обумовлює необхідність у проведенні подальших наукових пошуків із цієї проблематики.

У процесі моніторингу запровадження в Україні інтегрованого управління кордонами європейські експерти виявили низку проблем. Їх переважна більшість пов'язана зі змінами внутрішнього та зовнішнього середовища України упродовж 2014–2019 рр., що істотно вплинули на стан прикордонної безпеки. Зазначені фактори також потребують подальшого розвитку теорії та практики інтегрованого управління кордонами.

Метою дослідження є узагальнення історичних періодів формування та розвитку в Україні системи інтегрованого управління кордонами.

Формуванню сучасної прикордонної політики сприяли історичні періоди еволюції управлінських процесів на територіях, що сьогодні входять до складу України. Так, проблематика охорони державних кордонів вперше набуває актуальності після об'єднання слов'янських та інших племен у Київську Русь (IX–XII ст.)¹. Після її розпаду напрацьовані культурно-національні цінності, традиції державотворення продовжили зберігатися у Галицько-Волинській державі (XII–XIV ст.)².

Упродовж XIV – середини XVII ст. консолідація національної свідомості українського населення відбувалася під впливом влади Литви і Польщі. Один із її проявів – Національно-визвольна війна 1648–1654 рр. і виникнення українського козацтва як самодостатньої верстви населення³.

У Козацьку добу відбувся подальший розвиток національної свідомості. Підписання Зборівської угоди (1649 р.) надало можливість відновити втрачену автономію у межах Речі Посполитої⁴. У цей період також розпочав формуватися порядок пропуску через державний кордон осіб із використанням проїзних грамот і легітимацій – для мешканців прикордоння⁵.

У період Руїни (кінець XVII – XVIII ст.) відбувся поділ України між Польщею, Росією та Туреччиною. Від кінця XVIII – до початку XX ст. на українських землях панувала влада Російської та Австрійської імперій⁶.

Під впливом Російської імперії у зазначений період сформувалася система охорони державного кордону поліцейського типу. Вона включала: органи охорони кордону та митні органи; прикордонну інфраструктуру; удосконалені норми права з питань пропуску через кордон осіб (закордонні паспорти та легітимаційні квитки) і переміщення вантажів; нормативно визначений порядок несення служби прикордонними нарядами;

¹ В Малиновський, *Державне управління: навчальний посібник* (Атіка 2008) 7.

² Там само 16.

³ Малиновський (н 1) 26; Г Одинцова та інші, *Теорія та історія державного управління: навчальний посібник* (Професіонал 2008) 109.

⁴ Малиновський (н 1) 27.

⁵ І Кукін, 'Історичний досвід правового регулювання у сфері функціонування місцевих пунктів пропуску' (2012) 2 Держава та регіони 196.

⁶ Малиновський (н 1) 37.

систему мотивації діяльності суб'єктів охорони кордону, їх персоналу та місцевого населення⁷.

Слід зазначити, що до кінця XVIII ст. застосовувалася застаріла “кордонна система розташування військ в одну лінію”. Швидкість перебігу геополітичних подій на українських землях примушувала українське населення досить часто перетинати військові кордони під час господарської діяльності або підтриманні родинних зв'язків. Це обумовило остаточне формування терміна “кордон”, що ототожнюється з межами території держави⁸. Прикладом реалізації історичної пам'яті прикордонного населення може бути встановлення у середині XIX ст. прикордонного стовпа (нині відомий як пам'ятник мамонту, розташований у селі Кулішівка Недригайлівського району Сумської області, увіковічує дві події: місце проходження кордону між Річчю Посполитою і Росією та факт знахідки у цьому місті повного скелета мамонта)⁹.

Проблема формування прикордонної політики української держави знову набула актуальності у період визвольних змагань 1917–1920 рр. Так, сучасна Державна прикордонна служба України – це продовження традицій Окремого корпусу кордонної охорони (далі – ОККО), створеного Українською Народною Республікою (далі – УНР) 102 роки тому. Так, 20 березня 1918 р. постановою Ради народних міністрів УНР розпочалося формування ОККО. Останній був військовим з'єднанням УНР, особливий склад якого мав військові чини. На нього покладалися організація охорони кордонів (“шляхом виставлення спеціальних постів”), контроль за переміщенням осіб, затримання дезертирів і навіть функції карантинної служби. Однак упродовж 1919–1920 рр. в умовах рухомих і нестійких кордонів, війн із більшовиками, білими та поляками ОККО фактично двічі припиняв своє існування. Проте за неповних два місяці – з кінця вересня до кінця листопада 1920 р. – вдалося лише відродити центральний апарат, сформувати кадри однієї бригади і вислати на кордон перший невеликий підрозділ, який узяв під свою охорону 40-кілометрову ділянку західного кордону УНР із Польщею по річці Збруч¹⁰.

