

04/2021

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

04/
21

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)



Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS) – scientific journal of legal sciences founded by University of Göttingen (Germany) with the purpose of knowledge sharing between Western and Eastern Europe.

Publisher:

Prof. Dr. **Thomas Mann (Begr.)**, Institut für Öffentliches Recht, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

Editorial board:

Prof. Dr. **Toma Birmontienė**, Professorin am Laboratorium für Menschenrechte, Institut für öffentliches Recht, Mykolas-Romeris-Universität (Litauen)

Prof. Dr. habil. **Sabina Grabowska**, University of Rzeszow (Polen)

Prof. Dr. **Thomas Mann (Begr.)**, Institut für Öffentliches Recht, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. habil. **Joanna Marszalek-Kawa**, Nicolaus Copernicus University (Polen)

Prof. Dr. **Roman Melnyk (Schriftleitung)**, Hochschule des Rechts („School of Law“) der M. Narikbayev KAZGUU Universität (Kasachstan)

Dr. jur. **Bernhard Schloer**, DAAD-Langzeitdozent, Nationale Taras-Schewtschenko-Universität Kiew (Ukraine)

Dr. **Agne Tvaronaviciene**, Postdoc am Laboratorium für Mediation und nachhaltige Konfliktlösung, Institut für öffentliches Recht, Mykolas-Romeris-Universität (Litauen)

Dr. iur. **Azamat Egamberdiev**, Dozent des Lehrstuhls für Staatsrecht und Staatsverwaltung der Taschkenter Staatlichen Juristischen Universität beim Justizministerium der Republik Usbekistan

Partners



Netzwerk Ost-West



Rechtsdialog.org

www.uni-goettingen.de/reos

04/2021

ISSN 2199-6245

ReOS 04 / 2021

Inhaltsverzeichnis

The risks of the government internal financial audit <i>Bondarenko Iryna</i>	4
Historical preconditions for the formation of citizens' right to use natural objects of the ownership right of the people of Ukraine <i>Branovytskiy Viktor</i>	11
Some aspects of development the current family legislation in the context of the recodification of the Civil Code of Ukraine <i>Bulat Ievgeniia, Pankevych Ivan, Pichko Roman</i>	18
The role of tax policy in the crisis period (reduction of financial and economic shakes of small business during the pandemic) <i>Karmalita Mariia, Myronenko-Shulhan Olena</i>	27
Guarantees of realization of the witness's right to professional legal assistance in criminal proceedings <i>Karpenko Victor</i>	34
The mechanism of protection of professional honor and dignity of a judge: problems of judicial practice <i>Krupoderia Dmytro</i>	42
Disability and non-discrimination in the international law <i>Maidanik Serhii</i>	50
Practical implementation of the principle of individualization of disciplinary responsibility of a judge in the lustration procedure <i>Malashenkova Tetiana</i>	59

The risks of the government internal financial audit

Bondarenko Iryna

Doctor of Juridical Sciences,

Senior Lecturer of the Financial Law Department

Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine

The author of the article carries out the analysis and study of the risks which government and society face in the process of implementing the standards of financial law that regulate the government internal financial control (audit).

The cooperation process with the Monetary Fund and other international financial organizations requires of Ukraine strict compliance with and full implementation of anti-corruption measures. At the same time, such measures have a positive impact on cleansing the economy and bringing it out of the shadow, as they therefore improve the taxpaying public's trust in fiscal and regulating functions of tax. Concurrently, Ukraine is integrating into the European legal environment by implementing the provisions of the European law at the national level.

The government internal financial audit, being a version of state control, is expected to monitor the activities of those empowered to manage public finances (administration of the state-owned enterprises, institutions, organizations etc.).

The compulsory condition for internal financial audit is adherence to the following basic principles:

- 1) audit efficiency – proportionality of the costs;
- 2) decision-making position (efficiency);
- 3) honesty and qualifications of managers and employees of internal financial control (audit);
- 4) relevance of the control objectives;
- 5) implementation of control results.

The task of the internal financial control should be interpreted as follows:

- risks analysis for making up a list of identified risks and their objective assessment;
- studying the existence of internal regulations on risk management, their implementation and well-timed provision for administration and employees of information service on risks management;
- analyzing administration's "appetite for risks" and assessing the methods of control which are applied as response to risks;
- analysis of the implemented measures efficiency and assessment of the remaining risks;
- identification of high priority risks taking into account the final assessment of the remaining risks.

Introduction

The cooperation process with the Monetary Fund and other international financial organizations requires of Ukraine strict compli-

ance with and full implementation of anti-corruption measures. At the same time, such measures have a positive impact on cleansing the economy and bringing it out of the shadow, as they therefore improve the taxpaying pub-

lic's trust in fiscal and regulating functions of tax. Concurrently, Ukraine is integrating into the European legal environment by implementing the provisions of the European law at the national level.

In the EU base model, the state financial control includes: state internal financial control, external audit, protection of the EU financial interests and fight against fraud. The EU member-states and enlargement countries (Ukraine) are independent in choosing the mechanisms for monitoring the national financial management, establishing correspondent state institutions for control and development of national system for financial control that would meet the needs and strategic direction of a state. At the same time, the base model of financial control, given in the EU, should be built by the country that expressed the willingness to join the European Union and operate in accordance with the EU standards.

Substantial contribution in the study and fundamental research of the institute of internal financial control was made by national and foreign scientists, particularly: V.B. Averyanov, Yu.P. Bityak, A.I. Berlach, S.V. Bardash, I.G. Blagun, F.F. Butinets, O.Yu. Burdonova, V.V. Burtsev, O.D. Vasilik, L.V. Vygovska, N.S. Vytvytska, L.K. Voronova, V.M. Garashchuk, P.K. Germanchuk, O.N. Gorbunova, O.Yu. Gracheva, N.G. Gutsalenko, L.V. Dikan, V.A. Deriy, V.P. Dudko, E.V. Kaluga, V.K. Kolpakov, M.M. Kotsupatriy, M.P. Kucheryavenko, L.V. Lisyak, V.F. Maksimova, S.O. Nishhimmaja, O.P. Orlyuk, V.F. Pikhotskyj, L.A. Savchenko, I.B. Stefanyuk, A.V. Khmelkov, O.A. Shevchuk, R. Adams, A. Arens, I. Bekker, Sh. Blancart, J. Dewey, F. Ann, T. Gibert, D. Irwin, L. Johansen, R. Konong, E. Taylor, D. Hahn, K. Harris etc.

The **objective** of the study is to carry out the analysis and consideration of the risks

which government and society face in the process of implementing the standards of financial law that regulate the government internal financial control (audit) and to make recommendations.

Statement of basic materials

In Ukraine when the need arises and taking into account the specificity of building economy, state financial control plays the key part in the financial control system. The state financial control is exercised by government audit institutions on behalf of the Ukrainian Government (government control). The government external financial control (audit) is exercised by the Court of Audit on behalf of the Verkhovna Rada of Ukraine (parliamentary control) and as for the government internal financial control (internal control and internal audit) – its organization and operation is provided by budget institutions¹.

¹ The entities, empowered to conduct state financial audit in Ukraine, are the Government Audit Institution of Ukraine and the Court of Audit of Ukraine. The conduct of the state financial audit by these entities is regulated by: the Budget Code of Ukraine, the Commercial Code of Ukraine, the "Law of Ukraine on the Court of Audit", the "Law of Ukraine on Fundamental Principles of Conducting the State Financial Audit" along with other laws and regulations. More specifically, Article 363 of the Commercial Code of Ukraine states that the government financial audit is conducted by the Court of Audit and government audit institutions in accordance with law. Currently, the entity for state financial audit is presented by the Government Audit Institution of Ukraine.

According to the law, the Court of Audit of Ukraine conducts performance audits and financial audits, which are the common audit forms. The Government Audit Institution of Ukraine, beginning from 2004, has been gradually conducting the following forms of state financial audit: the audit of budget programs implementation, the audit of business entities' activities and the audit of local budgets. Beginning from 2018, there was established the practice of the Government Audit Institution of Ukraine to conduct the audit of state (regional) tar-

The government internal financial audit, being a version of state control, is expected to monitor the activities of those empowered to manage public finances (administration of the state-owned enterprises, institutions, organizations etc.). The appropriate level of independence from legislative and executive branches of power is a prerequisite for conducting a proper financial audit and ensuring credibility in its results.

In 2018 Ukraine developed and adopted the Outline of state policy on reforming the system of state financial control². This Outline highlights the issues of enhancing transparency, greater accountability and effectiveness of the performance of public authorities, local authorities, state-owned and communally owned business entities (hereafter – business entities), effectiveness of management and use of the available resources on the whole together with the system of control over this process in particular. An effective system of financial control over the management and the use of public (local) resources (public funds, capital assets and others) is not only a tool to guarantee transparency, accountability and quality performance of the public authorities, local authorities and business entities, but, in fact, it is also an effective mechanism to ensure financial stability and national security, to achieve the strategic objectives of the state, to ensure the effectiveness of the state policy, improvement of the population quality of life, including

get programs, the audit of investment projects, the audit of the Pension Fund of the Ukraine, the funds for compulsory State insurance. In the near future the IT-audit will be added to the audit practice of the Government Audit Institution of Ukraine.

² On adopting the Outline of state policy on reforming the system of state financial control till 2020: Ordinance of the Cabinet of Ministers of 10.05.2018 No. 310-p. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/310-2018-%D1%80#Text>.

the reforming of the effective system of public financial management.

According to the International Standards on Auditing³, the existence of the proper system of internal control allows to minimize the risk of errors and irregularities. After all, internal financial control is a management tool, that allows the managers to assess the progress towards the objectives to be achieved. The system of internal financial control should prevent abuse and poor management, and also encourage taking measures in an effective way and providing accurate financial reporting on time. The compulsory condition for internal financial audit is adherence to the following basic principles:

1) audit efficiency – proportionality of the costs (the costs on conducting internal financial audit should not exceed the benefit therefrom);

2) decision-making position (public officials must have a proper attitude to internal financial control and contribute to its effectiveness);

3) honesty and qualifications of managers and employees of internal financial control (audit);

4) relevance of the control objectives (the objectives should be clear, specific, and comply with the overall goals of the organization, institution, business etc.);

5) implementation of control results.

In the context of implementation of the above mentioned principles, there arise the risks which should be identified along with the ways to address them. Let us consider them in more detail.

1. The risk of failed proportionality and effectiveness. Among all the chal-

³ International Standards on Auditing. URL: <https://mof.gov.ua/uk/mizhnarodni-standarti-audit>.

allenges, connected with conducting financial audit, the greatest is the problem of assessing the effectiveness of the use of budgetary funds, property and monitoring activity itself. The effectiveness of financial control is a complex economic concept, which is characterized by specific criteria and indicators. As a rule, when considering the issue of management efficiency, first of all, the achieved results are compared with the original objectives, the progress towards the objectives to be achieved is assessed while taking into account the costs (time, material and monetary resources, labor force etc.).

The criteria of audit effectiveness also include: expenditure of time on conducting audit; expenditure of means on conducting audit; organizational costs, which feature the number of people distracted from productive labor in order to conduct audit; number and value regarding needs for management of information, received in result of audit⁴. However, the assessment of state financial control effectiveness, for the reason of dualism of financial control, should not be limited only to the effectiveness of control authorities' work. At present, there is no official data on budgetary burden, connected with funding the process of conducting internal financial audit by relevant units of government institutions, enterprises, organizations etc.

Perhaps, it would be effective to build such system of risks and performance management where all the units, regardless of their scope of competence, at a certain stage of taking management decisions on finances, could conduct rapid audit by respective commissions (collegially) on the matter. In this case,

⁴ Kornyejev M.V. The essence and role of public financial control at the local level. *Bulletin of Dnipropetrovsk University. "Economics" Series*. 2011. Issue. 5. P. 120–125.

in the process of conducting internal financial audit, the financial control entity would reach the following objectives:

- all the decisions by the management are taken in the framework of their competence and legal requirements, there is a coordinated monitoring of the decision implementation;
- all the business transactions are made with the approval of management;
- all the business transactions are credibly presented in full in the accounting records and financial reporting;
- the access to monetary and material assets is possible only with the approval of management;
- the data in accounting records is followed up by physical verification of assets, custody of assets is ensured.

The main criteria of assessment of internal financial control effectiveness should be as follows:

- having a monitoring unit in the enterprise structure or a relevant staff position, internal regulations on conducting internal financial audit, assignment of the ones in charge of conducting audit and specification of their duties, which should encompass the entirety and comprehensiveness of control measures;
- efficiency of internal financial control, including when it comes to prevention, timely identification and correction of deviations from the established legal norms or preventing such deviations, allocation of reserves for increasing the efficiency of the studied processes;
- effectiveness of the mechanism to inform the enterprise management about the results of the internal financial control, provision of practical advice on improving the studied business processes and promptness of adequate feedback;
- practical implementation of the results of internal financial control.

2. The risk of managerial efficiency failure. The assessment of public financial control effectiveness should be carried out with regard to the following principles: 1) the principle of result-oriented comprehensive approach; 2) the functionality principle (responsibility of control for a specific process and result); 3) the principle of control being future-oriented and not just the past-oriented; 4) conceptuality of control (control of the whole management process, not its individual parts).

The effectiveness of state financial control should be determined as a sum total of several components. Firstly, it is the effectiveness and optimization in using budgetary funds, which mean that while budget management, the empowered institutions should act from the perspective of the need to achieve the predetermined results using the least amount of money or to achieve the best possible result staying within the budget. Secondly, the effectiveness of state financial control should be determined as a sum total of quality criteria, economic efficiency (the cumulative effect of the control activities of the state) and the responsibility of the monitoring institutions. Based on the analysis of the essence of finance and state financial control, one can conclude that the effectiveness of state financial control has a dual nature, including: the effectiveness of financial control from the point of view of management system (impact of the activities of control authorities) and the efficiency of public expenditures.

3. The risk of lack of competence and partiality. The monitoring activity is carried out at all the stages of budget management and at all the levels of budget system in order to prevent and stop violations, as well as to bring the perpetrators to justice. To ensure impartiality in making decision during the conduct of internal financial audit, the legisla-

tion enshrined the principle of responsibility of the budgeting process participants according to which every participant of the budgeting process bears responsibility for illegal actions or inaction at each stage of the budgeting process. The inevitability of being responsible is unfortunately at risk, and it is connected with corruption in law enforcement and judicial institutions and lack of competence of both financial control bodies and law enforcement officials, whose powers include the investigation of financial offenses and crimes. There has not been a single court conviction for financial crimes in recent times, though financial justice was the election campaign slogan of the current government.

In our opinion, the main risk is the lack of personnel and low motivation for attracting highly-skilled professionals, who are in demand in private sector on more favorable terms. It seems it would be a timely decision to form a state order for training of young personnel by higher educational institutions of Europe and the world specifically for such financial control bodies, knowing the experience of countries around the world in building an effective system of control and management of public finances. For example, the USA emphasize the management and development of human capital. Interestingly, these American organizations employ not only lawyers and economists, as they would do in Ukraine, but also experts in public policy and administration, social sciences, computer technologies.

There is also a practice to engage subject matter specialists if the necessity arises. Moreover, the organizations have internal training centers (GAO – Center for Audit Excellence; CIGIE – Training Institute). Among the popular training topics are problem-solving and critical thinking skills, that are undoubtedly important

in audit activity⁵. This kind of innovations would be appropriate in the Ukrainian realities as well, provided there is inevitable responsibility for committing financial crimes by government officials.

4. The risk related to financial control feasibility.

Studying the methods of assessing the internal financial control effectiveness, it is reasonable to focus on the necessity to change the ideology and the objectives of control:

- the objective should be not to reveal a number of financial violations after the end of the budget period, when it is hard or even impossible to recoup losses, but to prevent (prevention) or to minimize harmful consequences of committed violations;

- timely identification and destruction of any artificial schemes for the irrational and illegal use of public funds. An active role of control in economic management is seen in the fact that it is not limited to stating the deviations that took place, the emphasis should be shifted to preventing misuse, illegal and ineffective spending of public funds⁶.

5. Financial control performance risk.

The monitoring institution should not only document the defects and violations, but provide real assistance in eliminating them – this is exactly the main objective of control. The concept of control effectiveness is closely related to the performance criterion, which in its turn is inseparable from the criterion of con-

trol efficiency, which shows a positive impact on the content of activities of the monitored body or official under inspection. Performance is a quality or a skill of a controlling entity, using the powers granted by law, to ensure timely and full-scale implementation of recommendations, instructions, suggestions by the unit under audit.

At the present stage, the assessment of activities of a budget institution, based on the audit results, is made in two ways⁷: assessing the amounts of revealed financial violations according to acts of inspection (audits); assessing the presence and number of initiated criminal cases. Whereas the main task is ensuring the manager bears responsibility for all the aspects of institution activities, for achieving actual results in the issues of economy and effective use of budget funds, along with the fulfillment of planned tasks, etc.

Conclusions

To sum up, the task of the internal financial control should be interpreted as follows:

- risks analysis for making up a list of identified risks⁸ and their objective assessment;

- studying the existence of internal regulations on risk management, their implementation and well-timed provision for administration and employees of information service on risks management;

⁷ Bondar O.V., Kantayeva O.V. The problem of lack of assessment of the activities of budget institutions based on the results of internal financial control and directions for its solution. *International collection of research papers*. 2010. Issue 2(20). P. 53–69.

⁸ On adopting the Basic principles of implementation of internal control by budget institutions and amendments to the Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine of 28 September 2011. No. 1001: the Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine of 12.12.2018 p. No. 1062. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1062-2018-%D0%BF#Text>.

⁵ Tools for Effective Internal Control and Audit Systems for Budgetary Institutions: The Experience of the United States. URL: [https://kyivaudit.gov.ua/vr/ka/index.nsf/\(documents\)/4687C8C42AD-1B53CC225810900237391?OpenDocument&-year=2017&month=04&](https://kyivaudit.gov.ua/vr/ka/index.nsf/(documents)/4687C8C42AD-1B53CC225810900237391?OpenDocument&-year=2017&month=04&).

⁶ Mykytyuk I. Assessment of risks in the system of internal financial control. *Bulletin of KNUTE*. 2011. No. 3. P. 42–50.

– analyzing administration’s “appetite for risks” and assessing the methods of control which are applied as response to risks. The attitude of an institution to risks is its “risk appetite” (or appetite for risks), it concerns the level of risks that the institution is ready to accept, and the risks for which

the corresponding measures will be developed;

– analysis of the implemented measures efficiency and assessment of the remaining risks;

– identification of high priority risks taking into account the final assessment of the remaining risks.

Historical preconditions for the formation of citizens' right to use natural objects of the ownership right of the people of Ukraine*Branovytskiy Viktor**PhD in Economics,**Attorney at Law, Senior partner Law Firm "KB Partners"**ORCID ID: 0000-0002-4339-2214*

The article is focused on determining the historical preconditions for the formation of citizens' right to use natural objects of the ownership right of the people of Ukraine. The author of the article has provided a brief characteristics of the state of rights to natural objects, which was during the primitive communal system with the formation of the first states (Scythia, the Bosphorus Kingdom), during the existence of Kievan Rus, Kingdom of Galicia-Volhynia, the entry of Ukrainian territories into the Grand Duchy Lithuanian, the Polish-Lithuanian Commonwealth, in the Ukrainian Hetman state and as part of the Austro-Hungarian and Russian Empires. Particular attention has been paid to the main stages of the formation of citizens' right to use natural objects of the ownership right of the people of Ukraine, which included: the norm enshrined in the Art. 40 of "Ustavy na voloky" dated from April 1, 1557, which for the first time guaranteed the legal opportunity of citizens to use natural resources freely and free of charge, contained the terms for their use and the principles of control over their observance; the first formation of people's ownership for natural objects and the right of the population to use them during the Polish-Lithuanian Commonwealth on the territory of Zaporozhian Cossack host; the first official registration of people's ownership of natural objects and the right of citizens to use them in 1917 after the bourgeois-democratic revolution; final legislative proclamation and consolidation of the people's ownership right to natural objects and the rights of citizens to use them after Ukraine's secession from the USSR and the construction of a new state on democratic principles and values. The author of the article has concluded that the formation of citizens' right to use natural objects of the ownership right of the people of Ukraine was influenced by a number of circumstances, among which the author has distinguished: the origin and registration of the ownership rights to natural objects; public awareness of the essence of the ownership and the formation of respect for it; the emergence of a state that ensures the observance of rights to natural objects; reduction of the influence and subsequent disappearance of mogul's power and the formation of a democratic system in the state (or certain administrative and territorial units).

Історичні передумови становлення права громадян на користування природними об'єктами права власності народу України*Брановицький Віктор Володимирович**кандидат економічних наук,**адвокат, старший партнер АО «КБ Партнерс»**ORCID ID: 0000-0002-4339-2214*

Вступ

Право громадян на користування природними об'єктами права власності народу України є одним з конституційних прав громадян, що свідчить про його основоположний характер. Однак у наукових джерелах йому майже не приділяється уваги. Зокрема, наголосимо на тому, що нині відсутні дослідження історичного аспекту його становлення, поняття, змісту, механізму реалізації та ін. Брак наукових розробок впливає на те, що повноцінного усвідомлення його сутності наразі немає, у наукових працях народна власність розглядається подекуди як умовна, а у нормативно-правових актах допущено чимало колізій. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне підкреслити важливість наукового пізнання названого права, оскільки від його розуміння залежить можливість його реалізації громадянами та стан його дотримання. Тому, передусім, варто з'ясувати його історично-правове підґрунтя, яке дозволить встановити, що вплинуло на формування вказаного права, за яких умов воно гарантувалось громадянам і коли вперше виникло в українському праві. Отримані результати сприятимуть формуванню уяви про сутність цього права та являтимуть собою базис для його подальшого дослідження.

З огляду на це **метою статті** є визначення історичних передумов становлення права громадян на користування природними об'єктами права власності народу України.

Виклад основного матеріалу

Вивчення наукових джерел дозволяє встановити, що право громадян на користування природними об'єктами права

власності народу України гарантувалось не завжди, що було зумовлене низкою причин. Так, у період первіснообщинного ладу природні об'єкти перебували у спільному користуванні общин: спільне полювання, рибальство, збиральництво, землеробство, скотарство тощо. Потреби в офіційному встановленні права власності, його оформленні та нормативному регулюванні порядку природокористування не було, оскільки не існувало визнаних та усвідомлюваних прав і свобод людини, не існувало держави, яка б забезпечила їх дотримання, а природні об'єкти набувались у користування шляхом заселення вільних територій або завоювання зайнятих¹, що вказує також на відсутність визнання й поваги до чужих меж і володінь. За таких умов неможливо було вести мову про наявність народної власності на природні об'єкти, адже нічого з них у власності не перебувало.

З появою перших держав (Скіфія, Боспорське царство) і виникненням класового суспільства передумов для формування народної власності також не існувало. Зокрема, з утвердженням влади одноосібних правителів і посиленням їх впливу починаючи з VII ст. до н.е. зародилась традиція віднесення природних

¹ Першиц А.И., Монгайт А.П., Алексеев В.П. История первобытного общества : учебник. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Высш. школа, 1982. 223 с. URL: <https://arheologija.ru/pershits-mongayt-alekseev-istoriya-pervobyitnogo-obshhestva/> (дата звернення: 12.06.2021).

Бунятян К.П. Развитие форм собственности у первичному обществу. *Археология*. 1992. Вып. 3. С. 3–13.

Тарасевич В. Эволюция власти-собственности в общине та племени. *Экономическая теория*. 2014. № 4. С. 61–78.

Тарасевич В. Власть-собственность у племенном союзе. *Экономическая теория*. 2016. С. 18–32.

Заець А.П. Первісне суспільство і право. *Наукові записки НАУКМА. Юридичні науки*. 2018. Т. 2. С. 13–19.

об'єктів до сфери власності правлячої верхівки, заможних і впливових суб'єктів (наприклад, у пізніші часи це були бояри, князі, шляхта, представники духівництва тощо), за якої володарі (царі, у подальшому – великі князі, королі, імператори) вважались їх верховними власниками і визначали порядок доступу до них інших суб'єктів. Верстви населення, які не могли бути власниками природних ресурсів (спочатку купці та ремісники, потім – селяни), могли володіти та/або користуватись природними ресурсами на засадах оренди (хоча й не завжди ці відносини оформлювались саме як орендні): вони зазвичай тимчасово користувались природними об'єктами (насамперед землею) як чужою власністю на визначених землевласником умовах, які включали виконання повинностей у вигляді військової служби або різних робіт, зокрема у полях, на його користь та/або здійснення оплати у грошовій та/або натуральній формах². Такий порядок зберігався у часи існування Київської Русі³, Галицько-Волин-

ського князівства⁴, входження українських територій до складу Великого князівства Литовського⁵, Речі Посполитої⁶, певним чином в Українській гетьманській державі⁷

Гуржій О.І., Марочко В.І. Земельна власність. Енциклопедія історії України : в 5 т. Т. 3 : Е-Й / ред. кол.: В.А. Смолій (гол.) та ін. Київ : Наукова думка, 2005. С. 327–328.

⁴ Дудник О.В. Історія держави і права України : навчально-методичний посібник для самостійного вивчення дисципліни. Умань, 2012. С. 25. URL: <https://dspace.udpu.edu.ua/bitstream/6789/4946/1/Istoriya%20derzhavy%20i%20prava%20Ukrayiny.pdf> (дата звернення: 12.06.2021).

Іванов В.М. Історія держави і права України : підручник. Київ : КУП НАНУ, 2013. С. 120–121.

⁵ Захарченко П.П. Історія держави і права України : підручник. Київ : Атіка, 2005. С. 67.

Статути Великого князівства Литовського : У 3-х томах. Т. I. Статут Великого князівства Литовського 1529 року / За ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. Одеса : Юридична література, 2002. С. 262, 271.

Статути Великого князівства Литовського : У 3-х томах. Т. II. Статут Великого князівства Литовського 1566 року / За ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. Одеса : Юридична література, 2003. С. 355.

Статути Великого князівства Литовського : У 3-х томах. Т. III. Статут Великого князівства Литовського 1588 року / За ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. Одеса : Юридична література, 2004. С. 240.

Устава на волоки (1 квітня 1557 р.) : витяг. Матеріали з навчального предмета «Історія держави і права». URL: <https://textbooks.net.ua/content/view/880/17/> (дата звернення: 12.06.2021).

⁶ Захарченко П.П. Історія держави і права України : підручник. Київ : Атіка, 2005. С. 86, 93.

Гуржій О.І., Чухліб Т.В. Україна крізь віки : у 15 т. Т. 8. Гетьманська Україна. Київ : Вид-чий Дім «Альтернативи», 1999. С. 266.

⁷ Захарченко П.П. Історія держави і права України : підручник. Київ : Атіка, 2005. С. 171–172.

Мельник О.О. Еволюція земельних відносин доби козаччини у XVII–XVIII ст. *Збірник наукових праць Таврійського державного археологічного університету (економічні науки)*. 2017. № 2 (33). С. 314–320.

Дудник О.В. Історія держави і права України : навчально-методичний посібник для самостійного вивчення дисципліни. Умань,

² Іванов В.М. Історія держави і права України : підручник. Київ : КУП НАНУ, 2013. С. 42.

Дудник О.В. Історія держави і права України : навчально-методичний посібник для самостійного вивчення дисципліни. Умань, 2012. С. 13, 15. URL: <https://dspace.udpu.edu.ua/bitstream/6789/4946/1/Istoriya%20derzhavy%20i%20prava%20Ukrayiny.pdf> (дата звернення: 12.06.2021).

Заруба В.М. Історія держави і права України : навчальний посібник. Київ : Істина, 2006. 416 с. URL: <https://histua.com/knigi/istoriya-derzhavi-i-prava-ukraini-zaruba/osoblivosti-derzhavi-i-pravobosporskogo-carstva> (дата звернення: 12.06.2021).

³ Захарченко П.П. Історія держави і права України : підручник. Київ : Атіка, 2005. С. 36.

Бойко І.Й. Правове регулювання майнових відносин у Київській Русі (IX–XII ст.). *Актуальні проблеми держави і права*. 2013. Вип. 70. С. 391–396.

Давня історія України: в 3-х томах. Т. 3: Слов'яно-Руська доба / Асеев Ю.С. та ін. ; ред. кол. П.П. Толочко (гол. і відп. ред. тому). Київ : Інститут археології НАН України, 2000. С. 386–391.

та у складі Австро-Угорської і Російської імперій (зауважимо, що, незважаючи на розпочату в імперський період політику зрівняння різних верств населення у правах на природні об'єкти та впровадження різних форм власності на них, відносини природокористування продовжували здійснюватись у вказаному порядку)⁸.

2012. С. 57. URL: <https://dspace.udpu.edu.ua/bitstream/6789/4946/1/Istoriya%20derzhavy%20i%20prava%20Ukrainy.pdf> (дата звернення: 12.06.2021).

Іванов В.М. Історія держави і права України : підручник. Київ : КУП НАНУ, 2013. С. 280.

Пиріг П. Про українську шляхту в XVII столітті. *Сіверянський літопис*. 2008. № 2. С. 13–21.

⁸ Коритко Л.Я. Становлення і розвиток природоохоронних інститутів в Австро-Угорській імперії: історико-правовий вимір (на матеріалах Східної Галичини 1867–1918 рр.) : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2017. С. 75, 79, 81, 99, 236–237.

Allgemeines Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch. Wien, 1811. URL: http://repertorium.at/qu/1811_oestabgb.html#2.001 (дата звернення: 12.06.2021).

Kaiserliches Patent vom 3. December 1852, wirksam für die Kronländer Oesterreich unter und ob der Enns, Salzburg, Steiermark, Kärnthen, Krain, Görz, Gradiska, Istrien, Triest, Tirol und Vorarlberg, Böhmen, Mähren, Schlesien, Galizien mit Krakau und die Bukowina, wodurch für diese Kronländer ein neues Forstgesetz erlassen, und vom 1. Jänner 1853 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird. URL: <https://cdk.lib.cas.cz/view/uuid:7c59cb6b-a130-4b94-ade8-1c73b3f3055d?page=uuid:36707886-5cd5-11e8-a9b6-001999480be2> (дата звернення: 12.06.2021).

Спільний Уставъ про підданихъ, що вийшли зпід кріпацтва : від 19 лютого 1861 р. *Переводъ П. А. Кулиша на українській языкъ манифеста 19 февраля 1861 года и Положенія о крестьянахъ* / передмова Г. Вашкевича. отгискъ изъ журнала «*Кіевская Старина*». Київ : Типографія Імператорокаго Университета св. Владимира Акц. О-ва печ. и изд. дѣла Н.Т. Корчакъ-Новицкаго, 1905. URL: <http://litopys.org.ua/rizne/kulmanif.htm> (дата звернення: 12.06.2021).

Мельник О.О. Аграрна реформа П.А. Столипіна та її вплив на становище селян Лівобережної України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. № 1. С. 48–51.

Ігнатова Л.Р. Особливості Столипінської аграрної реформи в Україні у дослідженнях останнього десятиліття. *Сторінки історії*. 2017. Вип. 43. С. 51–58.

Водночас уже з XVI ст. почали відбуватись певні зрушення у напрямі формування права громадян на користування природними об'єктами народної власності. Так, в арт. 40 Устави на волоки від 1 квітня 1557 р.⁹ було закріплено, що «піддані мають вольність ловити рибу в ріках, озерах вудкою, броднем, тригубицею, малими сітками. Однак у квітні, травні, червні ловля риби забороняється, оскільки йде нерест. За дотриманням цього повинні стежити в'ярд і неводники»¹⁰. Наведене положення нагадує за своїм змістом сучасний порядок загального користування водними об'єктами народної власності. Це дає змогу стверджувати, що воно містило у собі зародки названого права, адже це була перша норма, яка гарантувала правову можливість громадян вільно і безоплатно користуватись природними ресурсами, містила умови користування ними та засади контролю за їх дотриманням.

Більший крок на шляху до становлення вказаного права було, на нашу думку, здійснено у Речі Посполитій (XVI–XVII ст.ст.). А саме хоча й в окремих українських регіонах, підвладних їй, продовжував діяти окреслений вище порядок природокористування (наприклад, у Галичині, Правобережній Україні)¹¹, але на території Запо-

Указ П. Столыпина о дополнении постановлений в вопросах крестьянского земледелия (9 ноября 1906). URL: <https://constitutions.ru/?p=27192> (дата звернення: 12.06.2021).

⁹ Устава на волоки (1 квітня 1557 р.) : витяг. Матеріали з навчального предмета «Історія держави і права». URL: <https://textbooks.net.ua/content/view/880/17/> (дата звернення: 12.06.2021).

¹⁰ Устава на волоки (1 квітня 1557 р.) : витяг. Матеріали з навчального предмета «Історія держави і права». URL: <https://textbooks.net.ua/content/view/880/17/> (дата звернення: 12.06.2021).

¹¹ Мельничук Н.С. Земельні правовідносини та особливості їх регулювання у Галичині (XVI

розьких Вольностей (Запорозької Січі) сформувалась, на нашу думку, народна власність на природні об'єкти (проте зауважимо, що сформульованою у такий спосіб і закріпленою на нормативному рівні вона ще не була). Так, земля та угіддя вважались спільною власністю Війська Запорозького, були у повному розпорядженні козацького Коша, а порядок володіння й користування ними встановлювався звичаєвим правом запорожців. Земельні ділянки відводились Кошем у користування козакам і посполитим (селянам) на їх прохання, що супроводжувалось виданням документа про право користування земельною ділянкою. Земельні ділянки поділялись на дві категорії, до яких застосовувались різні правила набуття, зміни і припинення їх користування: 1) мисливські та рибальські угіддя, сіножаті, пасовища, які щороку перерозподілялись між куренями, старшиною, духовництвом, одруженими козаками та рештою населення шляхом жеребкування; 2) вільні землі, якими за дозволом Коша міг довічно володіти і користуватись кожен бажаючий із козаків і посполитих. За користування сплачувався податок і виконувались повинності на користь козацького товариства¹².

Для підтвердження сформульованої вище думки щодо народної власності підкреслимо декілька важливих обставин. Так, Запорозька Січ була цілісною військово-політичною організацією із власними територією, населенням, правовою системою, органами влади, політичним устроєм на

ст.–1772 р.). *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2015. Вип. 32. Т. 1. С. 46–51.

Гуржій О.І., Чухліб Т.В. Україна крізь віки : у 15 т. Т. 8. Гетьманська Україна. Київ : Вид-чий Дім «Альтернативи», 1999. С. 267.

¹² Захарченко П.П. Історія держави і права України : підручник. Київ : Атіка, 2005. С. 128–129.

базі козацької демократії, формою правління – демократичною республікою¹³. Однак офіційно вона не була окремою державою, оскільки у період XVI–XVII ст.ст. перебувала у складі Речі Посполитої¹⁴ і з другої половини XVII ст. – Української гетьманської держави, хоча й зберігала автономний статус¹⁵. Зважаючи на вказане, Запорозьку Січ слід вважати автономною республікою у складі названих держав. Але у такому разі важко визначити форму власності на земельний фонд Запорозької Січі, оскільки вона не була ані державною (земля була виключною власністю Запорозької Січі, а не Речі Посполитої чи її правителя), ані общинною (община не володіє ознаками автономної республіки, а тому поняття общини є занадто дрібним для ототожнення з ним Запорозької Січі). На нашу думку, з огляду на демократичний устрій Запорозької Січі і належність земель на праві спільної власності, тобто населенню Січі загалом (не лише військовим, але й селянам), з можливістю користування ними та щорічним перерозподілом між кожним окремим членом козацького товариства, можна говорити про власність народу, який проживав на територіях Запорозьких вольностей. У такому разі вважаємо, що у період, коли земля була виключною власністю козацького товариства, населення Запорозької Січі володіло правом користування природними об'єктами права власності Українського

¹³ Захарченко П.П. Історія держави і права України : підручник. Київ : Атіка, 2005. С. 121–125.

¹⁴ Ситник О.М., Гажева К.М. Державотворчий розвиток Запорозької Січі як зразок середньовічного військово-лицарського ордену. *Історичний збірник Мелітопольського державного педагогічного університету імені Богдана Хмельницького*. 2015. № 3. С. 126–136.

¹⁵ Захарченко П.П. Історія держави і права України : підручник. Київ : Атіка, 2005. С. 172.

народу на території такої автономної республіки. Щодо отримання документа про право користування землею, сплати податків і виконання повинностей, то це, на нашу думку, дозволяє віднести користування землею до категорії спеціального природокористування.

Одразу зауважимо, що у такому разі не йдеться про схожість з орендними відносинами, про яку ми зазначали вище, характеризуючи відносини природокористування в інші історичні періоди та під час перебування українських територій у складі інших держав, оскільки вони відрізняються за визначальними ознаками: у схожих на орендні відносинах, за яких певні верстви населення платно (за плату у грошовій і натуральній формах, виконання повинностей) користувались природними об'єктами, їх власниками виступали інші особи; природокористувачі не були складовою частиною населення, якому належали природні ресурси на праві власності; спільної, зокрема народної форми власності на них не існувало, вони належали одноосібним суб'єктам: правителям, шляхтичам (або іншим представникам знаті та аристократії у попередні історичні періоди), духовництву; оплата здійснювалась на користь власників природних об'єктів; порядок доступу та користування такими об'єктами визначався або їх власниками, або на нормативному рівні. Це, на нашу думку, додатково підтверджує позицію щодо можливості визнання народної форми власності на землі Запорозької Січі та визначення правових можливостей її населення на користування ними як права на користування природними об'єктами права власності Українського народу в межах Запорозької Січі.

Отже, викладене дозволяє зробити висновок, що у часи Речі Посполитої на

території Запорозької Січі вперше в історії України з'являється народна власність на природні об'єкти, а у населення, яке проживало у Запорозьких вольностях, – права на користування ними. Проте після утворення Української гетьманської держави і посилення на неї впливу з боку московського царя, який став верховним правителем земель Запорозьких Вольностей¹⁶, останні фактично втратили значення народної власності, оскільки більше не перебували у виключній власності козацького товариства.

Повторно та вже офіційно право народної власності на природні ресурси і право громадян на користування ними оформились в Україні у 1917 р. після буржуазно-демократичної революції і розпаду Російської імперії, коли було проголошено Українську Народну Республіку. Зокрема, першої нормативно-правової регламентації вони набули у III Універсалі Української Центральної Ради від 7 (20) листопада 1917 р.¹⁷.

Остаточні вони були проголошені після виходу України зі складу СРСР та побудови нової держави на демократичних засадах і цінностях й закріплені на нормативному рівні у ст. 1 Земельного кодексу (далі – ЗК) УРСР від 18 грудня 1990 р.¹⁸ та ст. 1 Закону УРСР «Про власність» від 7 лютого 1991 р.¹⁹.

¹⁶ Захарченко П.П. Історія держави і права України : підручник. Київ : Атіка, 2005. С. 129, 137–138, 172.

¹⁷ (III) Універсал Української Центральної Ради : від 7 (20) листопада 1917 р. URL: <http://gska2.rada.gov.ua/site/const/universal-3.html> (дата звернення: 12.06.2021).

¹⁸ Земельний кодекс Української РСР : від 18 грудня 1990 р. № 561-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР)*. 1991. № 10. Ст. 98.

¹⁹ Про власність : Закон Української Радянської Соціалістичної Республіки від 7 лютого 1991 р. № 697-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР)*. 1991. № 20. Ст. 249.

Висновки

Таким чином, викладене дозволяє наголосити на тому, що основними передумовами становлення права громадян на користування природними об'єктами права власності народу України були такі: 1) виникнення й оформлення прав власності на природні об'єкти; 2) усвідомлення суспільством сутності власності та формування (своєрідної) поваги до неї; 3) поява держави, яка забезпечує дотримання прав на природні об'єкти; 4) зменшення впливу та згодом зникнення влади одноосібного правителя і формування демократичного устрою у державі (або

окремих адміністративно-територіальних одиницях): вперше природні об'єкти стали власністю народу Запорозької Січі, а її населення було наділене правовими можливостями користування ними у період XVI–XVII ст.ст., коли природні об'єкти були спільною власністю Війська Запорозького, а Запорозька Січ мала автономний статус у складі Речі Посполитої; вдруге вони були проголошені після розпаду Російської імперії та приходу нової демократичної влади на території України (Української Центральної Ради); востаннє – після набуття Україною суверенітету й початку формування правової, демократичної держави.

**Some aspects of development the current family legislation in the context
of the recodification of the Civil Code of Ukraine**

Bulat Ievgeniia

Doctor of Juridical Sciences,

Senior Researcher

*Prydniprovsky Scientific Center of the National Academy of Sciences of Ukraine
and the Ministry of Education and Science of Ukraine*

Pankevych Ivan

Doctor of Juridical Sciences,

Professor of Department of Constitutional Law and Industry Disciplines

National University of Water and Environmental Engineering of Rivne, Ukraine

Pichko Roman

Candidate of Juridical Sciences, attorney

Assistant Professor of Department of Civil Law Disciplines

State University of Internal Affairs of Dnipro, Ukraine

Today, the European vector of development of Ukraine makes it necessary to bring the national statutory regulations in line with the regulations and standards of the European Union and, in particular, to unify civil legislation in the context of certain issues related to aspects of private law regulation of public relations. A well-structured system of private law is not only a guarantee of transparency of national legislation for its respective subjects, but also a basis for the implementation of private interests. Accordingly, the rapid development of public relations today requires the search for the most effective ways for recodification of the current civil legislation in the context of private law regulation. In this context, the issue of the need for private law regulation of the sphere of family relations is relevant. Thus, understanding the importance of modern recodification of civil legislation not only from the point of view of its rationalization but also in view of the possibility of creating a single or at least conceptually unified legal act of private law, the authors of this article would like to draw attention to private law regulation and standardization of this area. It allows to make decisions related to further innovative country development more efficiently. The development of proposals and recommendations on the need for recodification of the civil legislation of Ukraine through the prism of European and world experience in the field of family relations will make it possible to more effectively resolve topical issues related to their private law nature. Developed proposals for the recodification of civil legislation, in particular, demonstrate the similarity of the private law nature of civil and family law, which is the unifying basis for the inclusion of legal norms that regulate family relations into the Civil Procedure Code of Ukraine, that is the representative of private law of Ukraine, which will allow to properly regulate existing public relations in this area.