Водночас швидкість перебігу соціально-політичних процесів та військових дій, що спричинили утворення і руйнування УНР, Української гетьманської держави П. Скоропадського, Західноукраїнської Народної Республіки, недооцінка агресивної політики російського уряду більшо-

⁷ Кукін (н 5) 196; Л Крестовский, *Пограничный надзор. Руководство для старших на постах. Учебник для бригадных учебных команд Пограничной стражи* (Типография И Н Скороходова 1889) 14.

⁸ І Кукін, ‘Від корду до кордону’ (2011) 30 *Прикордонник України* 15.

⁹ І Кукін, ‘Пам'ятник подвійного призначення’ (2013) 22 *Прикордонник України* 12.

¹⁰ ‘Інформаційна довідка до 100-річчя з Дня створення окремого корпусу кордонної охорони, попередника Державної прикордонної служби України’ (*Український інститут національної пам'яті*) <<https://old.uinp.gov.ua/methodicmaterial/informatsiina-dovidka-do-100-richchya-z-dnya-stvorennya-okremogo-korpusu-kordonnoi>> (дата звернення: 22.06.2020).

виків не дали змогу створити ефективну систему охорони державного кордону.

У період із 1920 по 1991 рр. Україна опинилася під тиском радянської тоталітарної влади¹¹, прикордонна політика якої була спрямована на самоізоляцію Союзу Радянських Соціалістичних Республік (далі – СРСР) від міжнародної спільноти.

Українські дослідники до початку в Україні Революції Гідності визначали чотири етапи формування прикордонної політики, починаючи з часу отримання Україною незалежності:

I. 1991–1993 рр.;

II. 1994–1999 рр.;

III. 2000–2005 рр.

IV. Розпочався із 2006 р.¹². Вони представлені на *рис. 1*.



Рис. 1. Основні етапи розвитку прикордонної політики в Україні

На першому етапі була опрацьована нормативно-правова база з питань розбудови прикордонної інфраструктури незалежної України та її прикордонного відомства. На другому – відбулося запровадження нових підходів

¹¹ Малиновський (н 1) 87.

¹² Д Хруст та І Кукін, *Основи інтегрованого управління кордонами: альбом схем* (Литвин М ред, НАДПСУ 2013) 7.

щодо охорони державного кордону, які суттєво відрізнялися від практики колишнього СРСР, та було розпочато розбудову кордонів із Республікою Молдова, Російською Федерацією та Республікою Білорусь¹³.

Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України на цьому етапі кожному суб'єкту сфери прикордонної безпеки були визначені підстави, повноваження та способи діяльності¹⁴. Це дало змогу завершити формування в Україні цілісної системи охорони державного кордону та запровадити мінімально необхідний інструментарій прикордонного менеджменту.

На третьому етапі (див. *рис. 1*) відбувалося удосконалення нормативно-правової бази. У 2003 р. прикордонне відомство України набуло статусу правоохоронного органу спеціального призначення¹⁵. Було здобуто практичний досвід застосування органами охорони державного кордону правоохоронних повноважень щодо виявлення і припинення кримінальних та адміністративних правопорушень у сфері прикордонної безпеки.

На наступному етапі (див. *рис. 1*) відбулися організаційно-штатні зміни, що були необхідні для реорганізації військової структури прикордонного відомства у правоохоронну, імplementовані окремі європейські механізми інтегрованого управління кордонами¹⁶.

У консолідованій версії договору щодо функціонування Європейського Союзу (далі – ЄС) основними складовими прикордонної політики визначено: відмову від контролю за перетином внутрішніх кордонів країн – членів ЄС; забезпечення ефективного контролю щодо перетинання зовнішніх кордонів країн – членів ЄС; поступове впровадження системи інтегрованого управління¹⁷. З огляду на це Глава Місії ЄС з надання допомоги в питаннях кордону в Україні та Республіці Молдова У. Буркхолдер під час міжнародної науково-практичної конференції зазначив:

<...> інтегроване управління кордонами є дієвим способом знаходження компромісу між підвищенням свободи пересування через державні кордони осіб, транспортування товарів та забезпеченням адекватної протидії транскордонній злочинності. Його запровадження дозволяє країнам знаходити компромісні рішення щодо створення відкритих, але безпечних і контрольованих кордонів¹⁸.

¹³ Хруст та Кукін (н 12) 7.

¹⁴ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 22.06.2020).

¹⁵ Про Державну прикордонну службу України: Закон України від 3 квітня 2003 р. № 661-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/661-15#Text>> (дата звернення: 22.06.2020).

¹⁶ Хруст та Кукін (н 12) 7.

¹⁷ Consolidated version of the treaty on the functioning of the European Union 2012/C 326/01 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>> (accessed: 22.06.2020).

¹⁸ У Буркхолдер, 'Вітальне слово' в *Міжнародна науково-практична конференція Інтегроване управління кордоном: теорія та практика* (НАДПСУ 2013) 3.

Погоджуємося з думкою І. Шаму, що жодна держава не може власними силами забезпечити свою безпеку. У сучасному світі запорукою адекватного реагування на реальні загрози можуть бути лише скоординовані зусилля світової спільноти, держав і відомств, їх взаємна допомога та підтримка. Зважаючи на це, основу інтегрованого управління кордонами становить інтегроване мислення всіх його учасників на відомчому, міжвідомчому та міжнародному рівнях щодо: безпеки осіб; забезпечення їхніх прав; розвитку торгівлі; ефективного використання національних та міжнародних ресурсів¹⁹.

На цьому етапі у прикордонну політику України були запроваджені основні європейські принципи діяльності у сфері забезпечення прикордонної безпеки: координація зусиль міжнародних суб'єктів і співробітництво між ними; забезпечення ефективності та інтеграції технологій прикордонного менеджменту; знаходження компромісу між відкритістю державних кордонів та забезпеченням необхідного стану прикордонної безпеки²⁰. М. Литвин серед основних принципів діяльності прикордонного відомства визначив: забезпечення територіальної цілісності; пріоритет мирних способів розв'язання конфліктів; пріоритет прав і свобод людини; верховенство права; діяльність суб'єктів інтегрованого управління кордонами в єдиному інформаційному полі; достатність і збалансованість зусиль контрольних органів; демократичний цивільний контроль і залучення громадянського суспільства до формування і реалізації прикордонної політики²¹.

До 2010 р. у методології інтегрованого управління кордонами поряд із загальними було сформовано низьку спеціальних наукових категорій державного управління, що пов'язані з правоохоронною діяльністю окремих суб'єктів забезпечення прикордонної безпеки. До спеціальних наукових категорій можна віднести: елементи системи інтегрованого управління кордонами; механізми та методи інтегрованого управління кордонами; рівні інтегрованого управління кордонами; модель охорони державного кордону.

До основних елементів системи інтегрованого управління кордонами М. Литвин відніс: прикордонний контроль; процедури виявлення і розслідування транскордонних злочинів; процеси координації та узгоджен-

¹⁹ І Шаму, 'Интегрированное управление границами' в *Интегроване управління кордонами. Теорія і практика: Міжнародна науково-практична конференція* (НАДПСУ 2013) 9–11.

²⁰ Guidelines for Integrated Border Management in the Western Balkans. Updated Version. January 2007 <<https://www.legislationline.org/download/id/3647/file/EC%20Guidelines%20for%20Integrated%20Border%20Management%20in%20the%20Western%20Balkans%202007.pdf>> (accessed: 22.06.2020).

²¹ М Литвин, *Интегроване управління кордонами: підручник* (НАДПСУ 2012) 38.

ня діяльності; міжнародна та міжвідомча співпраця; чотирирівнева модель управління доступом²².

Механізми інтегрованого управління кордонами українські дослідники розглядають як специфічні механізми державного управління, що використовуються органами державної влади у сфері прикордонної безпеки. Вони включають сукупність наділених певними повноваженнями та компетенцією державні інституції, що застосовують у своїй діяльності притаманні їм методи державного управління в інтересах забезпечення прикордонної безпеки²³. На нашу думку, до них відносяться: організаційний, правовий, політичний, мотиваційний механізми та механізм двобічного симетричного діалогу із суспільством.