Деякі аспекти розвитку чинного сімейного законодавства в контексті рекодифікації Цивільного кодексу України

Булат Євгенія Анатоліївна

доктор юридичних наук,

старший дослідник

Придніпровського наукового центру НАН України і МОН України

Панкевич Іван Миронович

доктор юридичних наук,

професор кафедри конституційного права та галузевих дисциплін

Рівненського національного університету водного господарства

та природокористування, Україна

Пічко Роман Сергійович

кандидат юридичних наук, адвокат,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Дніпровського державного

університету в внутрішніх справах, Україна

Вступ

На сучасному етапі європейського вектора розвитку України виникає необхідність приведення норм національного законодавства у відповідність до норм та стандартів Європейського Союзу, що, зокрема, стосується уніфікації чинного цивільного законодавства в контексті окремих питань, пов'язаних з аспектами приватноправового регулювання суспільних відносин. У цьому сенсі актуальним є питання доцільності приватноправового унормування сфери сімейних відносин, у зв'язку з чим автори вважають за доцільне привернути увагу до приватноправового регулювання і розвитку зазначеної сфери. Отже, з огляду на зазначене **метою** статті є визначення подальших можливих напрямів розвитку сфери сімейних відносин у контексті рекодифікації цивільного законодавства України крізь призму європейського та світового досвіду, що дасть можливість більш ефективно

врегулювати актуальні питання, пов'язані з їхньою приватноправовою природою.

Виклад основного матеріалу

У 19 Новелі імператор Візантійської імперії Лев VI Мудрий писав: «Не для того, щоб засуджувати, не для того, щоб возвеличити себе, ми робимо перегляд законів, але щоб у міру можливостей усунути невідповідні до життєвих потреб підданих»¹. Такий тогочасний поклик імператора до оновлення візантійського законодавства, яке вже існувало не одне століття, може бути яскравим епіграфом до рекодифікації сучасного цивільного законодавства, яка нині поступово розпочинається в Україні.

Безумовно, що стаття А. Довгерта «Рекодифікація Цивільного кодексу України:

¹ Сюзюмов М.Я. «Василики» как источник для внутренней истории Византии. Византийский Временник. 1958. Т. XIV. С. 67–75.

основні чинники і передумови для старту»² з новою силою спонукала вельмишановних цивілістів та господарників до дискусії про долю Господарського кодексу України і господарського права загалом. Не втручаючись у хід зазначеної дискусії, хочемо запропонувати для обговорення інший дискурс рекодифікаційних робіт щодо включення норм сімейного законодавства до оновленого Цивільного кодексу України як законодавчого вираження концепції національного приватного права, який би врегульовував права та обов'язки особи, незалежно від об'єкта приватно-правових відносин, учасником яких така особа може бути.

Відомими зарубіжними і вітчизняними вченими досить тривалий час порушувалося питання правових підстав, якими можна було б обґрунтувати і виправдати здійснення важливих рішень, пов'язаних з рекодифікацією або іншою модернізацією національних законодавств у тому чи іншому їх поєднанні. Так, зокрема, Рене Кабріяк одним з ключових моментів у необхідності подальших дій, пов'язаних з рекодифікацією, називає «правову невизначеність». «Оскільки потреба в кодексі – це потреба в правовій визначеності, яку відчуває нині суспільство і абсолютно кожний його член», Р. Кабріяк вважає, що «кодифікація є відповіддю на потребу у правовій невизначеності»³.

Отже, одним з найбільш актуальних питань, яким нині опікуються представники наукових і професійних кіл у галузі юриспруденції, є питання подальшої рекодифікації чинного цивільного законодавства України

² Довгерт А. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1. С. 27–41.

³ Рене Кабріяк. Кодификации. Москва : Статут, 2007. 476 с. С. 115.

в контексті визначення найбільш оптимального та ефективного механізму її здійснення і визначення належних підстав для цього. Г.В. Журбелюк підкреслює об'єктивні обставини, якими нині зумовлена необхідність кодифікації як такої. Зокрема, вченим відзначено, що «кодифікація зумовлена об'єктивно сформованими процесами суспільного розвитку, активізацією законотворчого процесу, спробами інтеграції та узгодження законодавчого масиву, усунення суперечностей, колізійних норм у праві. Це стало особливо відчутним у зв'язку з прийняттям Цивільного, Сімейного, Господарського кодексів... коли стало абсолютно зрозуміло, що проведена кодифікація призвела не тільки до появи нових правових колізій, що не сприяє вирішенню нагальних проблем суспільного розвитку, а й додала безліч мовних недоречностей, стилістичних неточностей, неоднозначностей у термінологічному розумінні дефініцій»⁴.

До цього, на нашу думку, необхідно додати прагнення України і привести норми національного законодавства у відповідність до норм та стандартів Європейського Союзу, і уніфікувати законодавство в контексті окремих питань, пов'язаних з аспектами приватно-правового регулювання суспільних відносин. Діяльність українського парламенту, що спрямована на приведення українського законодавства у відповідність до європейських стандартів, відкриває шлях до поглиблення інтеграційних процесів з Європейським Союзом.

На наш погляд, цілісна структура оновленого Цивільного кодексу України неможлива без вирішення питання співіснування Цивільного та Сімейного кодексів, а також

⁴ Журбелюк Г.В. До проблеми кодифікацій українського права (короткий аналітичний огляд історії). *Наукові записки*. Т. 38. 2005. С. 33–38.

галузевої приналежності сімейного права загалом. Відомо, що дискусія щодо співіснування в Україні Цивільного кодексу та Сімейного кодексу має глибокі коріння. Так, у разі мотивування виділення сімейного права в окрему галузь права і кодифікації притаманних їй правових норм «точкою відліку» виступає стаття 1967 р. «Сімейне право як самостійна галузь права» відомого радянського вченого Є.М. Ворожейкіна, в якій він висвітлює свої погляди з приводу самостійності галузі сімейного права, зазначаючи, що існування сімейного права як самостійної галузі радянського права зумовлене об'єктивними передумовами: специфічним характером цивільних відносин, регульованих цією сукупністю правових норм; специфічними цілями, які таким регулюванням досягаються; специфічним методом, який забезпечує найкраще досягнення цих цілей⁵. І справді, специфічний характер суспільних відносин, врегульованих сімейним законодавством, було закріплено в Основах цивільного законодавства Союзу РСР і республік та республіканських кодексах про шлюб та сім'ю. Так, зокрема, в Преамбулі Кодексу про шлюб та сім'ю Української РСР 1969 р. між іншим закріплювалося гасло щодо турботи про радянську сім'ю, в якій гармонійно поєднуються громадські та особисті інтереси громадян, остаточне очищення сімейних відносин від матеріальних розрахунків, усунення залишків нерівного становища жінки в побуті і створення комуністичної сім'ї, в якій знайдуть своє повне задоволення найбільш глибокі особисті почуття людей. Це корелювалося із ч. 1 ст. 6 цього Кодексу, в якій закріплювалося, що правове регулювання шлюбних і сімейних відносин

в Україні здійснюється тільки державою⁶. Як бачимо, примат державних інтересів закріплювався і у таких інтимних відносинах, як сімейні. Надалі в прийнятій у 1977 р. Конституції СРСР у ст. 53 чітко було зафіксовано, що сім'я перебуває під захистом держави⁷. Аналогічну норму встановлювала ст. 51 прийнятої у 1978 році Конституції Української РСР⁸. Це відображало пануючі у той час державні погляди, за яких держава, беручи на себе функцію визнання шлюбних відносин, виражала цим суспільну зацікавленість у взаєминах між статями і одночасно створювала необхідну передумову для ефективного впливу на них⁹.

З відходом СРСР у цивілізаційну спадщину здійснюється переосмислення поглядів та підходів до правового регулювання суспільних відносин і сімейних зокрема. Так, чинна Конституція України 1996 р. у ст. 51 проголошує, що сім'я охороняється державою. Заміна дієслів «захищається/охороняється» означає заміну погляду держави щодо свого відношення до сім'ї, оскільки відомо, що охорона в широкому сенсі включає у себе заходи не тільки правового, але й економічного, політичного, організаційного та іншого характеру, спрямовані на створення необхідних умов для здійснення суб'єктивних прав, за допомо-

⁶ Кодекс про шлюб та сім'ю Української РСР : Закон України від 20.06.1969 р. № 2006-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1969. № 26. Ст. 204.

⁷ Кукушкин Ю.С., Чистяков О.И. Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик. 7 октября 1977 г. Очерк истории советской Конституции. Москва : «Политиздат», 1987. С. 315–365.

⁸ Конституція (Основний Закон) Української РСР : Основний Закон від 20.08.1978 р. № 888-IX. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1978. № 18. Ст. 268.

⁹ Свердлов Г.М. Брак и развод. Москва–Ленинград : ред. изд-ва «АН СССР», 1949. 148 с.

⁵ Ворожейкин Е.М. Семейное право как самостоятельная отрасль права. *Советское государство и право*. 1967. № 4. С. 29–37.

гою чого забезпечується сталість правовідносин у їх нормальному, непорушному стані. Отже, держава вже не є тим активним спостерігачем (зберігачем цнот) у сімейних відносинах, як це було у минулому.

Саме тому в ч. 2 ст. 1 чинного Сімейного кодексу України вказується, що регулювання сімейних відносин здійснюється цим Кодексом з метою:

- зміцнення сім'ї як соціального інституту і як союзу конкретних осіб;
- утвердження почуття обов'язку перед батьками, дітьми та іншими членами сім'ї;
- побудови сімейних відносин на паритетних засадах, на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги і підтримки;
- забезпечення кожної дитини сімейним вихованням, можливістю духовного та фізичного розвитку.

І регулятором сімейних відносин є вже не держава, а відповідний нормативно-правовий акт. Так, приватно-правовий характер сімейних відносин є незаперечним, а тому наявний і диспут щодо співвідношення цивільного та сімейного прав. Звернемо увагу, що ще Г.Ф. Шершеневич вказував, що «фізичний і моральний склад сім'ї створюється поза правом. Юридичні норми, якщо вони збігаються з етичними, видаються зайвими, якщо вони знаходяться в протиріччі, то боротьба їх нерівна, зважаючи на замкнутість і невловимість сімейних відносин. Юридичний елемент необхідний і доцільний у галузі майнових відносин членів сім'ї, для визначення внутрішніх і зовнішніх майнових відносин сім'ї»¹⁰. І оскільки нині у русі найбільш жвавих

дискусій щодо рекодифікації цивільного законодавства залишається відкритим питання подальшої необхідності окремого існування Сімейного кодексу, то постає питання: чи потрібно його залишати автономним, чи необхідно все ж таки включити його в Цивільний кодекс?

За словами Л.В. Красицької, заохочення дискусії щодо співвідношення сімейного та цивільного права зумовлене тим, що до проекту Цивільного кодексу України була включена книга шоста «Сімейне право», яка в подальшому була з нього виключена, оскільки проект Сімейного кодексу України як окремий кодифікований акт був прийнятий ще 5 травня 2001 р. Поряд з цим відомі цивілісти висловлювалися на користь існування автономного Сімейного кодексу, зокрема З.В. Ромовська підкреслювала необхідність визнання сімейного права як самостійної від цивільного галузі права, зважаючи насамперед на різний предмет правового регулювання¹¹. Також Т.В. Боднар у цьому контексті вказує, що сімейне право є своєрідним, специфічним правовим масивом і є всі підстави для визнання сімейного права самостійною галуззю українського права, яка містить як приватноправові (переважно), так і публічно-правові (які обслуговують власне сімейні відносини) норми. Подібне розуміння місця сімейного права дозволить йому не лише «не загубитися» і без того у складній і багатоаспектній палітрі цивільних відносин, але і далі розвиватися як самостійній галузі права,

¹⁰ Шершеневич Г.Ф. Русское гражданское право. Казань, 1894. 688 с. С. 455.

¹¹ Красицька Л.В. Співвідношення цивільного та сімейного права. Спогади про Людину, Вченого, Цивіліста-епоху (до 85-річчя від дня народження академіка Ярославни Миколаївни Шевченко)/за заг. ред. Р.О. Стефанчука. Київ: АртЕк, 2017. С. 176–186.

не обмеженій у регулюванні сімейних відносин приватноправовим характером норм ЦК України¹². Антитезою висловленому можуть бути погляди К.П. Победоносцева, який зазначав, що право встановлює лише зовнішні кордони сімейно-правових станів: шлюбу, споріднення, усиновлення тощо, але не регулює їх внутрішньої природи, що лежить у позаправовій сфері. Позитивний закон може стосуватися тільки однієї сторони цих відносин, з якою можливі зіткнення автономії родини з автономією держави. По-перше, держава може втрутитися в ці відносини для захисту особистості, коли вона пригнічується; по-друге, держава може визначити ознаки, за яких взагалі союз має право називатися сімейним, по-третє, нарешті, визначенню закону підлягають всі ті майнові відносини, які виникають між окремими особами внаслідок кровного зв'язку між собою¹³. Вважаючи сімейне право підгалуззю цивільного права, Р.А. Майданик висуває аргумент про те, що спільність приватноправової сутності загальноцивільних і сімейно-правових відносин дозволяє розглядати сімейне право невід'ємною складовою частиною (підгалуззю) галузі цивільного права. Сімейне право може розглядатися як спеціальне приватноправове утворення, на яке поширюються норми та інститути цивільного права з урахуванням особливостей, передбачених положеннями сімейного права¹⁴. Тотожною з цими поглядами

є теза, що немає ні теоретичних, ні практичних підстав для збереження самостійності сімейного права як самостійної галузі права¹⁵.

Загалом, існування Сімейного кодексу України як окремого кодифікованого нормативно-правового акта створює високу вірогідність віддаленості сімейних відносин від загальних засад приватно-правового регулювання¹⁶. Справді, якщо приватне право слугує реалізації інтересів осіб через набуття та здійснення ними прав та обов'язків, то концепція єдиного Цивільного кодексу України як цілісного документа приватного права все ж таки вимагає включення сімейного законодавства у такий документ, зокрема, що і було зроблено в проєкті Цивільного кодексу України 1996 р. як книги шостої «Сімейне право».

Необхідно зазначити, що об'єднання норм сімейного права та цивільного права в єдиному нормативно-правовому акті відповідає і історичній, і правовій традиції, що ведуть свій відлік від римського права через право Візантійської імперії. Зокрема, таке поєднання правових норм знайшло своє відображення у таких фундаментальних актах минулого, як Дігести Юстиніана (VI ст.), Еклога (VIII ст.), Прохірон (IX ст.).

В європейській традиції Нового часу найважливіше місце посідають Кодекс Наполеона (1804 р.) та Німецьке цивільне уложення (1896 р.), яке є взірцем кодифікації приватного права, і яке, на відміну від Кодексу Наполеона, безпосередньо

¹² Боднар Т.В. Сімейне право у системі права України. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 129–133.

¹³ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 2: Права семейственные, наследственные и завещательные. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/16/page_1.html#4.

¹⁴ Майданик Р.А. Развитие частного права Украины : монография. Київ : «Алерта», 2016. С. 226.

¹⁵ Антокольская М.В. Место семейного права в системе отраслей права в свете реформы законодательства о браке и семье. *Семейное право России: проблемы развития*. Москва, 1996. 512 с. С. 336.

¹⁶ Стефанчук Р.О. Проблеми реформування та кодифікації сімейного законодавства України. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. № 4. С. 139–145.

і виокремлює сімейне право у окрему книгу (IV)¹⁷.

А. Довгерт вказує, що моделі оптимальної регламентації для багатьох сфер приватноправових відносин нині пропонуються численними директивами і регламентами ЄС, іншими актами, зокрема, такими як Принципи, визначення та модельні правила Європейського приватного права, Проект Загальної системи координат (або Проект європейського приватного права), який хоча і створений як наукова модель патримоніального права без печатки офіційного схвалення, але все ширше застосовується у бізнесі та судовій практиці. Незважаючи на те, що цей документ Європейського наукового правничого співтовариства у статті 1:101 книги I «Загальні положення» вказує, що ці правила не застосовні, принаймні без відповідних змін або доповнень, до прав та обов'язків, які мають публічно-правову природу, а також якщо не передбачено інше стосовно сімейних відносин, які включають подружні та схожі з ними відносини¹⁸, це не є таким, що суперечить поглядам авторів цієї статті, оскільки ще у 2006 р. Оле Ландо вказував, що сімейно-правові акти країн-членів ЄС відображають національний характер, домінуючу релігію, традиції. Саме тому не може бути зближення сімейних законів, зокрема законів про розлучення¹⁹.

¹⁷ Бергман В., Суханов Е. Введение. Германское право. Ч.1: Германское уложение. Москва : «МЦФЭР», 1996. 552 с.

¹⁸ Principles, definitions and model rules of european private law. URL: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR.pdf.

¹⁹ Ерохина Е.В. Европейское семейное право. Оренбург : «Университет», 2016. 240 с.

Однак усе ж таки уніфікація та узагальнююча інтерпретація основоположних принципів, на яких побудована приватно-правова система ЄС, зокрема право на повагу до приватного та сімейного життя, знаходить своє відображення як у відповідних Конвенціях, Регламентах та Директивах, так і у судовій практиці ЄСПЛ та Суду ЄС. На регіональному ж рівні, тобто в країнах-членах ЄС, ускладнена уніфікація сімейного права як Європейського сімейного права не стоїть на заваді об'єднанню цивільного та сімейного права у єдиному приватно-правовому законодавчому акті. Наприклад, до березня 2014 р., коли в Угорщині набув чинності новий Цивільний кодекс, сімейні відносини врегульовувалися законом «Про шлюб, родину і опіку» 1974 р. (зі змінами). Так, у книзі IV «Сімейне право» Цивільного кодексу Угорщини містяться загальні положення про сімейне право, а саме захист шлюбу та родини, захист інтересів дітей, принцип рівності подружжя, принцип справедливості та захисту слабших. Окрім зазначених принципів, на сімейні відносини поширюються і основні принципи цивільного права, тобто цивільне право і сімейне право існують як загальне та спеціальне в межах єдиного акта – Цивільного кодексу²⁰. Аналогічне співвідношення, але в різних нормативних актах, ми знаходимо і в Україні, зокрема, ч. 1 ст. 8 Сімейного кодексу України передбачає, що якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані цим Кодексом, то вони регулюються відповідними нормами Цивільного кодексу

²⁰ Меркулова Т.А. Новый Гражданский кодекс Венгрии. Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2014. № 2. С. 226–233.

України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин²¹. Таке ж групування правових норм спостерігаємо і в інших країнах ЄС, наприклад у Чехії, де закон «Про сім'ю» 1963 р. замінив у 2014 р. Цивільний кодекс²²; Румунії, в якій Сімейний кодекс 1953 р. замінено у 2011 р. новим Цивільним кодексом²³; Литві, де у 2000 р. прийнято Цивільний кодекс, в якому регулюванню сімейного права присвячена Книга III²⁴.

Далі, наприклад, у Туреччині, сімейні правовідносини регулюються Цивільним кодексом Туреччини. Ця країна перша на всьому мусульманському Сході вийшла на рівень світського регулювання інституту сім'ї. Розроблений за швейцарським зразком Цивільний кодекс 1926 р. розходився з традиційно-ісламською установкою на понижене становище жінки у сім'ї: скасовувалася багатозубність, жінка зрівнювалася в правах з чоловіком у справах, що стосувалися вибору чоловіка (у тому числі іншої віри), розлучення, спадкування²⁵. На підставі Конституції 1946 р. в Японії були внесені важливі зміни до тексту Цивільного кодексу, які регулюють сімейні та спадкові правовідносини. В 1947 р. було скасовано інститут патріархальної сім'ї, жінка і чоло-

вік визнаються рівноправними учасниками сімейних, майнових, у тому числі і спадкових відносин²⁶.

Безумовно, є країни, в яких сімейне право має закріплення в окремому законодавчому акті, зокрема, це як держави-члени Європейського Союзу (Польща, Словаччина), так і держави, які не є членами ЄС (Молдова, Сербія). Однак, незважаючи на різність юридичної техніки, загальними рисами сімейного права країн ЄС є такі принципи, як рівність членів сім'ї, вільність згоди укладення шлюбу, моногамія, вирішення внутрішньосімейних питань за взаємною згодою. Як бачимо, ці принципи є відлунням принципів цивільного права, які деталізуються у сімейних відносинах, що належать до приватноправової сфери. Як бачимо, це ще раз підкреслює, що нині імперативні норми у сімейному праві відійшли у минуле, як і державна регуляція сімейних відносин, зокрема, на це вказує ч. 3 ст. 7 Сімейного кодексу України, визначаючи, що сімейні відносини регулюються лише у тій частині, у якій це є допустимим і можливим з точки зору інтересів їх учасників та інтересів суспільства²⁷.

Отже, наведене вище є логічним продовженням змін і цивільного, і сімейного законодавства та права і свідчить про заміщення імперативного методу регулювання сімейних відносин диспозитивним, що ще більше підкреслює однаковість приватноправової природи цивільного та сімейного права, що може і повинна бути об'єднуючим підґрунтям для поміщення правових

²¹ Сімейний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#n62>.

²² Смакович О.М. Опыт кодификации частного права в Чехии. *Журнал российского права*. 2013. № 1. С. 52–59.

²³ Алунару К. Реформа гражданского права в Румынии. URL: <https://center-bereg.ru/b6029.html>.

²⁴ Хазова О.А. Семейное право на постсоветском европейском пространстве: основные новеллы законодательства о браке и разводе. URL: <http://naukarus.com/semeynoe-pravo-na-postsovetskom-evropeyskom-prostranstve-osnovnye-novelly-zakonodatelstva-o-brake-i-razvode>.

²⁵ Блінова Г.О. Укладення шлюбу: порівняльна характеристика сімейного права України та Туреччини. *Право і суспільство*. 2013. № 5. С. 40–45.