У процесі запровадження в Україні європейського досвіду забезпечення прикордонної безпеки М. Литвин визначив чотири рівні інтегрованого управління кордонами: міжнародний; міждержавний; державний; прикордонний²⁴. У європейських державах використовуються три рівні: міжнародний; державний; відомчий²⁵. Незалежно від зазначеної особливості в Україні та європейських країнах використовується чотирирівнева система контролю за в'їздом і перебуванням на території держав іноземців та осіб без громадянства.

Методи державного управління, що застосовуються суб'єктами інтегрованого управління кордонами, збігаються із загально визнаними у галузі державного управління: адміністративні (організаційно-розпорядчі); економічні; правові; соціально-психологічні²⁶. Водночас у методології інтегрованого управління кордонами також доцільно враховувати низку спеціальних методів: управління інформацією у сфері прикордонної безпеки; кримінальний аналіз; аналіз ризиків; стандартизація видів контролю на державному кордоні (прикордонний, митний тощо); регулювання зовнішньоекономічної діяльності, міжнародної торгівлі, транзитної спроможності держави; митне адміністрування.

Функції державного управління, що використовуються прикордонним відомством, майже збігаються із загально визнаними у галузі державного управління: організація діяльності, планування та мотивація. Зважаючи на обмежену доступність засобів контролю за станом об'єктів прикордонної безпеки, замість функції контролю застосовується моніторинг. Крім цього, використовуються функції правоохоронної та інформаційно-аналітичної діяльності.

²² Литвин (н 21) 27.

²³ Литвин (н 21) 39; Хруст та Кукін (н 12) 13.

²⁴ Там само.

²⁵ 'Guidelines for Integrated Border Management in European Commission External Cooperation' (*European Commission*) <<https://europa.eu/capacity4dev/file/21153/download?token=3lOSGDjf>> (accessed: 22.06.2020).

²⁶ Малиновський (н 1) 420.

Виконання правоохоронних завдань потребує врахування функції забезпечення діяльності органів державної влади. Її використання особливо необхідне при різких змінах обстановки, що викликає потреби оперативного перерозподілу наявних фінансових, людських та інших матеріально-технічних ресурсів²⁷.

Із запровадженням інтегрованого управління кордонами у моделі охорони державного кордону України були визначені такі базові складові: фізична; оперативна; інформаційна; технічна²⁸. Потрібно відзначити, що для забезпечення її функціонування необхідне врахування процесів логістики, процедур і технологій прикордонного менеджменту.

На нашу думку, завершенням четвертого етапу (див. *рис. 1*) доцільно вважати схвалення у 2010 р. Кабінетом Міністрів України першої Концепції інтегрованого управління кордонами²⁹, що сприяла нормативно-правовому врегулюванню спільної діяльності суб'єктів забезпечення прикордонної безпеки та запровадженню в Україні європейських механізмів інтегрованого управління кордонами.

Із 2010 р. тривав п'ятий етап (див. *рис. 1*) становлення в Україні системи інтегрованого управління кордонами. На ньому було: запроваджено методологію кримінального аналізу та аналізу ризиків; апробовано технології спільного із суміжними державами патрулювання на окремих ділянках кордону; удосконалено взаємодію та координацію діяльності прикордонного відомства з правоохоронними органами України; розширено міжнародну співпрацю з прикордонними відомствами суміжних та інших держав; розпочато діалог із європейськими країнами про взаємні безвізові поїздки громадян³⁰. У Національній академії Державної прикордонної служби України ім. Б. Хмельницького розпочато викладання курсу інтегрованого управління кордонами, який забезпечено затвердженими Міністерством освіти і науки України підручниками та іншими навчальними виданнями³¹. Водночас одним із нагальних питань залишалася необхідність розширення форм і способів організації взаємодії суб'єктів прикордонної діяльності³².

Зазначимо, що прикордонна безпека є складовою національної безпеки. Вона визначає стан захищеності життєво важливих інтересів осо-

²⁷ І Кукін, 'Удосконалення процесів управління у сфері прикордонної безпеки України' (2012) 17 Інвестиції: практика та досвід 82.

²⁸ Хруст та Кукін (н 12) 44.

²⁹ Концепція інтегрованого управління кордонами: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 27 жовтня 2010 р. № 2031-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2031-2010-%D1%80>> (дата звернення: 22.06.2020).

³⁰ Там само.

³¹ Литвин (н 21) 39; Хруст та Кукін (н 12) 13.

³² П Шишолін, 'Поняття і сутність прикордонної діяльності, її місце та роль у системі національної безпеки' (2014) 3 Наука і оборона 15.

бистості, суспільства і держави у прикордонній сфері від тероризму, торгівлі людьми, нелегальної міграції, транскордонної злочинності³³. Забезпечення прикордонної безпеки в країнах ЄС, США та Україні реалізується застосуванням механізмів інтегрованого управління кордонами.

Так, починаючи з 2014 р., Україна постійно відчуває на собі наслідки реальних загроз і викликів російської агресії. Через глобальні політико-економічні фактори відбувається активна зміна зовнішнього та внутрішнього середовища держави.

Отже, завершенням п'ятого етапу (див. *рис. 1*) можна вважати 2014 р., коли з початком російської агресії був втрачений контроль за частиною державного кордону України, виникла необхідність посилення українсько-російської ділянки державного кордону, організації пропуску місцевого населення на тимчасово окуповані території України та участі Державної прикордонної служби України в проведенні антитерористичної операції.

На шостому етапі (див. *рис. 1*) тривав процес перебудови прикордонної політики та зміцнення військових можливостей Державної прикордонної служби України. Зважаючи на кардинальну зміну загроз, у 2015 р. Кабінетом Міністрів України була схвалена друга редакція Концепції інтегрованого управління кордонами.

Основні особливості прикордонної політики на цьому етапі: виконання завдань щодо забезпечення асоціації між Україною, ЄС та Європейським Співтовариством; укладання та приєднання до міжнародних угод із питань міжнародної прикордонної безпеки; започаткування організації спільного несення служби на морських і річкових ділянках кордону з прикордонними відомствами держав – членів ЄС; удосконалення механізмів обміну інформацією; запровадження ефективної системи стратегічних комунікацій у діяльність суб'єктів інтегрованого управління кордонами; реалізація спільних проєктів міжнародної технічної допомоги у сфері інтегрованого управління кордонами; розширення міжнародного співробітництва та співпраці з міжнародними організаціями з питань прикордонної безпеки³⁴.

Погоджуємося з думкою О. Єрмоленко та О. Северинова, що

<...> утворена СРСР командно-адміністративна система державного управління віддавала перевагу інтересам держави над інтересами громадянина і суспільства. Забезпечення національної безпеки формувалося на залякуванні та репресіях. Через дисбаланс інтересів неможливо було досягти ефективності витрачання наявних ресурсів³⁵.

³³ Литвин (н 21) 39; Хруст та Кукін (н 12) 14.

³⁴ Концепція інтегрованого управління кордонами (н 29).

³⁵ О. Єрмоленко та О. Северинов, 'Збалансованість інтересів громадянина і держави в контексті національної безпеки' в *Історія, сучасність та перспективи розвитку Державної прикордонної служби України та охорони державного кордону: тези Міжнар. наук.-практ. конф.* (НАДПСУ 2015) 100.

На наше переконання, поєднання Державною прикордонною службою України військових і правоохоронних повноважень є наслідком стереотипів у галузі державного управління, які залишилися з радянської доби. У цей період зазначена практика показала свою обмеженість та економічну недоцільність. Нагальною проблемою залишається остаточне зняття з Державної прикордонної служби України військових завдань, що залишилися їй у спадок від Прикордонних військ колишнього СРСР.

На цьому етапі в Україні сформувалася система показників та індикаторів ефективності реалізації прикордонної політики. Були вжиті заходи щодо запровадження системи удосконалення якості прикордонного менеджменту. Водночас зазначені підсистеми інтегрованого управління кордонами потребують удосконалення та приведення у відповідність до нових реалій, сучасних вимог і потреб українського суспільства.

Із 2016 р. в європейських країнах відбувся перегляд і збільшення кількості елементів системи інтегрованого управління кордонами, що не знайшло свого відображення в останній редакції Концепції інтегрованого управління кордонами. Так, до них стали відносити: заходи прикордонного контролю; пошуково-рятувальні операції; аналіз ризиків та аналіз загроз; співробітництво між державами-членами; міжвідомчу співпрацю; співпрацю з третіми країнами; технічні та оперативні заходи в межах Шенгенської зони; процедури повернення громадян третіх країн до своїх держав; інформаційні системи; механізми контролю якості у сфері управління кордонами; механізм солідарності³⁶.