²⁶ Чернецька О.В., Шилінгов В.С. Правові системи сучасності : навчальний посібник. Держ. податк. адмін. України. Нац. акад. держ. податк. служби України. Ірпінь, 2003. 101 с.

²⁷ Сімейний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#n62>.

норм, які регулюють сімейні відносини, до Цивільного кодексу України, який є нормативно-правовим актом – виразником приватного права України.

Висновки

З урахуванням викладених вище міркувань і спираючись на світовий досвід більшості країн у цьому напрямі, вважаємо за

доцільне включити норми сімейного права до складу майбутнього оновленого Цивільного кодексу України. Однаковість приватноправової природи цивільного та сімейного права є об'єднуючим підґрунтям для вміщення правових норм, які регулюють сімейні відносини, до Цивільного кодексу України, який є виразником приватного права України. Це дозволить упорядкувати наявні суспільні відносини у цій сфері.

**The role of tax policy in the crisis period
(reduction of financial and economic shakes of small business during the pandemic)**

Karmalita Mariia

Doctor of Law, Associate Professor;

Chief Researcher of the Research Institute of Fiscal Policy of the University of the State Fiscal Service of Ukraine, Ukraine

Myronenko-Shulhan Olena

Applicant of the Program of the third (educational and scientific) level of higher education in the University of

State Fiscal Service of Ukraine, Ukraine

The Article analyzes the actions taken by public authorities in Ukraine to promote the development and support of small business in accordance with strategic documents. Such documents are systematized and key provisions are demonstrated. The importance of business finances for the financial system of Ukraine is emphasized.

The Article reflects the impact of tax policy on the emergence and development of entrepreneurship in times of crisis. The author defines the role of tax levers in planning and conducting business. A description of the provisions of the Tax Code of Ukraine for changes during the 2020–2021 quarantine is provided. The COVID-19 pandemic has made many significant changes in the organization of socio-economic life. Public authorities around the world are taking decisive action to protect their citizens, promote small businesses in particular and encourage investment. The Ukrainian government is also responding to the crisis in a number of ways that are broadly in line with global trends.

The definition of “actions to promote small business”, “state financial support of small business” and others are proposed. We propose to understand the actions to promote small business as the system of actions of public authorities (state bodies and local governments) of financial, legal and organizational nature, introduced on the basis of current legislation and aimed at creating favorable conditions for development and support of small business. State financial support for small businesses is based on the principles of accessibility, equality, transparency, efficiency, balance of private and public interest, mutual responsibility of the state and business entities.

Emphasis is placed on the peculiarities of financial control over the activities of domestic businesses in the quarantine period. The indicators of appeals against the results of tax audits for 2020 – beginning of 2021 and court practice in tax disputes are analyzed. The need to introduce a coordinated financial and economic policy in the context of the state-business relationship was emphasized.

Formulation of the problem

Since 2012, the state has recognized the potential of small business at the legislative

level and programmed a number of measures to accelerate its development of small business, turn it into an effective mechanism for solving economic and social problems, promoting

economic restructuring, strengthening the economic base of regions and more¹. The signed Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, on the other hand², in particular its Section V “Economic and Sectoral Cooperation” in Chapter 10 “Industrial and Business Policy” contains a commitment to develop and strengthen cooperation to improve the business environment for all businesses, with a special focus on small and medium-sized enterprises.

The government has repeatedly approved a plan of actions to deregulate economic activity and improve the business climate, an action plan to increase Ukraine’s position in the World Bank’s Doing Business rating³. The document, the purpose of which is to coordinate the activities of public authorities in order to support small and medium enterprises in

Ukraine in modern conditions, is the Strategy for the development of small and medium enterprises in Ukraine until 2020⁴. Special support for business is discussed in the State Economic Incentive Program to overcome the negative effects caused by restrictive measures to prevent the emergence and spread of acute respiratory disease COVID-19 caused by SARS-CoV-2 coronavirus, for 2020–2022⁵. The documents specifies the following: small and medium-sized businesses play a key role in Ukraine’s economy, providing about 64 percent of value added, 81.5 percent of employees in businesses and 37 percent of tax revenues. The program provides support to small and medium-sized businesses, namely: solving the liquidity problem of small and medium-sized businesses by implementing measures aimed at preserving jobs, simplifying access to finance and reducing business costs; expanding access to markets by involving small and medium-sized businesses in the implementation of measures for socio-economic development of individual territories; optimization of regulation and simplification of administrative procedures for small and medium-sized businesses, which will be accompanied by the creation of an effective infrastructure to support entrepreneurship, etc.

¹ On the National Program of Promoting the Development of Small Business in Ukraine: Law of Ukraine No. 2157-III dated 21.12.2000. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2157-14#Text> (accessed on 09.06.2021); On Development and State Support of Small and Medium Entrepreneurship in Ukraine: Law of Ukraine No. 4618-VI dated 22.03.2012. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4618-17#Text> (accessed on 09.06.2021).

² Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, on the other hand dated 27.06.2014. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011?find=1&text=%D0%BC%D0%B0%D0%BB%D0%BE%D0%B3%D0%BE#w1_1 (accessed on 09.06.2021).

³ On approval of the action plan on deregulation of economic activity and improvement of the business climate, action plan on increasing Ukraine’s position in the World Bank’s Doing Business rating and recognizing as invalid some orders of the Cabinet of Ministers of Ukraine: Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 04.12.2019 No. 1413-p. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1413-2019-%D1%80#n26> (accessed on 09.06.2021).

⁴ On approval of the Strategy for the Development of Small and Medium Enterprises in Ukraine until 2020: Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 24.05.2017 No. 504-p. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/504-2017-%D1%80#Text> (accessed on 09.06.2021).

⁵ On approval of the State Program of Economic Stimulation to Overcome the Negative Consequences Caused by Restrictive Measures to Prevent the Occurrence and Spread of Acute Respiratory Disease COVID-19 Caused by Coronavirus SARS-CoV-2, for 2020-2022: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 27.05.2020 No. 534. URL : <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennya-derzhavnoyi-programi-stimulyvannya-ekonomiki-534-270520> (accessed on 09.06.2021).

Note that for the states, the events of 2020–2021 are full of serious challenges for business entities. The number of them was forced to suspend their activities or stop it altogether. In Europe and the world, in particular, the activities of public authorities, government agencies, NGOs are directed to overcoming the negative effects caused by restrictive measures to prevent the emergence and spread of acute respiratory disease COVID-19, helping businesses, including small business. Large-scale financial support programs have been launched. At the same time, tax policy is characterized by the introduction of a system of anti-crisis actions, which includes tax benefits, tax holidays, exemptions from liability for late payment of tax payments, suspension of tax audits and more. The Ukrainian government is also responding to the crisis with a number of measures mentioned above, including lowering tax rates, introducing tax benefits, and easing certain tax control measures. It is quite logical that changes in inspection practices are only temporary. Taxpayers have already felt the easing of the moratorium on inspections, and there is a warning to get tighter controls in general in the long run.

Analysis of latest research and publications. Problems of legal regulation of relations in terms of taxation, including that with the involvement of small business, is revealed in works of Yu. Anistratenko, D. Hetmantsev, S. Danilov, I. Krynytskyi, M. Kucheriavenko, O. Lukashev, N. Makhynich, V. Chaika, Ye. Shaptala and others. At the same time, there is no reason to consider the topic fully explored and all issues within this topic covered. Especially now, in the context of overcoming the negative consequences caused by restrictive measures to prevent the occurrence and spread of acute respiratory disease COVID-19.

The scientific community emphasizes the need to introduce a coordinated financial and economic policy in the context of both the functioning of the system of public authorities and the state-business relationship. When determining the package of fiscal measures to overcome the consequences of the pandemic for the Ukrainian economy, it is suggested to take the following basic provisions into account:

1) lack of sufficient funds for the implementation of financial assistance to businesses and the population determines the emphasis of state support on tax incentives of financial and non-financial nature. It is important to ensure convenience and reduce the time and money spent on the procedures required to fulfill the tax obligation by taxpayers;

2) targeted nature of tax incentives – state aid in the form of tax benefits, including installments of taxes;

3) intensification of the fight against the shadow sector of the economy, effective counteraction to tax offenses⁶.

The **purpose of the Article** is to study, analyze and summarize the features of measures taken by public authorities in Ukraine, in particular in the tax area, in order to promote the development and support of small business.

Presentation of the key material

The development of entrepreneurship in the country is inevitably associated with the functioning of relevant institutions (public authorities). It is not only about forming the legal basis of business, but also about cre-

⁶ Удосконалення податкової системи України в контексті викликів та загроз, спричинених поширенням COVID-19 / за заг. ред. О. Драган, С. Брехова, О. Нагорічної. Ірпінь: НДІ фіскальної політики, 2020. 96 с. С. 11–12.

ating favorable economic conditions for its development.

The research conducted by Yu. Anistratenko demonstrates the existence of a number of problems that arise in the relations concerning the taxation of small and medium business in Ukraine⁷. In particular, it is the constant change of tax legislation and tax pressure on these categories of entities, the difficulty of access to credit; lack of qualified personnel; administrative barriers.

An effective and balanced tax policy ensures stable tax revenues. We agree that in the process of implementing the tax policy, the state enters into an inevitable conflict related to the need to “invade” private property and to redistribute⁸ it further. If we consider the state as a source of regulating the relationship between private and public interests, there are potential threats that the interests of society and the state may harm the private interests. We also share the position of V. Chaika on ensuring a system of guarantees of rights and legitimate interests of taxpayers as a priority of state tax policy, the essence of which is the government’s creating a system of legal norms, principles, conditions and means to ensure proper implementation, protection and effective defense of their rights and legitimate interests by taxpayers, as well as the implementation of statutory legal obligations of each of the subjects of tax relations.

Both scholars and practitioners have repeatedly stated on the pages of scientific publications that modern tax relations are in a state of reformatting, renewal or modernization. We agree with the opinion of S. Danilov

that the existing tax relations in Ukraine are based mainly on the fiscal function and do little to promote business development⁹. According to V. Chaika, the construction of civil and democratic society in our country is inextricably linked with improving the efficiency of public authorities, in particular the State Tax Service, as the work of taxpayers largely depends on the conditions of doing business in the state and financial and budgetary support for the functioning of the entire state apparatus¹⁰. Indeed, the tax office has a significant impact on the development of entrepreneurship, tries to cooperate with mutual beneficence with business and promotes honest and transparent business conduct, proper fulfillment of tax obligations (for example, the annual All-Ukrainian rating “Honest Taxpayers”).

Tax legislation plays an important role in creating a favorable climate for entrepreneurs. According to Art. 3 of the Tax Code of Ukraine, this concept includes the Constitution of Ukraine; Tax Code of Ukraine; Customs Code of Ukraine and laws on customs matters; current international treaties, ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine which regulate taxation issues; normative legal acts adopted on the basis of and in pursuance of the Civil Code of Ukraine and laws on customs matters; resolutions of the Verkhovna Rada of the Autonomous Republic of Crimea, local governments on local taxes and fees, adopted according to the rules established by the Tax Code of Ukraine¹¹. We state the fact

⁹ Данілов С. Європейські стандарти у податкових правовідносинах. Підприємництво, господарство і право. 2020. № 6. Р. 183–187. Р. 183.

¹⁰ Чайка В. В. Правові форми реалізації державної податкової політики України : дис. ... д-ра юрид. наук. Ірпінь, 2017. 495 р. Р. 127.

¹¹ Tax Code of Ukraine, 02.12.2010 No. 2755-VI. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2755-17> (accessed on: 29.06.2021).

⁷ Аністратенко Ю. І. Правове регулювання оподаткування малого та середнього бізнесу в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук, Ірпінь, 2017. 460 р. Р. 5.

⁸ Чайка В. В. Правові форми реалізації державної податкової політики України : дис. ... д-ра юрид. наук. Ірпінь, 2017. 495 р. Р. 28.

that changes to the domestic tax legislation often complicate it and have a pro-fiscal nature and do not meet the task of the state to promote business development.

Tax changes in legislation during the quarantine period have been taking place since March 2020. This Article focuses on the provisions of the Civil Code of Ukraine, which have become innovations to reduce the financial and economic shocks for small business during the pandemic. We are talking about the Law of Ukraine “On Amendments to the Tax Code of Ukraine and Other Laws of Ukraine to Support Taxpayers for the Period of Actions Aimed at Preventing the Emergence and Spread of Coronavirus Disease (COVID-19)” No. 530-IX¹² dated 17.03.2020; Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Aimed at Providing Additional Social and Economic Guarantees in Connection with the Spread of Coronavirus Disease (COVID-19)” No. 540-IX¹³ dated March 30, 2020; Law of Ukraine “On Amendments to the Tax Code of Ukraine and Other Laws of Ukraine Concerning Additional Support to Taxpayers for the Period of Implementing Actions to Prevent the Emergence and Spread of Coronavirus Disease (COVID-19)” No. 591-IX¹⁴ dated 13.05.2020; Law

¹² On Amendments to Certain Laws of Ukraine to Support Taxpayers for the Period of Actions Aimed at Preventing the Emergence and Spread of Coronavirus Disease (COVID-19); Law of Ukraine No. 530-IX dated 17.03.2020. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/530-20#Text> (accessed on 09.06.2021).

¹³ On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Aimed at Providing Additional Social and Economic Guarantees in Connection with the Spread of Coronavirus Disease (COVID-19) No. 540-IX dated 30.03.2020. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/540-20#Text> (accessed on 09.06.2021).

¹⁴ On Amendments to the Tax Code of Ukraine and Other Laws of Ukraine Concerning Support to Taxpayers for the Period of Implementing Actions to

of Ukraine “On Amendments to the Tax Code of Ukraine and Other Laws of Ukraine on Liberalization of the Use of Registrars of Payment Transactions by Single Tax Payers and Abolition of the Mechanism of Compensation to Buyers (Consumers) for Complaints on Violation of the Established Procedure of Payment Transactions” No. 1017-IX¹⁵ dated 01.12.2020; Law of Ukraine “On Amendments to the Tax Code of Ukraine and Other Laws of Ukraine on Social Support of Taxpayers for the Period of Restrictive Anti-Epidemic Measures Introduced to Prevent the Spread of Acute Respiratory Disease COVID-19 Caused by SARS-CoV-2 Coronavirus in Ukraine” No. 1072-IX¹⁶ dated 04.12.2020. The innovations concern the following: temporary exemption from taxation; deferral or write-off of tax debt; establishing a moratorium on documentary and factual inspections; exemption from liability for certain tax offenses, etc. However, the position of the community, even the recipients, i.e. business, on their perfection is ambiguous. Needless to say about potential losses in budget revenues.

Prevent the Emergence and Spread of Coronavirus Disease (COVID-19); Law of Ukraine No. 591-IX dated 13.05.2020. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/591-20#Text> (accessed on 09.06.2021).

¹⁵ On Amendments to the Tax Code of Ukraine and Other Laws of Ukraine on Liberalization of the Use of Registrars of Payment Transactions by Single Tax Payers and Abolition of the Mechanism of Compensation to Buyers (Consumers) for Complaints on Violation of the Established Procedure of Payment Transactions No. 1017-IX dated 01.12.2020. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1017-20#Text> (accessed on 09.06.2021).

¹⁶ On Amendments to the Tax Code of Ukraine and Other Laws of Ukraine on Social Support of Taxpayers for the Period of Restrictive Anti-Epidemic Measures Introduced to Prevent the Spread of Acute Respiratory Disease COVID-19 Caused by SARS-CoV-2 Coronavirus in Ukraine No. 1072-IX dated 04.12.2020. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1072-20#Text> (accessed on 09.06.2021).

Anti-crisis measures have been taken in many countries around the world. The results of analytical studies show the variability of tax changes resulting from the epidemic: in the implementation of tax policy, many countries, including the United States, UK, France, Norway, Sweden, Lithuania and others, have chosen such a tool as deferral or installment payment of certain taxes or tax debt for certain categories of payers; Australia has offered tax breaks for investment and support for small and medium-sized businesses, and China has offered such support to transport, tourism, hotel and restaurant businesses, which have suffered significant losses due to the epidemic; Spain suspends procedural deadlines and provides for the possibility of deferring "small" overdue tax payments; in Austria, penalties for violating tax laws during the quarantine period are not applied, however there are certain exceptions¹⁷.

As we can see, the system of measures to promote small business, in addition to the so-called tax holidays has also weakenings in the tax control, which is a direct means of state influence on the activities of domestic businesses.

Tax audits are among the issues that are of constant concern to Ukrainian businesses. The Business Ombudsman Council has repeatedly stressed that complaints related to appeals against their results are among the top allegations of violations by state bodies, and the Council even chose tax audits as the topic of the final quarterly report for 2020¹⁸.

¹⁷ Драч С. Нова хвиля податкових заходів, спричинена COVID-19. URL : <https://taxlink.ua/ua/blog/nova-hvilya-podatkovih-zahodiv-sprichinena-covid19.htm> (accessed on 09.06.2021).

¹⁸ Quarterly Report of the Business Ombudsman Council (October-December 2020). URL : <https://boi.org.ua/publications/quarterlyreports/1369-kvartalnij-zv-t-radi-b-znes-ombudsmena-zhovten-gruden-2020/> (accessed on 29.05.2021).

According to the document, despite all the measures introduced by the Cabinet of Ministers of Ukraine to facilitate business conditions during the coronavirus crisis, 14% more complaints were received from entrepreneurs than in the same quarter last year. And if initially the number of complaints of the tax context decreased by 3% (from 297 to 289), it went up again in Q4 2020 (26% more complaints than in the previous quarter). In the period from March 18, 2020 to August 8, 2020, only some types of tax audits were conducted in Ukraine, to which the moratorium was not extended. These include in-house inspections and unscheduled documentary inspections, which are carried out before the payment of the budget VAT refund, or in connection with the declaration of a significant negative value. From the beginning of August 2020, this list was supplemented by actual inspections in the field of circulation of excisable goods such as fuel, alcohol, tobacco, as well as inspections carried out on the basis of taxpayers' applications (liquidation inspections).

Conclusions

Thus, we state that the COVID-19 pandemic has made many significant changes in the organization of socio-economic life of countries. Public authorities around the world are taking decisive action to protect their citizens, promote businesses, in particular, small ones, and encourage investment. The Ukrainian government is also responding to the crisis in a number of ways that are broadly in line with global trends.

One of the tasks of tax policy during the crisis is to reduce the negative impact of the pan-

demic on doing business and promote economic development of entrepreneurship. We suggest understanding the measures to promote small business as the system of actions of public authorities (state bodies and local governments) of financial, legal and organizational nature, introduced on the basis of current legislation and aimed at creating favorable conditions for development and support of small business.

State financial support for small businesses is based on the principles of accessibility, equality, transparency, efficiency, balance of private and public interest, mutual responsibility of the state and business entities.

In the context of the state-business relationship, we emphasize the need for practical implementation of the principle of balance of private and public interest in taxation, which will promote: transformation of the taxation system, which was based solely on taxpayers' obligations, to the system; ensuring legal regulation aimed at effective collection of taxes from business entities, which takes into account the processes of international economic, legal and social relations; forming the appropriate level of tax culture of taxpayers and increasing the level of positive responsibility for non-compliance with tax obligations; the rule of law and trust in government.

Guarantees of realization of the witness's right to professional legal assistance in criminal proceedings

Karpenko Victor

*postgraduate of the Department of Criminal Procedure
National Academy of Internal Affairs,
advocate, Ukraine*

Article 59 of the Constitution of Ukraine guarantees everyone the right to professional legal assistance. The guarantee of this right imposes on the state the relevant obligations to provide the person with the appropriate level of legal assistance. Legislative regulation of the institute of providing professional legal assistance to a witness in criminal proceedings was in fact introduced by the decision of the Constitutional Court of Ukraine on 30.09.2009, which stated that every person, in particular a witness, during interrogation in the bodies of inquiry or pre-trial investigation and persons who provide explanations to public authorities should be given a real opportunity to obtain legal assistance.

It is noted that in the judgment of the European Court of Human Rights in case "Shabelnik against Ukraine", the Court concluded that Article 6 of the Convention is applicable from the first interrogation, as the applicant had in fact confessed to the murder while testifying as a witness. At the same time, it is noted that point 3 (c) Article 6 of the Convention guarantees the right to use legal assistance of a defence counsel of one's own choosing or, in the absence of sufficient funds to pay for legal assistance, to receive such assistance free of charge when the interests of justice require of that.

The opinions of procedural scholars who drew attention to the problem of the existence of the so-called "suspicious" witness or "latent" criminal prosecution are analyzed. This applies to cases where a person is being questioned, although there are grounds to consider that the person has committed a criminal offense, but there is insufficient evidence to report a suspicion.

Justified that the provisions of point 3 (c) of Article 6 of the Convention shall also apply to the witness from the moment of his interrogation as "suspect witness" and there is a need to give such persons the right to receive professional legal assistance at the expense of the state. The bill, which tried to solve this problem, is analyzed, and its shortcomings are noted – the lack of a list of cases when a witness has the right to use the legal assistance of a lawyer free of charge.

It is proposed to supplement the Criminal Procedure Code of Ukraine with provisions to determine the right of a witness to use a lawyer's legal assistance at the expense of the state budget in cases of his interrogation as a witness, provided that the subject of interrogation is to establish the person's involvement in a criminal offense.

Гарантії реалізації права свідка на професійну правничу допомогу у кримінальному провадженні

Карпенко Віктор Миколайович

*аспірант кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ,
адвокат, Україна*

Вступ

Відповідно до положень ст. 59 Конституції України кожен має право на професійну правничу допомогу. Гарантування цього права покладає на державу відповідні обов'язки щодо забезпечення особи правничою допомогою належного рівня, що, відповідно, вимагає визначення в законах України умов і способів надання такої допомоги¹.