Після схвалення у 2019 р. Стратегії інтегрованого управління кордонами на період до 2025 р. розпочато черговий етап (див. *рис. 1*) розвитку прикордонної політики України. У цей період, окрім приведення системи інтегрованого управління кордонами у відповідність до європейської практики, в Україні має бути забезпечено: розвиток зовнішньоекономічних зв'язків та міжнародної торгівлі; сприяння переміщенню осіб і товарів через державний кордон; належну захищеність кордонів; запровадження ефективних інструментів співпраці та координації на внутрішньовідомчому, міжвідомчому, міжнародному рівнях, а також із приватним сектором; розвиток і реалізацію функцій суб'єктів інтегрованого управління кордонами³⁷.

³⁶ Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 on the European Border and Coast Guard and amending Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council, Council Regulation (EC) No 2007/2004 and Council Decision 2005/267/EC <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1624>> (accessed: 22.06.2020).

³⁷ Стратегія інтегрованого управління кордонами на період до 2025 року: розпорядження Кабінету Міністрів України від 24 липня 2019 р. № 687-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/687-2019-%D1%80#n278>> (дата звернення: 22.06.2020).

На період до 2025 р. Кабінетом Міністрів України визначено дев'ять стратегічних цілей: оптимізація контрольних процедур на кордоні; оперативне реагування на правопорушення поза пунктами пропуску; контроль за морською обстановкою; здійснення на основі аналізу та оцінки ризиків вибіркового перевірок на кордоні; запровадження механізму координації діяльності суб'єктів інтегрованого управління кордонами; запровадження ефективного механізму міжнародного співробітництва та протидії транскордонній злочинності; виявлення незаконних мігрантів та повернення їх до держав походження; запровадження системи оцінки, яка визначає реальний стан виконання завдань інтегрованого управління кордонами³⁸. Їх реалізація дасть змогу наблизити прикордонну політику України до сучасних стандартів європейських країн.

Також погоджуємося з думкою Ю. Михайлової, що на сучасному етапі розвитку прикордонної політики необхідні: удосконалення взаємодії між її суб'єктами; використання механізмів міжнародної співпраці; налагодження ефективної взаємодії органів державної влади з громадянським суспільством; модернізація системи управління в Державній прикордонній службі України; забезпечення раціонального використання персоналу правоохоронних органів³⁹.

Висновки. У контексті нашої дослідницької парадигми проаналізовано та набули подальшого розвитку узагальнення історичних періодів формування та розвитку в Україні системи інтегрованого управління кордонами.

На основі історичного аналізу передумов формування та розвитку в Україні системи інтегрованого управління кордонами в процесах державотворення встановлено шість історичних періодів, які суттєво відрізнялися принципами організації охорони державного кордону.

Зазначено, що з появою Окремого корпусу кордонної охорони, створеного Українською Народною Республікою, розпочалася нова доба в історії сучасної Державної прикордонної служби України. Саме традиції ОККО відіграли історичну роль у розвитку системи управління державним кордоном, від якої залежить безпека держави, розвиток її економіки та людський потенціал та спонукають науковців досліджувати тему інтегрованого управління кордонами.

На сучасному етапі розвитку в Україні прикордонної політики залишається недостатньо дослідженою методологія інтегрованого управління кордонами. Це негативно впливає на розвиток і запровадження сучасних механізмів інтегрованого управління кордонами; визначен-

³⁸ Стратегія інтегрованого управління кордонами на період до 2025 року (н 37).

³⁹ Ю Михайлова, 'Роль та місце Державної прикордонної служби у системі суб'єктів забезпечення національної безпеки України' (2017) 4 Форум права 157.

ня вичерпного переліку суб'єктів та об'єктів прикордонної політики; розподіл завдань і функцій між основними її суб'єктами; формування моделі охорони державного кордону, її базових складових, процедур, технологій прикордонного менеджменту. Одним із нагальних питань є приведення завдань і функцій Державної прикордонної служби України у відповідність до її місії та запровадження у прикордонному менеджменті систем удосконалення якості діяльності та соціальної відповідальності.

Напрямом подальших досліджень може бути визначення підходів до удосконалення методології інтегрованого управління кордонами.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Krestovskij L, *Pogranichnyj nadzor. Rukovodstvo dlja starshih na postah. Uchebnik dlja brigadnyh uchebnyh komand Pogranichnoj strazhi [Border Surveillance. Guide for Senior Positions. Textbook for Brigade Training Teams of the Border Guards]* (Tipografija I N Skorohodova 1889) (in Russian).
2. Lytvyn M, *Intehrovane upravlinnia kordonamy: pidruchnyk [Integrated Border Management: Textbook]* (NADPSU 2012) (in Ukrainian).
3. Malynovskiy V, *Derzhavne upravlinnia: navchalnyi posibnyk [Public Administration: Study Guide]* (Atika 2008) (in Ukrainian).
4. Odintsova H ta inshi, *Teoriia ta istoriia derzhavnoho upravlinnia: navchalnyi posibnyk [Theory and History of Public Administration: Study Guide]* (Profesional 2008) (in Ukrainian).

Edited books

5. Khrust D ta Kukin I, *Osnovy intehrovanoho upravlinnia kordonamy: albom skhem [Fundamentals of Integrated Border Management: Album of Charts]* (Lytvyn M red, NADPSU 2013) (in Ukrainian).

Journal articles

6. Kukin I, 'Istorychnyi dosvid pravovoho rehuliuвання u sferi funktsionuvannya mistsevykh punktiv propusku' ['Historical Experience of Legal Regulation in Respect of Local Checkpoints Functioning'] (2012) 2 *Derzhava ta rehiony* 196 (in Ukrainian).
7. Kukin I, 'Pam'iatnyk podviinoho pryznachennia' ['A Dual Purpose Monument'] (2013) 22 *Prykordonnyk Ukrainy* 12 (in Ukrainian).
8. Kukin I, 'Udoskonalennia protsesiv upravlinnia u sferi prykordonnoi bezpeky Ukrainy' ['Improvement of the Management Processes in Border Security of Ukraine'] (2012) 17 *Investytsii: praktyka ta dosvid* 82 (in Ukrainian).
9. Kukin I, 'Vid kordu do kordonu' ['From Border to Border'] (2011) 30 *Prykordonnyk Ukrainy* 15 (in Ukrainian).
10. Mykhailova Yu, 'Rol ta mistse Derzhavnoi prykordonnoi sluzhby u systemi sub'iektiv zabezpechennia natsionalnoi bezpeky Ukrainy' ['Role and Place of the State Border Guard Service in the System of National Security Subjects of Ukraine'] (2017) 4 *Forum prava* 157 (in Ukrainian).

11. Shysholin P, 'Poniattia i sutnist prykordonnoi diialnosti, yii mistse ta rol u systemi natsionalnoi bezpeky' ['The Concept and Essence of Border Guard Activity, its Place and Role in the National Security System'] (2014) 3 Nauka i oborona 15 (in Ukrainian).

Conference papers

12. Burkkholder U, 'Vitalne slovo' ['Welcoming Speech'] v *Mizhnarodna naukovopraktychna konferentsiia Intehrovane upravlinnia kordonom: teoriia ta praktyka [International Scientific and Practical Conference Integrated Border Management: Theory and Practice]* (NADPSU 2013) 3 (in Ukrainian).
13. Shamu I, 'Integrirovannoe upravlenie granicami' ['Integrated Border Management'] v *Integrovane upravlinnja kordonami. Teorija i praktika: Mizhnarodna naukovopraktychna konferencija [Integrated Border Management. Theory and Practice: International Scientific and Practical Conference]* (NADPSU 2013) 9–11 (in Russian).
14. Yermolenko O ta Severynov O, 'Zbalansovanist interesiv hromadianyna i derzhavy v konteksti natsionalnoi bezpeky' ['The Balance of Interests of a Citizen and the State in the Context of National Security'] v *Istoriia, suchasnist ta perspektyvy rozvytku Derzhavnoi prykordonnoi sluzhby Ukrainy ta okhorony derzhavnoho kordonu: tezy Mizhnar. nauk.-prakt. konf. [History, Present Situation and Development Prospects of the State Border Guard Service of Ukraine and State Border Protection: Theses of International Scientific and Practical Conference]* (NADPSU 2015) 100 (in Ukrainian).