Кримінальний процесуальний кодекс (далі – КПК) України регулює порядок надання професійної правничої допомоги різним учасникам кримінального провадження – підозрюваному, обвинуваченому, потерпілому, свідку тощо. Втім аналіз норм кримінального процесуального законодавства дозволяє стверджувати, що процесуальний порядок надання професійної правничої допомоги свідку не знайшов належного законодавчого регулювання. Поза увагою законодавця залишилися як питання регламентації процесуального статусу адвоката свідка, так і питання обов'язкової його участі у кримінальному провадженні.

З огляд на викладене, **метою** цієї статті є дослідження кримінального процесуального законодавства, практики його застосування та прецедентної практики ЄСПЛ щодо реалізації права свідка на професійну правничу допомогу у кримінальному провадженні.

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30.09.2009 р. № 1-23/2009. / Верховна Рада України : *сайт*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09#Text>.

Виклад основного матеріалу

Законодавче регулювання інституту надання професійної правничої допомоги свідку у кримінальному провадженні фактично було запроваджене рішенням Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 року у справі за конституційним зверненням громадянина І.В. Голованя щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України. У цьому рішенні Конституційний Суд вказав, що кожній особі, зокрема свідку під час допиту в органах дізнання чи досудового слідства та особам у разі надання пояснень у державних органах, має бути забезпечена реальна можливість отримувати правову допомогу для захисту від можливого порушення права не давати показань або пояснень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, які можуть бути використані у кримінальному процесі для доведення обвинувачення зазначених осіб².

З огляду на положення вказаного рішення Конституційного Суду у 2010 році ст. 69-1 КПК України 1960 року було доповнено п. 4-1, де зазначалося, що свідок має право «на вибраного за власним бажанням захисника під час допиту чи проведення інших слідчих дій за своєю участю відповідно до цього Кодексу та на іншу правову допомогу в порядку, встановленому законом»³. Звертає на себе увагу те,

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30.09.2009 р. № 1-23/2009. / Верховна Рада України : *сайт*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09#Text>.

³ Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. / Верховна Рада України : *сайт*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001-05?find=1&text>.

що в КПК України 1960 року такий учасник кримінального провадження називався «захисником свідка». Відповідно, захисник свідка мав той же обсяг повноважень, що і захисник підозрюваного, обвинуваченого. Втім такий підхід до цього питання зазнав обґрунтованої критики науковців. Адже свідок як учасник кримінального провадження потребує не захисту від обвинувачення, а правової допомоги щодо роз'яснень його прав та порядку їх реалізації, обов'язків та наслідків їх невиконання.

Під час прийняття КПК України 2012 року право свідка на професійну правничу допомогу знайшло своє закріплення у п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК, де визначено, що свідок має право користуватися під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями ст. 50 КПК України⁴. Втім, окрім вказаної норми, КПК України не містить інших положень, які б на законодавчому рівні регулювали процесуальний порядок участі адвоката свідка у кримінальному провадженні, що свідчить про необхідність наукового дослідження цього процесуального інституту та вдосконалення кримінального процесуального законодавства України.

Варто зауважити, що з метою реалізації принципу верховенства права особливої актуальності у цьому контексті набувають питання забезпечення реальної можливості отримання свідком професійної правничої допомоги на початкових етапах досудового розслідування. Адже ще у 1996 році Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ)

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. / Верховна Рада України : *сайт*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-1775>.

у рішенні у справі «Джон Мюррей проти Сполученого Королівства» (John Murray v. the United Kingdom) дійшов висновку, що ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) зазвичай вимагає гарантування державою права скористатися допомогою адвоката вже на початкових етапах допиту в поліції (п. 63)⁵.

Показовим у цьому контексті є рішення ЄСПЛ у справі «Шабельник проти України» від 19 лютого 2009 року. Зокрема, у цій справі встановлено, що слідчий прокуратури 15 лютого 2002 року допитав заявника як свідка стосовно обставин смерті пані К. Під час цього допиту, який відбувався без участі адвоката, заявник зізнався у вбивстві пані К., а на наступний день заявник, ще як свідок, взяв участь (без присутності адвоката) у відтворенні обстановки та обставин убивства пані К. Ще через день заявника додатково допитав прокурор (без участі адвоката) стосовно обставин придбання ножа, що його використав заявник для вбивства пані К. І лише 25 лютого 2002 року слідчий прокуратури порушив проти заявника кримінальну справу за обвинуваченням у вбивстві пані К., а 3 квітня 2002 року заявникові було пред'явлено обвинувачення у вбивстві К. (пункти 11–17)⁶.

Дослідивши вказані обставини, ЄСПЛ зазначив, що з першого допиту заявника стало очевидним, що його показання були

⁵ Case of “John Murray v. the United Kingdom” (Application no. 18731/91): Judgment of the European Court of Human Rights of 8 February 1996. *European Court of Human Rights*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57980>.

⁶ Справа «Шабельник проти України» (Заява № 16404/03) : рішення Європейського суду з прав людини від 19 лют. 2009 р. / Верховна Рада України : *сайт*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_457#Text.

не просто показаннями свідка злочину, а фактично зізнанням у його скоєнні. З того моменту, коли заявник уперше зробив зізнання, вже не можна було стверджувати про відсутність у слідчого підозри щодо його причетності до вбивства. Існування такої підозри підтверджувалося тим фактом, що слідчий ужив подальших заходів для перевірки достовірності самовикривальних показань заявника, провівши відтворення обстановки і обставин подій, тобто слідчих дії, які зазвичай проводяться з підозрюваним. На думку Суду, становище заявника стало значно вразливішим одразу після вжиття серйозних слідчих заходів з перевірки підозри стосовно нього та підготовки версії обвинувачення. З огляду на вказане Суд дійшов висновку про застосовність ст. 6 Конвенції починаючи з 15 лютого 2002 року – з моменту, коли заявник під час допиту як свідок зізнався у вбивстві пані К. (п. 57)⁷.

З огляду на наведені факти ЄСПЛ визнав у справі «Шабельник проти України» порушення п. 3 (с) ст. 6 Конвенції, яка гарантує право захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя⁸.

Беручи до уваги вищенаведені рішення як Конституційного Суду України, так

і ЄСПЛ, у ч. 3 ст. 87 КПК України 2012 року законодавець визначив, що недопустимими є докази, що були отримані з показань свідка, який надалі був визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні⁹. Втім таке законодавче закріплення не гарантує того, що фактичні дані, які «запідозрений свідок» надав під час допиту, не будуть використані для пошуку інших фактичних даних, спрямованих на встановлення та доведення його винуватості.

Особливої актуальності це питання набуває у зв'язку з тим, що під час допиту як свідка особа попереджається про кримінальну відповідальність за давання завідомо неправдивих показань і за відмову давати показання (статті 384, 385 Кримінального кодексу України). Тобто свідок дає показання під загрозою притягнення його до кримінальної відповідальності у разі надання неправдивих показань чи відмови від давання показань.

Хоча варто відзначити, що під час допиту свідку також роз'яснюється право, гарантоване ст. 63 Конституції України, де визначено, що особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом¹⁰.

Втім свідку, який не є фахівцем у галузі права, важно зорієнтуватися у такому масиві правової інформації та зрозуміти, про що під час допиту він зобов'язаний

⁷ Справа «Шабельник проти України» (Заява № 16404/03) : рішення Європейського суду з прав людини від 19 лют. 2009 р. / Верховна Рада України : *сайт*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_457#Text.

⁸ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : прийнята 4 листоп. 1950 р. / Верховна Рада України : *сайт*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. / Верховна Рада України : *сайт*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-1775>.

¹⁰ Конституція України : прийнята 28 черв. 1996 р. ; зі змін. та допов. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

говорити, а про що може і не говорити. Зокрема, у вищенаведеній справі «Шабельник проти України» ЄСПЛ відзначає, що заявник, якого попередили про кримінальну відповідальність за відмову давати показання й одночасно поінформували про право не свідчити проти себе, міг справді розгубитися, не розуміючи наслідків відмови давати показання (п. 59)¹¹.

Отже, свідок, який у подальшому може набути статусу підозрюваного, під час допиту повинен мати можливість скористатися професійною правничою допомогою. Відповідно до прецедентної практики ЄСПЛ положення ст. 6 Конвенції поширюється на випадки, коли особа під час допиту як свідок надає викривальні покази щодо себе. Окрім цього, варто зауважити, що положення п. 3 (с) ст. 6 Конвенції гарантує право на юридичну допомогу адвоката, вибраного на власний розсуд, а в разі відсутності коштів – одержувати таку допомогу безоплатно.

Тобто правова позиція ЄСПЛ полягає в тому, що положення п. 1 та п. 3 (с) ст. 6 Конвенції поширюються також на свідка з моменту його допиту як «запідозреного» свідка», що включає і право одержувати правову допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя.

Вищенаведене свідчить про необхідність приділення уваги гарантуванню вразливим свідкам права на безоплатну правову допомогу. Так, у п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК України визначено право свідка користуватися правовою допомогою адвоката. Але варто відзначити, що ні в КПК України, ні у спеці-

альних законах не передбачена обов'язкова участь адвоката свідка під час допиту.

Так, відповідно до положень ч. 2 ст. 13 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» така допомога включає здійснення представництва інтересів осіб, що мають право на безоплатну вторинну правову допомогу, в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами, складення документів процесуального характеру¹².

Втім аналіз ст. 14 вказаного Закону, де перераховуються суб'єкти права на безоплатну вторинну правову допомогу, дозволяє стверджувати, що особи, які є свідками у кримінальному провадженні, мають право на безоплатну правову допомогу у випадках, зумовлених не їх процесуальним статусом, а певними соціально-економічними характеристиками: малозабезпечені особи, особи з інвалідністю, які отримують пенсію, діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, діти, які перебувають у складних життєвих обставинах, діти, які постраждали внаслідок воєнних дій чи збройного конфлікту, внутрішньо переміщені особи тощо¹³.

Тобто право на безоплатну професійну правничу допомогу для свідка зумовлена не його процесуальним статусом, як це визначено для підозрюваного, обвинуваченого (ст. 49 КПК України), а його соціально-економічними характеристиками. Втім таке правове регулювання не гарантує свідкам реалізації права на професійну правничу

¹² Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 черв. 2011 р. № 3460-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 51. Ст. 577. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>.

¹³ Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 черв. 2011 р. № 3460-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 51. Ст. 577. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>.

¹¹ Справа «Шабельник проти України» (Заява № 16404/03) : рішення Європейського суду з прав людини від 19 лют. 2009 р. / Верховна Рада України : *сайт*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_457#Text.

допомогу під час їх допиту як «запідозрених свідків».

З огляду на те, що право на професійну правничу допомогу гарантується Конституцією України у кримінальному процесуальному законодавстві мають регламентуватися механізми реалізації цього права, в тому числі і у випадках неспроможності свідка самостійно його реалізувати (за відсутності коштів чи з інших об'єктивних причин).

Варто зауважити, що питання надання свідку права на безоплатну правову допомогу адвоката неодноразово було предметом дискусій. Так, 16 жовтня 2019 Комітет з питань правоохоронної діяльності розглянув проект Закону України «Про внесення змін до статті 66 Кримінального процесуального кодексу України щодо забезпечення права свідка на правову допомогу у кримінальному провадженні»¹⁴. Цим законопроектом запропоновано доповнити ч. 1 ст. 66 КПК України положенням про те, що «свідок має право на отримання правової допомоги адвоката за рахунок держави у випадках, передбачених цим Кодексом та/або законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги». Однак у Висновку Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України зауважується, що як у вказаному процесуальному кодексі, так і в Законі України «Про безоплатну правову допомогу» відсутній перелік випадків, коли свідок має право скористатися правовою допомогою адвоката на безоплатній основі. Законопроект також не

містить пропозицій, спрямованих на врегулювання зазначеного питання. Тому у разі прийняття запропонованих змін свідок матиме відповідне право, а реалізувати його не зможе¹⁵.

Таким чином, проблема полягає не лише у гарантуванні свідку права на безоплатну правову допомогу, а й у визначенні випадків, коли свідок має реалізувати таке право. Адже під час досудового розслідування чи судового розгляду як свідки допитується досить велика кількість осіб і гарантувати кожному право на професійну правничу допомогу за рахунок держави не доцільно. Адже показання свідків стосуються різних обставин кримінального правопорушення, які ніяк не пов'язані причетністю особи, що допитується, до вчиненого діяння. Інколи під час допиту може з'ясуватися, що особі взагалі не відомі ніякі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження.

Окрім цього, в рішеннях ЄСПЛ відзначається, що навіть для обвинувачуваного у вчиненні кримінального правопорушення право на безоплатну правову допомогу не є абсолютним. Зокрема, у рішенні у справі «Яременко проти України» зазначено, що Суд неодноразово наголошував, що право кожної особи, обвинувачуваної у вчиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист адвоката, офіційно призначеного в разі такої необхідності, не є абсолютним. Але при цьому звертається увага на те, що це право становить одну з головних підвалин справедливого судового роз-

¹⁴ Проект Закону про внесення змін до статті 66 Кримінального процесуального кодексу України (щодо забезпечення права свідка на правову допомогу у кримінальному провадженні). / Верховна Рада України : сайт. https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66472.

¹⁵ Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до статті 66 Кримінального процесуального кодексу України (щодо забезпечення права свідка на правову допомогу у кримінальному провадженні)». ЛІГА:ЗАКОН : сайт. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/XI00208A>.

гляду. Окрім цього, в рішенні зазначено, що спосіб застосування п. 1 і п. 3 (с) ст. 6 на етапі розслідування залежить від особливостей відповідного провадження та фактів конкретної справи¹⁶.

У такому разі постає питання: як визначити ту категорію свідків, які в подальшому можуть набути статусу підозрюваного чи обвинуваченого та на законодавчому рівні гарантувати їм право на безоплатну професійну правничу допомогу?

Слід зауважити, що вчені неодноразово звертали увагу на проблему існування так званого «запідозреного свідка» чи «латентного» кримінального переслідування. Так, Т.В. Корчева відзначає, що як свідок може бути допитана особа, яку умовно називають «запідозреним свідком». Щодо такої особи, як правило, органи досудового розслідування проводять перевірку на причетність її до скоєння злочину. Проте якщо ця особа не повідомлена про підозру, не затримувалася, до неї не застосовувався запобіжний захід, то вона допитується як свідок, але з певною спрямованістю запитань і тактикою, що відповідає завданню з'ясування її ролі у вчиненні кримінального правопорушення¹⁷.

А як зауважує І.В. Гловюк, стосовно свідка може здійснюватися латентне кримінальне переслідування (до повідомлення про підозру). І тому допит особи як свідка у разі, якщо є підстави вважати, що ця особа вчинила кримінальне правопорушення,

однак доказів для повідомлення про підозру не досить (або у випадку, коли слідчий навмисне затулює повідомлення про підозру), вчена пропонує розглядати як пред'явлення обвинувачення в контексті практики ЄСПЛ, що дозволяє в рамках національної процесуальної системи розглянути це як латентне кримінальне переслідування¹⁸.

Очевидно, що саме у вищенаведених ситуаціях свідку має бути гарантована безоплатна професійна правнича допомога. Тобто під час допиту свідка на досудовому розслідуванні у кримінальному провадженні, де не встановлено особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, і предметом допиту є встановлення причетності свідка до вчиненого діяння, він повинен мати можливість скористатися правовою допомогою адвоката, в тому числі і за рахунок державного бюджету.

З метою приведення національного законодавства до стандартів, визначених Конвенцією, та гарантування реалізації «запідозреним свідкам» права на професійну правничу допомогу відповідне положення має бути закріплене як у КПК України, так і у Законі України «Про безоплатну правову допомогу».

У зв'язку із викладеним вище пропонуємо ч. 1 ст. 66 КПК України доповнити положенням такого змісту: «Свідок має право на отримання професійної правничої допомоги за рахунок держави у випадках, передбачених цим Кодексом та/або законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги». А в окремій нормі КПК України «Правнича допомога свідку» вказати, що «слідчий, дізнавач чи прокурор зобов'язані

¹⁶ Справа «Яременко проти України» (Заява N 32092/02) : рішення Європейського суду з прав людини від 12 черв. 2008 р. / Верховна Рада України : сайт. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_405#Text.

¹⁷ Корчева Т.В. Надання професійної правничої допомоги свідку у кримінальному провадженні як вид адвокатської діяльності. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 1. С. 319.

¹⁸ Гловюк І.В. Кримінально-процесуальні функції: теоретико-методологічні засади і практика реалізації : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2015. С. 123–124.

забезпечити участь адвоката свідка у кримінальному провадженні у випадках, якщо предметом допиту є встановлення причетності свідка до кримінального правопорушення і він заявив відповідне клопотання, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може його залучити самостійно».

Окрім цього, варто підтримати думку Т.В. Корчевої, що право свідка на запрошення й участь адвоката не може обмежуватися ні процесуальними рамками щодо стадій кримінального провадження, ні в часі, ні в характері спілкування. А законодавча редакція п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК України звужує можливості свідка щодо отримання професійної правничої допомоги¹⁹.

¹⁹ Корчева Т.В. Надання професійної правничої допомоги свідку у кримінальному провадженні як вид адвокатської діяльності. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 1. С. 319.

Висновки

Відповідно до прецедентної практики ЄСПЛ положення п. 1 та п. 3 (с) ст. 6 Конвенції поширюються і на осіб, які допитуються під час кримінального провадження як свідки з приводу їх причетності до вчиненого кримінального правопорушення. Приведення кримінального процесуального законодавства до стандартів, визначених Конвенцією, потребує регламентації підстав і порядку реалізації «запідозреним свідком» права на професійну правничу допомогу, в тому числі і за рахунок державного бюджету. Належна процесуальна регламентація права свідка на професійну правничу допомогу у кримінальному провадженні сприятиме реалізації вимог ст. 59 Конституції України, п. 3 (с) ст. 6 Конвенції та забезпечить досягнення верховенства права у кримінальному судочинстві.

The mechanism of protection of professional honor and dignity of a judge: problems of judicial practice

Krupoderia Dmytro

graduate student of Department of Judicial and Prosecutorial Activities

Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine

The article is devoted to the legal mechanisms of protection of reputational risks of judges and candidates for the position of a judge in connection with the negative conclusion of the Public Integrity Council. For the first time this tool of public control in the procedure of formation of the judiciary was introduced into Ukrainian practice in 2015. The Public Council of Justice, within the framework of its auxiliary function for the High Qualifications Commission of Judges, was empowered to prepare appropriate statements on the integrity of both incumbent judges and candidates for the post. To this end, this body has gained access to all electronic registers of the country. Because the body was new, there were no clear criteria for inferring a person's integrity or dishonesty. The legal framework also contained many gaps, conflicts, ambiguities of wording. At the same time, the negative conclusion of this public organization could be the basis for the denial of access to the profession of judge. Therefore, it is quite predictable that the number of appeals to the courts with claims for restoration of business reputation and cancellation of negative conclusions of the Public Council of Justice has increased.

The author of the article, working directly as a judge, analyzed the case law and presented its generalization, indicating its heterogeneity. The relevance of the article is also justified by the fact that a law was recently adopted providing for the resumption of work of the High Qualification Commission of Judges of Ukraine, and, accordingly, the restart of the entire mechanism for the formation of the judiciary. The adoption of updated regulations governing the activities of the Public Council of Justice is also expected. Taking into account previous mistakes will help to develop objective criteria for assessing the integrity of judges.

Механізм захисту професійної честі та гідності судді: проблеми судової практики

Круподеря Дмитро Олександрович

аспірант кафедри судоустрою та прокурорської діяльності

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна

Вступ

У 2015 році в українську практику кваліфікаційного оцінювання суддів було запроваджено оцінку їхньої доброчесності. Такий інститут, як і інститут Громадської ради доброчесності (далі – ГРД), якому було

доручено складати висновок про доброчесність/недоброчесність суддів та кандидатів на посади суддів, був новим для української практики, а отже, була відсутня і усталена практика щодо розуміння змісту, критеріїв оцінки «доброчесності», презумпції якості висновку ГРД, професійної доброчесності

самих членів ГРД (так би мовити, хто може бути «суддею» для судді?), здатних дати оцінку доброчесності особи кандидата на посаду або судді і т.п.

Треба зазначити, що законодавчого механізму «подолання» негативного висновку ГРД більшістю голосів членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (далі – ВККС) явно недостатньо, адже попри те, що фахівець і отримав позитивну рекомендацію ВККС, проте опублікована щодо нього інформація з висновком про його недоброчесність (нехай і ймовірна, непідтверджена або спростована під час співбесіди у ВККС), вочевидь, наносить шкоду його діловій репутації, професійному авторитету. На підтвердження такого висновку свідчать численні позови до судів із проханням скасувати негативні висновки ГРД. Суб'єктами таких звернень виступають як судді, які, незважаючи на такий висновок, все ж змогли перемогти в конкурсі та зайняти омріяну суддівську посаду, так і правники, для яких негативний висновок про доброчесність став тим рубіконом, що став перепорою для їх доступу до професії суді. Ще одна категорія – це судді, які брали участь у конкурсі на посаду судді у вищий Суд (зокрема, або Верховний Суд, або вищі спеціалізовані суди), не подолали той самий рубікон (тобто були визнані недоброчесними для зайняття посади у вищих судах), проте залишилися працювати на своїх попередніх суддівських посадах (тобто за українською практикою поняття «доброчесності/недоброчесності» не є абсолютним і має різний зміст для різних суддівських посад: тобто «недоброчесний» для посади судді Верховного Суду, але «доброчесний» для посади судді апеляційного чи місцевого суду. Складно, але це, напевне, окрема тема для аналізу), але також намагаються скасу-

вати в судовому порядку негативні висновки про свою доброчесність, вважаючи, що вони, перебуваючи в публічному просторі, наносять шкоду їхній професійній репутації, честі та гідності.