Websites

15. 'Guidelines for Integrated Border Management in European Commission External Cooperation' (*European Commission*) <<https://europa.eu/capacity4dev/file/21153/download?token=3lOSGDjf>> (accessed: 22.06.2020) (in English).
16. 'Guidelines for Integrated Border Management in the Western Balkans. Updated Version. January 2007' <<https://www.legislationline.org/download/id/3647/file/EC%20Guidelines%20for%20Integrated%20Border%20Management%20in%20the%20Western%20Balkans%202007.pdf>> (accessed: 22.06.2020) (in English).
17. 'Informatsiina dovidka do 100-richchia z Dnia stvorennia okremoho korpusu kordonnoi okhorony, poperednyka Derzhavnoi prykordonnoi sluzhby Ukrainy' ['Information Note to the 100th Anniversary of Establishment of the Separate Corps of Border Guards, the Predecessor of the State Border Guard Service of Ukraine'] (*Sait Ukrainskoho instytutu natsionalnoi pam'iaty*) <<https://old.uinp.gov.ua/methodicmaterial/informatsiina-dovidka-do-100-richchya-z-dnya-stvorennia-okremogo-korpusu-kordonnoi->> (accessed: 22.06.2020) (in Ukrainian).

Volodymyr Nikiforenko

GENERALIZATION OF HISTORICAL PERIODS OF ESTABLISHMENT
AND DEVELOPMENT OF THE INTEGRATED BORDER MANAGEMENT
SYSTEM IN UKRAINE

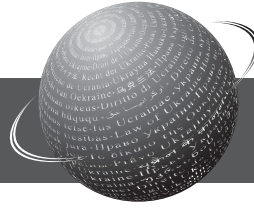
ABSTRACT. To ensure the efficient State border management system in the context of implementation of the State policy for integrated border management, an in-depth cognition and understanding of variable states of the State border security objects and the subjects of integrated border management is needed.

The purpose of the article is to generalize the historical periods during which the integrated border management system has been formed and developed in Ukraine.

The article shows the main stages through which in Ukraine the border policy was developed and the European mechanisms for integrated border management were introduced. Besides, main concerns and areas of action with regard to border security enhancement have been outlined. Determining the stages of border policy development, national experience on the following issues is taken into account: improvement of the legislative and regulatory framework of Ukraine relating to the State borders; implementation of the European mechanisms for integrated border management; exercise by the border authority of law enforcement powers; introduction of criminal analysis and risk analysis. The author emphasizes that introduction of the integrated border management mechanisms stems from the need to find a compromise between enhancement of the freedom of movement of persons across the State border, transportation of goods and ensuring of adequate counteraction to cross-border crime. The author mentions main scientific categories used in the theory of integrated border management. In particular: mechanisms for integrated border management; border policy principles; grounds, powers and activity methods of its subjects; objects of integrated border management; methods and tools of integrated border management; functions of integrated border management; the State border protection model and its basic components; the system of indices and indicators of the effectiveness of border policy implementation; systems of quality improvement of border management and social responsibility. The author notes that the following remains insufficiently investigated: methodology of integrated border management; mechanisms and tools for border policy implementation; the State border protection model and its basic components; border management procedures and technologies; the system of indices and indicators of the effectiveness of border policy implementation. Attention is focused on the need to improve: allocation of tasks and functions among border security subjects; bringing the tasks and functions of the State Border Guard Service of Ukraine in line with its mission; implementation, within the border management framework, of recommendations of international standards for continuous improvement of the quality of operation and social responsibility of organizations.

Based on the historical analysis of the prerequisites for forming and developing of the integrated border management system in Ukraine, six historical periods are identified which differed from each other significantly by the principles according to which the State border protection was organized, and the content of each of these periods is described.

KEYWORDS: law enforcement activities; integrated border management; border management; border policy; mechanisms of State administration; border security; stages of border policy development.



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 II півріччя 2020 р. (с. 156)

Електронні версії номерів журналу
можна замовити на веб-сайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

“ПРАВО УКРАЇНИ”

7
2020

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красенко*
Комп’ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 31.08.2020. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 22,43. Обл.-вид. арк. 18,56.
Зам. 398. Ціна договірна.

Адреса редакції:
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),
+380(44) 537-51-10 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Віддруковано у ТОВ-Видавництва “ЛОГОС”
Україна, 01030, м. Київ, вул. Богдана Хмельницького, 10, оф. 31,
тел. +380(44) 235-81-78

Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 201 від 27.09.2000 р.