Мета статті. У статті будуть проаналізовані правові інструменти та межі правового захисту професійної честі та гідності судді, які постраждали внаслідок негативного висновку ГРД про недоброчесність.

Виклад основного матеріалу

З етимологічної точки зору «доброчесність» складається із двох слів: «добра», що означає, хороша, гарна, й «честь», що стосовно суддів набуває значення професійної репутації, авторитету, гідності. Саме цим керується суддя або правник (наприклад, той, який лише намагався отримати доступ до суддівської професії) під час звернення до суду з вимогою про скасування негативного висновку ГРД, обґрунтовуючи свій позов тим, що такий публічно доступний висновок поширює щодо нього неправдиву інформацію, яка принижує його професійну честь та гідність, завдає шкоду діловій репутації, тобто по суті є актом дифамації. І першою проблемою, з якою зустрілися вітчизняні суди, приймаючи вищезазначені звернення, була невизначеність статусу ГРД, юридичної сили його висновків, а відтак судова практика розвивалася по-різному, має розбіжності не лише в середині судових юрисдикцій, а й із правовою доктриною

Першим ключовим питанням є питання розуміння змісту доброчесності. У провадженнях за скаргами суддів, де предметно існувала необхідність аналізу рішень (висновків) ГРД, неодноразово виникала проблема оцінки підходів до оці-

нювання доброчесності та професійної етики, які було застосовано ГРД, і ступінь їх узгодженості із законодавством. У цих випадках першим питанням стало з'ясування самої можливості застосування критеріїв доброчесності, враховуючи відсутність визначення терміна «доброчесність» у законодавстві. Так, у постанові КАС ВС у справі № 9901/136/18/800/328/17 від 01.02.2018 заявник посилався на те, що поняття «доброчесність» відсутнє у вітчизняному законодавстві, а тому відповідач на власний розсуд розтлумачив його, прийнявши рішення не на його користь. Показово, що висновок ГРД, який оскаржувався в комплексі з рішенням ВККС, містив висновок про «порушення суддею п.1.1 Бангалорських принципів»¹. Із часом вітчизняна судова практика в цьому аспекті виробила підхід за яким, «питання «якості закону» не такі важливі для цілей конкурсу, оскільки критерії «доброчесності» визначені у п. 12 Положення, за яким відповідність судді критерію доброчесності, і оцінюється (встановлюється) за показниками», тобто достатньо того, що законодавство дає інструментальне (операціональне) визначення, тобто критерії такої оцінки. У даному контексті слід зауважити, що предметом судового розгляду не ставали випадки виходу ГРД за межі критеріїв доброчесності, які встановлені актами ВККС. Саме по собі це питання є однією з важливих сфер дискусії ГРД і ВККС щодо меж і предмету оцінки. Зокрема, в судових рішеннях неодноразово визнавалось порушення ГРД передбачених законом меж участі у процедурі кваліфікаційного оцінювання. Наприклад, у Постанові ОАСК

по справі № 826/8530/17 від 14 грудня 2017 зазначено: «ГРД має право лише аналізувати й перевіряти інформацію, що стосується доброчесності та професійної етики суддів, але не наділена повноваженнями розглядати обґрунтованість судових рішень. ГРД може надавати висновок лише щодо професійної етики та доброчесності судді, а не щодо обґрунтованості його рішень або дій. Оцінювання судді (кандидата на посаду), зокрема оцінка його професійних знань і компетентності, моральної, етичної та психологічної доброчесності – це завдання органу, якому доручено проводити оцінювання (ВККС), а висновок ГРД – це елемент, що має стосуватися лише питань професійної етики та доброчесності суддів і кандидатів на посаду судді. Ураховуючи зміст ст. 83 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», оцінювання кандидата на посаду судді за критерієм «компетентність» віднесено до компетенції ВККС»².

Другим важливим питанням є питання юрисдикції. Судова практика пішла саме шляхом підсудності зазначених спорів адміністративній юрисдикції. А чи вірно це? Позиція щодо наявності у ГРД статусу суб'єкта владних повноважень була зафіксована у судових рішеннях на початку 2017 року. За висновками Окружного адміністративного суду міста Києва (далі – ОАСК) ГРД – суб'єкт владних повноважень, а висновки ГРД – управлінські рішення – індивідуальний правовий акт. Такими висновками були вперше сформовані висновки в постанові ОАСК у справі № 826/7186/17 від 07.12.2017 року.

¹ Рішення Верховного Суду України в справі № П/9901/136/18 800/328/17 від 01.02.2018 . URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72029066>.

² Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва у справі № 826/8530/17 від 14 грудня 2017 року. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/71055630>.

Відповідно до позиції суду правовий статус та завдання ГРД визначені ст. 87 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», а саме ГРД покладено функцію щодо участі у проведенні кваліфікаційного оцінювання з метою визначення здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді за визначеними законом критеріями. Тобто відповідач бере участь у формуванні суддівського корпусу, впливає на суддівську кар'єру та наділений із цією метою відповідними владними повноваженнями. За сферою правового регулювання Закон України «Про судоустрій і статус суддів» визначає організацію судової влади та здійснення правосуддя в Україні, тобто містить норми саме публічного права. Висновки ГРД, затверджені відповідним рішенням як одностороннє владне волевиявлення, є обов'язковими для розгляду іншим суб'єктом, зокрема ВККС, та є правовим актом індивідуальної дії, на підставі якого виникають публічно-правові відносини. Отже, процес надання для ВККС висновку про невідповідність судді (кандидата на посаду судді) критеріям доброчесності та професійної етики містить усі ознаки владної управлінської діяльності на основі закону. Таким чином, суд вважає, що ГРД має всі визначені ознаки «іншого суб'єкта під час здійснення ним владних управлінських функцій на основі законодавства», оскільки Рада здійснює діяльність із виконання покладених на неї Законом України «Про судоустрій і статус суддів» завдань, а тому, відповідно, є суб'єктом владних повноважень у розумінні вимог п. 7 ч. 1 ст. 3 КАСУ, тобто є належним відповідачем за даним адміністративним позовом.

Однак аналіз відповідного законодавства дозволяє стверджувати помилковість такого підходу, який базується на вибірко-

вому використанні та тлумаченні відповідного законодавства.

Відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 4 КАС суб'єктом владних повноважень у розумінні Кодексу адміністративного судочинства є орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт під час здійснення ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, в тому числі виконання делегованих повноважень або надання адміністративних послуг. Визначальною ознакою суб'єкта владних повноважень є здійснення ним владно-управлінських функцій, та це не пов'язується з обов'язковим віднесенням такого суб'єкта до системи органів державної влади або місцевого самоврядування та не ставиться в залежність від наявності або відсутності в такого суб'єкта владних повноважень статусу юридичної особи.

Правовий статус ГРД регулюється нормами ст. 87 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів», який зазначає, що Громадська рада доброчесності утворюється з метою сприяння ВККС України у встановленні відповідності судді (кандидата на посаду судді) критеріям професійної етики та доброчесності для цілей кваліфікаційного оцінювання. Із цього визначення неможливо дійти висновку про чіткий статус ГРД (юридична особа, суб'єкт владних повноважень тощо) та її правосуб'єктність. Єдиними положеннями про певні елементи структурної побудови ГРД є норми ч. 2 та ч. 5 ст. 87, відповідно до яких Громадська рада доброчесності складається із двадцяти членів та здійснює свою діяльність у чотирьох колегіях, до кожної з яких входить п'ять членів Ради. Колегія Громадської ради доброчесності діє від імені Ради. Жодних інших норм про інституційну спроможність ГРД закон не

містить. А тому аналіз статусу ГРД тільки на основі її інституційної побудови є неможливим через законодавчу нерегульованість цих питань. А тому виникають питання, чи є ГРД суб'єктом владних повноважень, чи необхідно дослідити функціональний аспект діяльності ГРД.

Аналіз ст. 87 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» також дає підстави дійти висновку про те, що ГРД не є СВП (органами державної влади, іншими державними органами, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими і службовими особами) та не є юридичною особою. Що з огляду на приписи ч. 1 ст. 43 КАС України унеможливує участь ГРД в адміністративно-процесуальних правовідносинах. Відсутність адміністративно процесуальної правоздатності унеможливує виникнення наступного елементу процесуальної адміністративної правосуб'єктності – адміністративної процесуальної дієздатності.

Однак такий висновок потребує узгодження з доволі *суперечливою практикою КАС ВС*, який в одних випадках презюмує відсутність у ГРД статусу суб'єкта владних повноважень (про це йтиметься далі, в контексті розгляду окремих тем), в інших – прямо чи опосередковано визнає наявність такого статусу (наприклад, у Рішенні КАС ВС від 3 травня 2018 року у справі № 800/207/17). Щодо можливості ГРД бути учасником справи у цивільному судочинстві, то згідно з положеннями ст. 46 ЦПК України це також є неможливим. А це, у свою чергу, також посилює правову невизначеність ГРД. Отже, в підсумку ми маємо поширену в суспільстві інформацію, яка шкодить професійній честі та гідності судді, проте немає повноцінного механізму притягнення до відповідальності

особи, яка її склала та поширила, саме через нерегульованість правового статусу ГРД. Тобто у кращому випадку суддя може сподіватися на скасування судом негативного висновку ГРД (проте маємо серйозні сумніви щодо законності такої дії). Вибачення винної сторони за шкоду, нанесену професійній репутації, честі та гідності шляхом поширення неправдивої інформації щодо доброчесності судді, компенсації моральної шкоди і т.п., суддя не отримує. Більш того, навіть скасований висновок ГРД про недоброчесність судді може «гуляти» просторами соціальних мереж ще невизначений час, продовжуючи шкодити репутації судді та бути інструментом незаконного впливу на суддю, що в підсумку шкодить авторитетові всієї судової влади.

Третє, на що хотілося б звернути увагу, – це питання межі: межі допустимості збору, перевірки та аналізу інформації про суддю (кандидата на посаду судді), а також межі надання інформації або висновку про невідповідність судді критеріям доброчесності та професійної етики.

Як доводилось вище, аналіз законодавства та судової (хоч і не однозначної) практики дозволяє дійти висновку, що за своєю природою та призначенням висновок ГРД є джерелом відомостей та обставин, що підлягають перевірці та оцінці під час проведення співбесіди, і не є рішенням за результатами кваліфікаційного оцінювання. А тому він не може бути рішенням суб'єкта владних повноважень у формі індивідуального акта. Це позбавляє підстав для висновку про те, що діяльність ГРД щодо надання висновку про невідповідність судді (кандидата на посаду судді) критеріям доброчесності або професійної етики є управлінською, а ГРД – суб'єктом владних повноважень. З огляду на визначені

законом повноваження ГРД (ч. 6 ст. 87 ЗУ) їх реалізація повинна здійснюватися тільки в межах визначених критеріїв та показників їх відповідності, шляхом інформаційного забезпечення ВККС для цілей проведення співбесіди та дослідження досьє.

Згідно зі сформованою правозастосовною судовою практикою питання вимог до інформації та/або висновку були предметом розгляду у зв'язку з визначенням таких вимог у Регламенті ВККС (рішенням у справі № 9901/460/18). За результатами розгляду справи КАС ВС так і не надав відповіді на запитання, які ж вимоги встановлюються для висновків та інформації ГРД та який суб'єкт уповноважений встановлювати такі вимоги. Судом зроблено тільки акцент на тому, що *«в жодному положенні зазначеного Закону не передбачено право ВККС України приймати рішення про залишення без розгляду інформації або висновку, які були надані ГРД, як і не передбачено право не досліджувати відповідні документи, які не відповідають вимогам встановленим ВККС у Регламенті»*.

Варто звернути увагу, що в більшості оприлюднених рекомендацій міжнародних та національних експертів мало не основною проблемою визнається дотримання ГРД мінімальних стандартів якості доказів та доказування.

Питання доказової бази висновку ГРД найбільш ґрунтовно розглядалися у рішеннях судів, які базувались на застосуванні «прецеденту Арсірія». Хоча ця позиція є помилковою в частині висновку про належність висновку до актів суб'єкта владних повноважень, варто звернути увагу на окремі питання якості доказів та доказування в діяльності ГРД.

Зокрема, це такі питання:

1) висновок має бути заснований на достовірній інформації та доведений відповідно до принципу «поза розумним сумнівом» у загальних тлумаченнях останнього відповідно до практики ЄСПЛ (наприклад, див. Рішення ОАСК від 27 червня 2018 року у справі № 826/10049/17 щодо оцінки факту попередньої роботи кандидата на посаді помічника народного депутата як підстави для висновку про відсутність політичної нейтральності)³;

2) обов'язковість перевірки джерел інформації (юридичний та змістовний «факт-чекінг»);

3) висновок обов'язково має містити перелік методів, які було використано для формування висновків (особливо тих, які мають вартісну сторону; наприклад, невідповідність витрат і доходів, тощо), див. рішення ОАСК від 29 грудня 2018 року у справі № 826/10/18826/10847/18⁴;

4) необхідність розрізнення фактів та оціночних суджень під час збору доказів і обов'язковість урахування правових позицій ЄСПЛ та релевантних вимог національного закону;

5) обов'язковість застосування офіційних коментарів РСУ Кодексу суддівської етики у випадках кваліфікації етичних проступків (замість створення власної доктрини неетичної поведінки);

6) обов'язкова перевірка інформації висновку за загальноправовими критеріями допустимості та належності доказів;

7) необхідність врахування вимоги ЄСПЛ щодо знаходження в кожному кон-

³ Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва у справі № 826/10049/17 від 27 червня 2018 року. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/70506987>.

⁴ Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва у справі № 826/10/18826/10847/18 від 29 грудня 2018 року. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79016866>.

кретному випадку справедливого балансу між правом суспільства на отримання інформації про публічну особу і правом останнього на приватність (наприклад, випадки розголошення інформації про медичні діагнози тощо, див. Рішення ОАСК від 27 грудня 2017 року у справі № 826/13278/17);

8) некоректність проведення підготовки матеріалів висновку згідно із професійними стандартами та техніками журналістського розслідування;

9) обов'язковість використання доступних ГРД державних реєстрів та баз даних та пріоритетність цих джерел у випадку наявності альтернативного джерела даних (хоча це не позбавляє ГРД наводити у власних висновках існування такої додаткової інформації або надавати оцінку якості та повноти відповідних офіційних інформаційних баз);

10) неможливість використання оцінок чи висновків, які за формою і правовими наслідками є такими, що потребують спеціальної судової чи досудової процедури (наприклад, див. Рішення ОАСК від 7 грудня 2017 року у справі № 826/7186/17: *«У контексті приписів КПК України вбачається, що визначені в оскаржуваному Висновку ГРД обставини співучасті Позивача у вчиненні ряду кримінальних правопорушень можуть вважатись встановленими виключно на підставі вироку суду у відповідній кримінальній справі. Їх зазначення у Висновку ГРД без посилання на такий вирок суду є безпідставним та протиправним⁵*). Однак варто зазначити, що ця вимога не означає неможливість наведення відповідної інформації у вигляді не констатації, а припущення.

⁵ Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва у справі №826/7186/17 від 7 грудня 2017. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70793192>.

Тобто необхідно враховувати статус висновку як доказу. Це не має і не може мати формальних наслідків, оскільки жодна процедура цих питань не регулює. Однак у судовій практиці питання якості доказів постійно ставляться, і тому ГРД за власною ініціативою має застосовувати загальноприйняті вимоги до доказування (як до доказів, так і до способу їх отримання).

Судова практика ставить питання щодо можливості ГРД збирати, перевіряти та аналізувати інформацію про суддю (кандидата на посаду судді), яка відповідно до встановленої законом процедури кваліфікаційного оцінювання входить до предметної компетенції спеціально уповноважених державних органів (НАБУ, НАЗК, тощо).

У рішенні ОАСК від 22 жовтня 2018 року у справі № 826/2497/18 висновок ГРД щодо невідповідності поданої майнової декларації, а також оцінки бездіяльності НАЗК було скасовано на підставі визнання виходу ГРД за межі повноважень, які передбачені законом, і фактичного виконання функцій НАЗК⁶. Таке рішення є помилковим у частині його мотивації, оскільки воно не узгоджується з нормами статті 87 Закону про судоустрій, де прямо передбачені відповідні повноваження ГРД та специфічні умови та обмеження щодо їх виконання. Крім того, маніпулятивним слід визнати посилання суду на правову позицію, викладену в рішенні КАС ВС від 11.04.2018 року у справі № 814/886/17, згідно з якою *«здійснення контролю та перевірки декларації осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, зокрема щодо достовірності повноти відо-*

⁶ Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва у справі № 826/2497/18 від 22.10.2018 р. URL : <https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/77280675/>.

мостей, зазначених суб'єктом декларування у декларації, належить до виключної компетенції НАЗК». Насправді така позиція була визначена щодо інших суб'єктів і інших фактичних правовідносин, що позбавляє можливості її застосування до обставин обґрунтування висновку ГРД⁷. Слід зазначити, що застосований ОАСК спосіб аргументації не отримав критичного сприйняття і став шаблоном для цієї категорії справ (наприклад, див. серед інших рішення ОАСК від 29 грудня 2018 року у справі № 826/10847/18⁸).

Відповідно, в таких випадках (наприклад, автономне розслідування/обґрунтування невідповідності задекларованих доходів і витрат) правомірні дії ГРД не порушують компетенцію інших суб'єктів владних повноважень, не позбавляючи її також і права давати оцінку діям (бездіяльності) цих органів.

Очевидно, в подальшому випадки розбіжностей між інформацією ГРД і наявною інформацією від уповноважених контролюючих органів будуть виникати набагато частіше, і потреба ГРД дотримуватись жорстких вимог щодо якості доказів буде лише посилюватись. І в даному випадку ГРД не варто в публічній дискусії / публічному дискурсі декларативно акцентувати увагу на неналежному виконанні повноважень відповідних контролюючих органів або упередженості / маніпулятивному підході ВККС, навіть якщо це може мати фактичне підґрунтя. Натомість *мають фігурувати*

лише надійні та належні докази недоброчесності судді / кандидата на посаду судді.

Окремого аналізу потребують випадки «конкуренції висновків», коли висновки ГРД не узгоджуються з наявною інформацією уповноважених державних органів. Оскільки остаточне рішення в таких ситуаціях приймається виключно ВККС, ГРД варто виробити певний внутрішній «стандарт поведінки та реагування» щодо таких випадків, оскільки емоційні реакції можуть наносити шкоду і репутації самої ГРД, й інших органів. Але це тема для окремого наукового дослідження.

Висновки

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що стосовно суддів та кандидатів на посади суддів в Україні запроваджено безпрецедентний механізм оцінки доброчесності, що включає збір та оприлюднення будь-якої інформації, яка стосується як особистого життя, так і професійної діяльності. Ураховуючи спосіб її отримання, аналізу та подання, можна зробити висновок про недосконалість запровадженого механізму, який містить потенційний ризик дифамації, у зв'язку із чим актуалізується питання щодо дієвості інструментів захисту професійної честі, гідності, репутації суддів. Проте через недосконалість правового визначення статусу ГРД, механізму реалізації її повноважень щодо збору, аналізу та презентації висновку щодо доброчесності / недоброчесності судді або кандидата на посаду судді в Україні наразі відсутній ефективний механізм захисту професійної честі, гідності та репутації судді, чим завдано шкоди внаслідок оприлюдненого висновку ГРД.

⁷ Постанова Касаційного адміністративного суду в складі Верховного Суду у справі №814/886/17 від 11 квітня 2018 року URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73355978>.

⁸ Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва у справі № 826/10847/18 від 29 грудня 2018. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79016866>.

Disability and non-discrimination in the international law

Maidanik Serhii

*PhD Student of the European Union Law Department
Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine*

Ensuring equality and prevention of discrimination of people with disabilities; the need for their full integration into the life of a society are one of the crucial questions that need to be solved both in the national and the international levels. Numerous provisions of not only the Convention on the Rights of Persons with Disabilities but also the regional legislative acts address the legal regulation of this issue. The article focuses on the survey of the international legislative acts of UN, Council of Europe and the European Union in the sphere of combating discrimination of persons with disabilities. The Convention represents a basic document guiding all other regulations. However the nature of this document is rather that of a political paper, and thus needs further implementation steps. Besides, one can see the examples of further development and refinement of the Convention at the regional level, particularly, the clear division and characteristic of discrimination types, which the Convention itself is lacking. An important role in the protection of people with disabilities against discrimination is played by the regional judicial authorities (ECHR and EU Court) who, owing to their practice perform both the interpretation-and-regulatory function and the function of filling the gaps in the legal regulations. In this context one can highlight the cases which contain the definition of “disability” and the scope of persons who are covered by protection on grounds of disability. The article analyzes the specifics and compares antidiscrimination provisions in respect of the people with disability at the universal and regional levels, including the examples of such regulation at the national level. The article stresses the need for more attention to the problem of intersectional discrimination which aggravates the situation of the people with disability on various grounds by overlay of various types of discrimination and creation of cumulative effect. The problem calls for a more detailed analysis and its solution at the international and national levels.

Introduction

Combating discrimination and promoting equality of people is one of the most important duties of each democratic, rule-of-law state. As regards the human right protection at the international level, all major human rights agreements contain the provisions prohibiting discrimination on various grounds. UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006) (hereinafter referred to as the Convention) constitutes no exception, whereas ensuring of equal opportunities

for persons with disabilities is a key factor of their integration in the social life. The Committee on the Rights of Persons with Disabilities, as a supervisory agency, underlines that despite adoption of the Convention and its ratification by many countries, the approaches to covering of the disability problem by the laws, politics and mass media are still based on the charity and/or medical paradigms in respect of disability. Such approaches are incompatible with the Convention, for they do not see the persons with disability as the full-fledged members

of the society¹. Furthermore, numerous prejudice, labels, humiliating stereotypes regarding persons with disability remain alive. That is why the purpose of the article is to provide a comparative analysis of the provisions contained in the Convention, the Council of Europe legislation and that of the European Union regarding the equality and non-discrimination.

Statement of basic materials

The Convention is the first human rights convention adopted in the XXI century. For the time being it is one of the nine “basic” human rights conventions. The Convention is not aimed at creation of the new rights for the persons with disability but rather elaborates and clarifies the existing obligations in the human rights domain as regards disability.

The scope of the Convention is extremely wide: it covers the wide range of rights (civil, political, economic, social and cultural rights). The Convention is built on the concept of each person’s dignity and autonomy, as well as on the principles of non-discrimination and equality which include the right to reasonable accommodation².

Unlike the previous conventions in this sphere, the Convention proceeds from the need

for creation of the special, including rehabilitation programs. It demands that all development programs are fully available to the persons with disability (Article 4 (1) “c”³). As stated in one of Human right Commission’s report devoted to the rights of persons with disability, “the discussion on the rights of persons with disability concerns not so much the execution by them of the specific rights but guaranteeing the equal and efficient execution of all human rights without any discrimination of the persons with disability”⁴.

It is peculiar how the Convention unfolds the non-discrimination provisions. Unlike other human right agreements, the Convention offers a broader definition of this notion. Discrimination is defined not only as “any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field”⁵. Similar definitions can be found also in the Convention on the Elimination of All Forms of racial Discrimination

¹ General comment no. 6 (2018) on equality and non-discrimination : Committee on the Rights of Persons with Disabilities. URL : <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6Qk-G1d%2FPPRiCAqhKb7yhsnbHatvuFkZ%2Bt93Y-3D%2Baa2qtJucAYDOCLUtyUf%2BrfiOZckK-bzS%2BBsQ%2BHx1IyvGh6ORVZnM4LEiy7ws5V4MM8VC4khDIZJSuxotVqfulsdtPv> (application date: 19.06.2021).

² Degener, T. (2016). Challenges and Compliance of the UN CRPD, In: Estrada-Track, Dorothy (Academy of European Law) (Ed.): Human Rights of Persons with Disabilities in International and EU Law, EUI Working Papers, AEL 2016/01, ISSN 1831-4066, pp. 7-45.

³ Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Adopted by United Nations General Assembly on 13 December 2006. URL : <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html> (application date: 19.06.2021).

⁴ Human Rights of Persons with Disabilities. Report of the UN High Commissioner for Human Rights and Follow-up to the World Conference on Human Rights E/CN.4/2002/18/Add. 1 of 12 February 2002. URL : [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.2002.1.S.Add.1.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2002.1.S.Add.1.En?Opendocument) (application date: 19.06.2021).

⁵ Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Adopted by United Nations General Assembly on 13 December 2006. URL : <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html> (application date: 19.06.2021).

and Convention on the elimination all forms of discrimination Against Women. Discrimination on grounds of disability also includes the refusal to ensure reasonable accommodation which will be detailed below.

The principle of non-discrimination is enshrined in the Convention (Article 3 (b)) and deeply intertwined with the equal opportunities principle (Article 3 (e)) and the principle of respect for difference of persons with disability (Article 3(d)). Those are the general principles facilitating elimination of stereotypes and barriers which prevent the persons with disability from Full and effective participation and inclusion in society. They apply simultaneously. Article 4 (1) (e) of the Convention demands that the states take all appropriate measures to remove discrimination on the basis of disability on the part of any person, organization or private enterprise. That means that prohibition of discrimination also applies to the private sector⁶. According to Article 4 the Parties also undertake to apply the inclusive approach to the protection and encouragement of the rights of persons with disability in all strategies and programs which means the need to conduct the inspection in order to assess the inclusion in the policy and programs in all sectors. The UN High commissioner for human rights states that the “states should strive for active cooperation with the non-government sector including by means of wider cooperation with chambers of trade, trade unions, federations of private schools and religious organizations”⁷. With this in mind, the states

should be provided with “technical assistance, guiding principles and information, in particular, about reasonable accommodation, accessibility and universal design, whereas it is “crucial for promoting of equality and reduction of dependence on legal actions in order to ensure the respect for rights”.

The Convention also contains Article 5 devoted to equality and non-discrimination. Paragraph 1 of the Article obliges the Parties to the Convention to promote equality before and under the law and must not recourse to discrimination on the basis of disability in its application. Paragraphs 2 and 4 of the same Article underline the need for promoting the efficient protection of the persons with disability from discrimination, which protection is different from mere prohibition of discrimination. The States Parties to the Convention are required to take active measures to ensure real equality of the persons with disability which, in turn, incurs further redistribution of resources, especially regarding the protection after the actions which contain signs of discrimination⁸.

One of the important provisions of Article 5(3) is the obligation of the States Parties to the Convention to take all appropriate measures to promote reasonable accommodation. An important guarantee of implementation of this provision is capturing of the interrelation between reasonable accommodation and discrimination, namely, that according to Article 2 of the Convention, the discrimina-

and non-discrimination under Article 5 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, UN Doc. A/HRC/34/26, para. 17.

⁸ Waddington, L., & Broderick, A. (2017). Promoting Equality and Non-Discrimination for Persons with Disabilities. Council of Europe Publishing. URL : <https://edoc.coe.int/en/people-with-disabilities/7279-pdf-promoting-equality-and-non-discrimination-for-persons-with-disabilities.html> (application date: 19.06.2021).

⁶ Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Adopted by United Nations General Assembly on 13 December 2006. URL : <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>(application date: 19.06.2021).

⁷ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (December 2010),“Equality

tion is the denial of reasonable accommodation. This provision calls not only for reasonable accommodation but also taking positive steps to promote awareness of the obligation to accommodate; measure to be taken and compliance mechanisms⁹.

The obligation to promote reasonable accommodation applies to a wide range of issues and many social entities, including the state, employers, providers of educational and medical services, testing and qualifying authorities, providers of goods and services. Such obligation means that the abovementioned entities reasonable adjust their policy, practice and patterns which prevent the persons with disability from participation and inclusion in society. Reasonable accommodation requires positive measures aimed at satisfaction of special needs of the persons with disability in order to guarantee them the equal right to labor, education, health and decent wealth.

Adoption of reasonable accommodation and its innovative connection with non-discrimination provisions is significant for promotion of execution of social rights, as it ensures the effect of immediate application not only for civil and political, but also economic, social and cultural rights¹⁰.

Speaking about the Council of Europe, the non-discrimination principle has been generally enshrined in the 1961 European Social

Charter. Its preamble says that “social rights should be secured without discrimination on grounds of race, color, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin”¹¹. The Charter further details the provisions on protection from discrimination in the sphere of employment, in particular, Article 15, devoted to vocational training and retraining of persons with disability.

The revised Charter (1996) stresses not only on employment discrimination, but also on wider integration and social protection of persons with disability. Article 15 was completed with paragraph 3 which obliges the Parties to “to promote their full social integration and participation in the life of the community in particular through measures, including technical aids, aiming to overcome barriers to communication and mobility and enabling access to transport, housing, cultural activities and leisure”¹².

European Convention on Human Rights (Article 14 and Protocol 12) guarantees non-discrimination at execution of other rights guaranteed by the Convention¹³. The Protocol imposes non-discrimination principle not only on the rights guaranteed by the Convention, but on all other rights¹⁴. Besides, the ECHR applies actively the concept of reasonable

⁹ Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Adopted by United Nations General Assembly on 13 December 2006. URL : <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html> (application date: 19.06.2021).

¹⁰ Anisic, M. (2016). The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities as a Tool for Stronger Social Rights Realisation, In: Estrada-Track, Dorothy (Academy of European Law) (Ed.): Human Rights of Persons with Disabilities in International and EU Law, EUI Working Papers, AEL 2016/01, ISSN 1831-4066, pp. 92-113c. P. 97-98.

¹¹ Європейська соціальна хартія (ETS No. 35). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_300#Text (application date: 20.06.2021).

¹² Європейська соціальна хартія (переглянута). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_062#Text (application date: 20.06.2021).

¹³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (application date: 20.06.2021).

¹⁴ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. URL : <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680080622> (application date: 20.06.2021).

accommodation, particularly, in cases *Guberin vs. Croatia*¹⁵, *Kacper Nowakowski vs. Poland*¹⁶ and others.

As already mentioned, in the EU the major provisions authorizing the EU to combat discrimination are Articles 19 and 10 of the Treaty on the Functioning of the European Union¹⁷. The EU Charter of Fundamental Rights (2000) which became binding under the Lisbon Treaty is another important document next to the Constitutional agreement¹⁸. Its provisions are mandatory for all EU institutions and authorities, as well as the member states when applying the EU legislation. Article 21 (1) of the Charter provides for total prohibition of discrimination, while Article 26 says that “The Union recognizes and respects the right of persons with disabilities to benefit from measures designed to ensure their independence, social and occupational integration and participation in the life of the community”.

Despite recent adoption of numerous EU legislative acts which contain provisions on the protection of the persons with disability in various spheres, the important role in prohibition of discrimination in the EU is played by the Council Directive 2000/78/EU

of 27 November 2000, which sets the general framework for equal treatment in employment and occupation. The Directive on employment (hereinafter referred to as the Directive) is aimed at prohibition of discrimination on a number of grounds including disability, as well as on the basis of religion or conviction, age and sexual orientation¹⁹. The Directive (Article 5) also contains the requirement for ensuring of reasonable accommodation for the persons with disabilities. This article is one the most complicated provisions of the Directive for the member states from the point of view of its implementation. Particularly, there was misunderstanding in regard definition of the term “reasonable” in the context of reasonable accommodation and “disproportional burden”. As a result, some member states faced problems during its implementation. Furthermore, the Directive does not offer any definition of disability. In the long run, the EU Court had to fill this gap²⁰. In the *Chacón Navas* case (2005) the ruling was passed which caused consternation and confusion, as the Court applied a very narrow notion of disability based on medical model. The ruling stated that Directive 2000/78 aims at combating certain types of discrimination in the sphere of labor and employment. In this context the notion of “disability” should be understood as “referring to a limitation which results in particular from physical, mental or

¹⁵ *Guberina v. Croatia*, no. 23682/13, 22 March 2016. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-161530%22%7D> (application date: 20.06.2021).

¹⁶ *Kacper Nowakowski v. Poland*, applicationno.32407/13, 10 January 2017. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-170343%22%7D> (application date: 20.06.2021).

¹⁷ Consolidated version of the Treaty on European Union. URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT> (application date: 20.06.2021).

¹⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union. URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT> (application date: 20.06.2021).

¹⁹ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0078> (application date: 20.06.2021).

²⁰ Waddington, L., & Lowson, A. (2009). Disability and non-discrimination law in the European Union : an analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field. URL : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cf7bc8c8-2c84-46ff-83b5-202a6fb805a1> (application date: 20.06.2021).

psychological impairments and which hinders the participation of the person concerned in professional life”²¹.

One should note that definition of disability used in this case, existed till 2013, when the EU Court passed a ruling in the case of Ring and Werge, where the Court referred to the Convention and confirmed that Directive 2000/78/EC should be construed, as far as possible, in accordance with the Convention. It was also stated that the notion of disability should include the condition caused by the illness which has been established as curable or incurable if such an illness involves limitations that appear, in particular, in the process of interaction with various obstacles, which could prevent a person from his/her full and efficient inclusion in the professional life on a par with other employees, with such a limitation having a long-term nature²².

Unlike other international regulatory acts, the Directive envisages various kinds of discrimination and characterizes them (even the Convention does not divide the discrimination into types). Article 2(1) of the Directive says that there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever on any of the grounds; part 2 of the same article establishes that direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation: an indirect discrimination shall

be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, or a particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons unless is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary²³. As discrimination one can regard a situation of undesirable behavior linked to disability which aims at or results in the breach of dignity and causing of the acute, humiliating or pejorative, arrogant, hostile or offending situation and instruction to discriminate a person.

Special emphasis is put on discrimination on the basis of association which takes place in cases when any person is subject to discrimination not for being a person with disability, but for being connected with such a person. Such type of discrimination is not defined either in the Convention or Directive 2000/78/EU. However, the EU Court in the case of Columan²⁴, and the ECHR in the case of Guberin vs Croatia²⁵ has admitted its existence.

One should remember that discrimination often takes place on several grounds, that is, a person with disability may suffer discrimination not only on the basis of disability, but also on the basis of the race, sex, sexual orien-

²¹ Judgment of the CJEU (Grand Chamber) of 11 July 2006, *Chacón Navas v Eurest Colectividades SA*, CASE C-13/05. URL : <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=1C3B0851B-F82B7FD52835E9D21D841D7?text=&docid=56459&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8257103> (application date: 20.06.2021).

²² Judgment of the CJEU (Second Chamber) of 11 April 2013, *Ring and Werge v Dansk Almennyttigt Boligselskab*, ECLI:EU:C:2013:222.

²³ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex-%3A32000L0078> (application date: 20.06.2021).

²⁴ Judgment of the CJEU (Grand Chamber) of 17 July 2008, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, ECLI:EU:C:2008:415. URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX-%3A62006CJ0303>(application date: 20.06.2021).

²⁵ *Guberina v. Croatia*, application no. 23682/13, 22 March 2016. URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-161530%22%7D> (application date: 20.06.2021).

tation etc. As the EU Gender Equality Strategy 2020–2025 states, such discrimination could aggravate the unfavorable situation of the persons by creating a cumulative effect of discrimination. There are various terms use to describe such discrimination, in particular “multiple discrimination», “cumulative discrimination”, “intersectional discrimination” and others²⁶.

The term “intersectionality” was first used by Crenshaw in 1989 in the work titled “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics” in order to describe the interaction of race and sex in the formation of experience of work of women and help to explain the harassment of the Afro-American women²⁷. Subsequently, the term was widely used to describe discrimination in various spheres.

Discrimination Generated by the Intersection of Gender and Disability STUDY states that intersectional discrimination happens to be when a person is subject to discrimination on several grounds simultaneously and in such a way that they are inseparable²⁸. Inter-

sectionality refers to relations between multiple dimensions and forms of social relations and personal formations. Various biological, social and cultural categories, such as sex, race, class, disability, age, interact on several, often simultaneous levels, thus promoting systemic inequality²⁹. One of the vivid examples of such discrimination is forced sterilization of women with disability.

The existence of multiple discrimination on the basis of disability was recognized for the first time at the international level by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (Article 6). General Comment No. 3 (2016) on women and girls with disabilities issued by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities in Article 6 obliges States Parties not only to prevent discriminatory actions, but also take measures aimed at the development, improvement of situation and enhancement of the rights and opportunities for women and girls with disabilities; and promote actions for enhancement of their rights by recognizing them as independent right holders, as well as by offering the channels which allow them to express their opinion and act as entities; strengthen their self-belief and increase their opportunities in respect of decision making in all spheres which affect their lives³⁰. Article 4 of the same Comment

²⁶ The EU Gender Equality Strategy 2020-2025. URL : https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy_en (application date: 20.06.2021).

²⁷ Crenshaw, Kimberle (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum: Vol. 1989: Iss. 1, Article 8. URL : <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf> (application date: 20.06.2021).

²⁸ Directorate-General for Internal Policies of the Union, European Parliament (2013) Discrimination generated by the intersection of gender and disability: study. . European Parliament, Brussels, Belgium. ISBN 9789282344316. URL : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/493006/IPOL-FEMM_ET\(2013\)493006_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/493006/IPOL-FEMM_ET(2013)493006_EN.pdf) (application date: 21.06.2021).

²⁹ Knudsen, Susanne. (2006). Intersectionality - A Theoretical Inspiration in the Analysis of Minority Cultures and Identities in Textbooks. Caught in the Web or Lost in the Textbook? URL : https://www.researchgate.net/publication/252890593_Intersectionality_-_A_Theoretical_Inspiration_in_the_Analysis_of_Minority_Cultures_and_Identities_in_Textbooks (application date: 21.06.2021).

³⁰ General comment No. 3 (2016) on women and girls with disabilities : Committee on the Rights of Persons with Disabilities. URL : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/3&Lang=en (application date: 21.06.2021).

defines “multiple discrimination” as a situation in which a person experiences discrimination on two or more grounds, leading to discrimination that is compounded or aggravated. Article 7 of the Convention draws attention to the situation of children with disabilities and suggests measures which State Parties to the Convention must take to promote the protection of their rights³¹.

As regards the EU, the European Disability Strategy 2010–2020 provides that the Commission should pay attention to the cumulative influence of discrimination which the persons with disability could feel on other grounds such as nationality, age, sex, race, sexual orientation and others³². The EU legislation however does not have more precise provisions dealing with intersectional discrimination.

It should be noted that neither ECHR nor ESC contains precise provisions which would refer to multiple discrimination. It is only the Council of Europe Disability Strategy 2017–2023 that recognizes the fact that many persons with disability are subject to the risk of multiple and/or mutually causal forms of discrimination and segregation from the society owing to their specific situation (living or accommodation conditions, financial status, conjuncture of several disability forms)

³¹ Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Adopted by United Nations General Assembly on 13 December 2006. URL : <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>(application date: 19.06.2021).

³² European Disability Strategy 2010-2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe : Communication COM (2010)636 from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions. Brussels, 15.11.2010.COM(2010) 636 final. URL : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM%3A2010%3A0636%3AFIN%3AEN%3APDF>.(application date: 21.06.2021).

or on certain grounds (race, skin color, sex, language, religion, age etc.)³³.

Legislation of some European countries is being completed with the provisions on multiple discrimination. Thus, Austrian disability non-discrimination legislation sets out some specific rules concerning damages in cases of multiple discrimination. Article 9(4) of Federal Disability Equality Act provides that “In assessing the amount of the immaterial damages, the duration of the discrimination, the gravity of guilt, the relevancy of the adverse effect and multiple discrimination have to be taken into account”.

Bulgarian The Protection Against Discrimination Act prohibits multiple discrimination which is defined as “discrimination on more than one of the grounds envisaged by the law”. The law also imposes the obligation on the government authorities to focus on the positive measure regarding the benefits of the multiple discrimination victims³⁴.

Conclusions

Whereas the Convention on the rights of persons with disabilities takes central place in the system of the international regulatory acts in the sphere of protection of the rights of people with disabilities, both individual states and the Council of Europe together with the European Union, use it as the basis for elaboration of their own legislative acts on

³³ The Council of Europe Disability Strategy 2017-2023. URL : <https://www.coe.int/en/web/disability/strategy-2017-2023> (application date: 21.06.2021).

³⁴ Waddington, L., & Broderick, A. (2017). Promoting Equality and Non-Discrimination for Persons with Disabilities. Council of Europe Publishing. URL : <https://edoc.coe.int/en/people-with-disabilities/7279-pdf-promoting-equality-and-non-discrimination-for-persons-with-disabilities.html> (application date: 19.06.2021).

the protection of rights of persons with disability, including in respect of promoting equality and non-discrimination. One cannot but emphasize the positive practices in this sphere, i.e. not only implementation, but also elaboration of the provisions of the Convention, such as enshrinement and definition by the EU Council Directive on employment of various types of discrimination, or law-enforcement practice of ECHR in this domain. One of the crucial elements of combating discrimination in the context of disability is imposition by the Convention on the State Parties positive obligations in respect of countering discrimination which implementation is already pro-

vided for by certain legislative acts. They serve as useful complement to non-discrimination obligations, and can step up the pace of progress on the way to equality and integration. However the degree, the strength and quality of protection from discrimination offered to the persons with disability differs significantly in various countries, that's why there is an acute need to improve the level of protection granted in many countries. Special attention should be paid to protection against multiple discrimination, both at the legislative and practical levels, whereas the cumulative discrimination on several grounds at a time can aggravate the situation of persons with disabilities.

Practical implementation of the principle of individualization of disciplinary responsibility of a judge in the lustration procedure

Malashenkova Tetiana

Post-graduate student of Institute for State and Law National Academy of Sciences named after V.M. Koretskiy, Ukraine

Lustration is a measure of purification of state power that can and has been applied to members of the judiciary, both to judges who have made certain decisions and to judges who have held administrative positions or simply certain positions in the judiciary. At the same time, the standards of judicial independence, the requirements of individualization of disciplinary responsibility of judges require consideration of certain guarantees of the judicial profession in this context, which distinguishes the procedure of lustration of judges from the procedure of lustration of other state officials.

The repeated emphasis in the case law of the European Court of Human Rights on the need to individualize responsibilities even in the lustration procedure shows that the removal of judges from their powers in the lustration procedure, in principle, does not contradict international standards, however, such procedures cannot automatically remove from the administration of justice (dismissal) only in connection with holding a certain position. Within the relevant procedure, it is necessary to establish whether actions that are inconsistent with democratic values were committed by a judge during holding of a certain position, and only by establishing the appropriate, the lustration procedure can be applied to a judge, taking into account the standards of judicial independence.

Therefore, according to the results of the study, we can state that to judges can not be applied “classical” lustration in connection with the administration of justice, and the corresponding cleansing of power can be applied only through disciplinary proceedings and if there are grounds for disciplinary liability, which must exist at the time judges make decisions for which they are held accountable.

Instead, “classical” lustration can be applied to judges who hold positions or managerial positions in the judiciary (qualification, disciplinary), but only if they establish a personal role (individualization of responsibility) in the processes that led to the lustration procedure.

This distinguishes the principles of lustration of judges from the lustration of other representatives of public authorities, which are also endowed with guarantees, but not as endowed with representatives of the judiciary.

Практична реалізація принципу індивідуалізації дисциплінарної відповідальності судді у процедурі люстрації

Тетяна Михайлівна Малашенкова

аспірант Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, Україна

Вступ

Люстрація є заходом з очищення державної влади, яка може застосовуватись та застосовувалась до представників судової влади – як до суддів, які ухвалювали певні рішення, так і до суддів, які обіймали адміністративні посади чи просто певні посади в органах судової влади. Водночас стандарти суддівської незалежності, вимоги індивідуалізації дисциплінарної відповідальності суддів зумовлюють врахування певних гарантій суддівської професії в цьому контексті, що відрізняє процедуру люстрації суддів від процедури люстрації інших представників державної влади.

Метою статті є з'ясування особливостей застосування до суддів люстраційних процедур та визначення гарантій, які при цьому мають бути дотримані.

Виклад основного матеріалу

Вивчення принципів дисциплінарної відповідальності має здійснюватись з урахуванням та аналізом усіх форм дисциплінарного впливу на суддю, який може здійснюватись у зв'язку з їхньою професійною діяльністю. Люстрація, за певними ознаками, до заходів такого впливу належить. Однак неоднаковим при цьому є підхід щодо розуміння правової природи люстрації.

Згідно з одним із підходів до визначення природи люстрації люстрація вважається заходом дисциплінарної відповідальності, а згідно з іншим – заходом політичної відповідальності. О. Овчаренко визначає правову природу люстрації як таку, яка поєднує ознаки соціальної і правової відповідальності, оскільки її підстава зумовлена причетністю судді до певних соціальних процесів

і подій, а її формальні ознаки, процедура та наслідки визначено в законі; це особливий вид відповідальності, який є способом задоволення запиту суспільства на відновлення довіри до судової влади в Україні за умов суспільної нестабільності і повинен виключати позапроцесуальний перегляд рішень суду¹.

На думку Е.В. Шишкіної, люстрація має подвійну природу: каральну – очищення через притягнення до колективної відповідальності за гріхи репресивного режиму з наступним колективним покаранням, та превентивну – недопущення до управління і прийняття політичних рішень осіб, які зганьбили себе співпрацею з таким режимом. Власне, назване і є призначенням люстрації, її першочерговою метою, задля досягнення якої існує арсенал методів і засобів, що були використані посткомуністичними країнами Центральної та Східної Європи і які застосовують сьогодні держави, що перебувають на етапі перехідної демократії².

Як зазначає М.В. Савчин, із точки зору верховенства права та прав людини люстрація не може замінювати будь-який вид юридичної відповідальності. Вона може застосовуватись задля забезпечення поступального розвитку конституційної демократії та забезпечення моральної цілісності посадовців і суддів³.

Відповідно до міжнародно-правових документів люстрація розглядається як

¹ Овчаренко О. М. Юридична відповідальність суддів: питання теорії і практики : дис. : докт. юрид. наук.: 12.00.10. Одеса, 2018. С. 4

² Шишкіна Е.В. Люстрація і права людини. *Наукові записки НАУКМА*. Том 200. Юридичні науки 2017. С. 22.

³ Савчин М.С. Moral integrity (моральна цілісність, добросовісність) суддів як складова правової держави. *Слово Національної школи суддів України*. № 2(27). 2019. С. 11.

один з інструментів правосуддя перехідного періоду (англ. *transitional justice*), який використовується для захисту нових демократичних держав від загроз, пов'язаних із тими, хто був тісно пов'язаний із попереднім тоталітарним режимом, і запобігання поверненню такого режиму і полягає в забороні посадовим особам, які представляють колишній режим, займати впливові державні посади у країні після його зміни⁴.

Існує також думка і про те, що законодавством про люстрацію запроваджено «комплексну (змішану) – конституційно-політичну відповідальність, яка може застосовуватись одночасно з іншими видами юридичної відповідальності, наприклад, кримінальною або дисциплінарною»⁵.

Попри існування певної неоднозначності у цьому питанні, вважаємо, що люстрація має бути предметом аналізу в дослідженні аспектів принципу індивідуалізації дисциплінарної відповідальності суддів. До цього з-поміж іншого спонукають вітчизняні реалії, адже люстрація, яка відбулась в Україні у 2014 році, розтягнулась на роки, її наслідки можна спостерігати досі, і вона частково торкнулась суддів, а також осіб, які обіймали керівні посади в органах судової влади.

В. Ковальчук та М. Пивовар за результатами проведеного дослідження приходять до висновку, що, враховуючи досвід євро-

пейських країн, люстрацію можна вважати одним із дієвих механізмів захисту основ демократії та прав людини. Вона є також ефективним засобом легітимної зміни політичної еліти. Однак для досягнення цієї мети у процесі її проведення важливо забезпечити баланс між демократичним суспільством та гарантіями захисту прав та свобод людини і громадянина⁶.

Як відомо, у 2014 році було прийнято Закон України «Про очищення влади», який передбачав фактично люстраційні дії до істотного переліку службовців, визначених цим законом. Його аналізу присвячено сотні публікацій, та навіть кандидатські дисертації. У цих працях детально аналізується правова природа люстрації, міжнародний досвід її здійснення в сусідніх державах, вивчається практика Європейського суду із прав людини. Саме тому відповідні питання недоречно детально аналізувати в межах нашого дослідження. Крім того, наводяться доволі критичні міркування у цьому контексті.

К.В. Хлабистова за результатами проведеного дослідження приходить до висновку, що в Україні люстрація запроваджена як інститут перехідного правосуддя, і хоча встановлення недоліків цього інституту та перспективи його реалізації заслуговують на окреме дослідження, вже зараз можна констатувати, що такий підхід українського законодавця до розуміння люстрації не є відповідним наявним в українському суспільно-політичному житті обставинам і умовам та не буде ефективним очищенням влади⁷.

⁴ Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем: Резолюція ПАРЄ № 1096 (1996). URL : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/9C-CC052FF67F623FC2257D9E0041D022>.

⁵ Марцеляк О.В. Науково-правовий висновок щодо питань відповідальності суддів у контексті відповідності Конституції України положень п. 6 ч. 1, пунктів 2, 13 ч. 2, ч. 3 ст. 3 Закону України «Про очищення влади» від 16 вересня 2014 р., № 1682-вii. *Вісник кримінального судочинства*. № 2. 2015. С. 258.

⁶ Ковальчук В. Люстрація як механізм захисту основ демократії та прав людини в Україні. *Вісник Національного університету "Львівська політехніка". Юридичні науки*. № 865 2017. С. 555.

⁷ Хлабистова К.В. Підходи до розуміння сутності люстрації: правовий аспект. *Вісник Півден-*

На недоліки Закону України «Про очищення влади» вказала у своєму висновку Венеціанська комісія на її 103-му пленарному засіданні 19-20 червня 2015 року. Комісія надала свої рекомендації: 1) для забезпечення прав людини, верховенства права, демократії необхідно забезпечити баланс між захистом демократичного суспільства, з одного боку, та захистом прав людини, з іншого; 2) люстрація повинна здійснюватися централізовано, має бути чітко визначена компетенція виконавчого органу влади, який діятиме як орган адміністративного розгляду, відкритий для скарг осіб, що підпадають під люстрацію. Адміністративний розгляд не повинен підміняти судовий розгляд; 3) необхідно розмежувати люстрацію та боротьбу з корупцією; 4) виключити із закону положення про люстрацію суддів, що регулює інший закон; 5) запровадити індивідуальну, а не колективну відповідальність; 6) звузити коло осіб, які підпадають під люстраційну перевірку; 7) люстрація не повинна замінити структурні реформи, спрямовані на верховенство права та боротьбу з корупцією, вона повинна доповнювати їх як винятковий захід демократії, що захищає себе до такої міри, щоб дотримуватися європейських стандартів, прав людини, верховенства права⁸.

Натомість дуже важливим, проте надзвичайно малодослідженим аспектом є аспект люстраційних наслідків для суддів, оскільки з-поміж інших суб'єктів, на яких поширюється дія відповідного законодав-

ного регіонального центру Національної академії правових наук України. № 8. 2016. С. 50.

⁸ Остаточний Висновок щодо Закону України «Про очищення влади» (Закону «Про люстрацію») Європейської Комісії «За демократію через право» від 19 червня 2015 року. URL : https://supreme.court.gov.ua/userfiles/CDL_AD_2015_012_2015_06_19.pdf.

ства, саме судді наділені найбільш істотним «набором» гарантій, що, вочевидь, мало б зумовлювати існування особливих підходів до визначення люстраційних процедур щодо них. Відтак досить актуальним залишається питання про те, чи може взагалі бути застосовною процедура люстрації до суддів і, якщо так, то якими мають бути умови такої люстрації.

Результати аналізу спеціального закону дають підстави стверджувати про те, що до суддів норми цього закону могли б застосовуватись за однієї із трьох таких умов:

1) суддів, які обіймали певну посаду, на яку поширюються обмеження, а саме це могли бути посади Голови та членів Вищої ради юстиції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів;

2) суддів, які своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю здійснювали заходи, спрямовані на перешкоджання реалізації конституційного права громадян України збиратися мирно і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації або спрямовані на завдання шкоди життю, здоров'ю, майну фізичних осіб у період з 21 листопада 2013 року до 22 лютого 2014 року;

3) суддів, якщо вони: а) співпрацювали зі спецслужбами інших держав як таємні інформатори в оперативному отриманні інформації; б) своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю здійснювали заходи (та/або сприяли їх здійсненню), спрямовані на піддрив основ національної безпеки, оборони чи територіальної цілісності України; в) закликали публічно до порушення територіальної цілісності та суверенітету України; г) розпалювали міжнародну ворожнечу; д) своїми протиправними рішеннями, дією чи бездіяльністю призвели до порушення прав людини та основоположних свобод, визнаних рішенням Європейського суду із прав людини.

Більш детально аспекти застосування відповідних норм до суддів було регламентовано Законом України «Про відновлення довіри до судової влади в Україні», яким передбачено функціонування Тимчасової спеціальної комісії з перевірки суддів судів загальної юрисдикції. Ця комісія уповноважувалась здійснити перевірку того, чи не були ухвалені суддями рішення щодо обмеження прав і свобод під час подій, які відбувались у кінці 2013 – на початку 2014 року. За результатами такої перевірки Тимчасова комісія могла прийняти рішення про наявність порушення суддею присяги або невстановлення фактів, що свідчать про порушення суддею присяги судді. Виявлені підстави для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, матеріали перевірки направляються до Вищої ради юстиції або до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України.

Мотивування відповідних рішень, зокрема, Великої Палати зводилось до того, що на підставі аналізу наведених норм процесуального закону, враховуючи практику ЄСПЛ та положення Конвенції, Велика Палата Верховного Суду погоджується з висновком відповідача, що під час постановлення вказаних ухвал від 25 січня 2014 року про застосування запобіжного заходу слідчий суддя ОСОБА_3 не вчинила дій, які сприяють виконанню завдань кримінального провадження, а саме не забезпечила належної охорони прав, свобод і законних інтересів підозрюваних, а також повного та неупередженого судового розгляду з тим, щоб жодна особа не піддавалася необґрунтованому процесуальному примусу⁹.

⁹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 29 березня 2018 року. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74055362>.

Таким чином, за результатами аналізу процедури очищення влади, яка була застосована до так званих «суддів Майдану», можна стверджувати про те, що це не була люстрація у традиційному класичному розумінні. Більше того, це не була люстрація взагалі. У цих випадках спеціальними органами – спочатку Тимчасовою комісією, а згодом Вищою радою юстиції та Вищою радою правосуддя, а ще більше згодом – Великою Палатою Верховного Суду були розглянуті дії суддів через призму ознак дисциплінарної відповідальності. Констатація наявності таких ознак в остаточному рахунку призвела до звільнення суддів, але не через спеціальну процедуру очищення влади, а через звичайну процедуру дисциплінарної відповідальності. При цьому вартим уваги є також і те, що багато суддів, які формально підпадали під ознаки, передбачені Законом України «Про очищення влади», не були звільнені з посад, оскільки в процесі проведення відповідної перевірки було констатовано відсутність підстав для звільнення судді.

Єдиною особливістю цієї процедури було функціонування та вчинення початкових дій Тимчасовою комісією, яка виступила фактично допоміжним тимчасовим органом, який закумулював інформацію щодо суддів, які допустили дисциплінарний проступок щодо подій кінця 2013 – початку 2014 року, та в подальшому надала висновок щодо наявності ознак дисциплінарного порушення до органу, який уповноважений вирішувати питання про притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. Цей висновок не мав обов'язкового значення, і в подальшому Вища рада правосуддя повною мірою та належним чином вирішувала питання наявності підстави дисциплінарної відповідальності судді в кожному конкретному випадку.

Така процедура фактично передбачала реалізацію Закону України «Про очищення влади» щодо другої та третьої категорії суддів із виокремлених вище. Однак саме у своєму класичному вигляді люстрація відповідно до Закону України «Про очищення влади» могла бути застосована (і частково була застосована) до суддів, які обіймали посади членів Вищої кваліфікаційної комісії та Вищої ради юстиції. Про наявність таких осіб (які працювали на посадах голови або членів Вищої ради юстиції та Вищої кваліфікаційної комісії суддів) у штаті певного органу мало бути поінформоване Міністерство юстиції України, яке, за результатами розгляду відповідної інформації, мало внести подання на звільнення до органу, уповноваженого вирішувати відповідне питання, в аналізованому випадку – до Вищої ради юстиції (згодом Вищої ради правосуддя). Своєю чергою, Вища рада правосуддя, констатувавши поширення на суддю відповідних заборон, які були зумовлені обійманням згаданої вище посади, ухвалювала рішення про внесення подання про звільнення судді з посади.

Питання люстрації таких суддів у вітчизняних реаліях набуває великої актуальності через прийняття Європейським судом із прав людини рішення у справі «Полях проти України»¹⁰. Рішенням у цій справі ЄСПЛ констатував порушення ст. 6 та 8 Конвенції внаслідок звільнення працівників прокуратури відповідно до Закону України «Про очищення влади». Це була не перша справа, пов'язана з люстраційними процедурами, яка перебувала на розгляді ЄСПЛ, однак у цьому ж рішенні ЄСПЛ сам наголошував

на необхідності відмежування цієї справи від інших, які перебували на розгляді суду. Попри це, окремі загальні засади, покладені в основу цього рішення, є застосованими до будь-яких люстраційних справ, попри національні особливості регламентації таких процедур.

Порушення статті 6 Конвенції було встановлено у зв'язку з недотриманням вимог розумних строків розгляду справ у судах щодо заявників. Відповідні справи розглядались тривалий час у зв'язку з тим, що питання відповідності Закону України «Про очищення влади» Конституції України було порушено в конституційному поданні Верховного Суду України, яке розглядалось Конституційним Судом з 2015 року.

Як зазначає американський дослідник люстрації Г. Шварц, ініціатори люстрації також часто не враховують відповідності між провинною і покаранням. Саме тому в окремих країнах, зокрема в Болгарії, Албанії, Чехословаччині, зазначає науковець, люстраційні закони були оскаржені в конституційних судах власне опонентами комуністичної ідеології, які небезпідставно побоювалися, що такі радикальні заходи можуть призвести до розколу суспільства і спровокувати значні людські потрясіння¹¹.

Схожих висновків, однак стосовно працівників прокуратури, дійшов ЄСПЛ у згаданій вище справі «Полях проти України».

Важливо також відзначити, що у цьому рішенні ЄСПЛ велику увагу приділяє висновку Венеційської комісії щодо люстраційних процедур в Україні. Сьогодні ці два документи, висновок Венеційської комісії

¹⁰ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Полях та інші проти України» від 17 жовтня 2019 року. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_e71#Text.

¹¹ Шварц Г. Постановления новых конституционных судов в странах Центральной Европы относительно люстрации. URL : <http://www.2.gwu.edu/~nsarchiv/rus/EasternEuropeProblems/EEP43-44.html>.

та згадане рішення ЄСПЛ, фактично становлять основу для розуміння наслідків люстрації, проведеної в Україні та допущених під час її здійснення помилок.

У своєму висновку щодо Закону Венеційська комісія сформулювала такі позиції: Закон України «Про очищення влади» містить кілька серйозних недоліків і потребує перегляду принаймні таких положень:

– люстрація повинна стосуватися тільки посад, які дійсно можуть становити значну загрозу для прав людини та демократії; перелік посад, які підлягають люстрації, має бути переглянтий;

– вина має бути доведена в кожному конкретному випадку та не може припускатися на підставі лише приналежності до категорії органів державної влади; критерії для люстрації мають бути переглянуті;

– відповідальність за проведення процесу люстрації повинна бути знята з Міністерства юстиції України та покладена на спеціально створену незалежну комісію за активної участі громадянського суспільства;

– процедура люстрації повинна поважати гарантії справедливого судового розгляду (право на захисника, рівність сторін, право бути вислуханим особисто); судове провадження має призупиняти адміністративне рішення щодо люстрації до ухвалення остаточного рішення; Закон України «Про очищення влади» має прямо передбачати ці гарантії;

– люстрація суддів повинна регулюватися лише одним законом, а не законами, які дублюються, та здійснюватися лише з повним урахуванням конституційних положень, що гарантують їхню незалежність, і тільки Вища рада юстиції має нести відповідальність за будь-яке звільнення судді;

– відомості про осіб, що підлягають люстраційним заходам, мають оприлюдню-

ватися тільки після ухвалення остаточного рішення суду.

У таких критичних міркуваннях йдеться про необхідність дотримання принципів індивідуалізації відповідальності, а отже, недопустимості ухвалення рішення про звільнення винятково у зв'язку з приналежністю до певної посади.

Крім того, аспекту індивідуалізації відповідальності стосується не лише сам факт притягнення до такої відповідальності, а й заходи, які були застосовані до відповідних посадових осіб. Іншими словами, під час проведення люстрації необхідно було оцінювати пропорційність заходів стягнення і уникати безальтернативного звільнення таких осіб.

Вартими уваги в контексті питань, які розглядаються в межах цієї статті, є такі висновки ЄСПЛ: i) Суд зазначає, що навіть у контексті справ, пов'язаних із переходом від тоталітаризму до демократії, а також пов'язаних зі (стверджуваними) співробітниками служб безпеки тоталітарних режимів, він ніколи не стикався з обмежувальними заходами такого широкого обсягу, застосованими до державних службовців лише на тій підставі, що вони залишались на своїх посадах під час діяльності уряду, який згодом був визнаний недемократичним (п. 290); ii) навіть у тих справах Суд встановлював порушення різних положень Конвенції, якщо люстраційні заходи були застосовані **без достатньої індивідуалізації**, лише через опосередковану причетність до таких урядів (див. згадані рішення у справах «Адамсонс проти Латвії» (*Ādamsons v. Latvia*), пункт 116 та «Соро проти Естонії» (*Sõro v. Estonia*), пункти 60 – 64); iii) повертаючись до обставин цієї справи, Суд зазначає, що застосування до заявників передбачених Законом «Про очищення влади»

заходів не передбачало **жодної індивідуальної оцінки їхньої поведінки**. Насправді, ніколи не стверджувалося, що самі заявники вчинили які-небудь конкретні дії, що підривали демократичну форму правління, верховенство права, національну безпеку, оборону або права людини. Вони були звільнені на підставі Закону лише тому, що обіймали певні відносно високі посади державної служби, коли пан Янукович був Президентом України.

Отже, неодноразове наголошування на необхідності індивідуалізації відповідальності навіть у процедурі люстрації свідчить про те, що усунення суддів від здійснення повноважень у процедурі люстрації в принципі не суперечить міжнародним стандартам, проте такі процедури не можуть призводити до автоматичного усунення від здійснення правосуддя (звільнення) лише у зв'язку з обійманням певної посади. У межах відповідної процедури необхідно встановити, чи були здійснені суддею під час перебування на певній посаді дії, які не узгоджуються з демократичними цінностями, та лише

встановивши відповідне, процедура люстрації може бути застосована до судді з урахуванням стандартів незалежності суддів.

Висновки

Відтак за результатами проведеного дослідження можемо констатувати, що до суддів не може бути застосована «класична» процедура люстрації у зв'язку зі здійсненням ними правосуддя, а відповідне очищення влади може буде застосоване винятково в порядку дисциплінарної процедури та за наявності підстав для дисциплінарної відповідальності, які мають існувати на момент ухвалення суддями рішень, за які вони притягаються до відповідальності.

Натомість «класична» люстрація може бути застосована до суддів, які обіймають посади або керівні посади в органах судової влади (кваліфікаційних, дисциплінарних), однак лише за умови встановлення особистої ролі (індивідуалізації відповідальності) у процесах, які зумовили процедуру люстрації.

NOTES

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)
Issued quarterly
Passed for printing: 30.08.2021